UNIVERSITÉ DE LIMOGES

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE – 88

Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (OMIJ)

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LIMOGES

***Discipline* : droit**

Présentée et soutenue publiquement par

Maïa GOUGUET

Le 17 juin 2019

L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA LIBRE DISPOSITION DE SOI

Thèse dirigée par **Jean-Pierre MARGUÉNAUD**

JURY

M. Jean-Pierre MARGUÉNAUD	Professeur	Université de Limoges	**Directeur de thèse**
M. Olivier DUBOS	Professeur	Université Montesquieu-Bordeaux IV	**Rapporteur**
M. Christophe JAMIN	Professeur	Sciences Po Paris Ecole de Droit	**Rapporteur**
Mme Anne-Blandine CAIRE	Professeure	Université Blaise Pascal-Clermont-Ferrand II	**Examinatrice**
M. Thierry FOSSIER	Professeur associé	Université de Paris XIII	**Examinateur**

SOMMAIRE

Introduction

Partie I La nécessité d'un nouvel instrument juridique d'encadrement de la libre disposition de soi

Titre I L'essoufflement de l'ordre public classique

Chapitre I L'articulation équilibrée de l'ordre public classique et de la dignité subjective

Chapitre II L'échec de l'ordre public classique livré à lui-même

Titre II Le manichéisme de la dignité objective

Chapitre I Le manichéisme acceptable de la dignité objective

Chapitre II Le manichéisme inacceptable de la dignité objective

Partie II L'ordre public de direction de la personne, nouvel instrument juridique d'encadrement de la libre disposition de soi

Titre I La construction de l'ordre public de direction de la personne

Chapitre I La proportionnalité in concreto, moyen de l'ordre public de direction de la personne

Chapitre II Le bien commun, fin assignée à l'ordre public de direction de la personne

Titre II Les applications de l'ordre public de direction de la personne

Chapitre I L'application dans une conception classique de la personne

Chapitre II L'application dans une conception transhumaniste de la personne

Conclusion

Bibliographie

Index

Table des matières

INTRODUCTION

1. Isaiah BERLIN entend la notion de liberté négative comme un espace dans lequel l'homme est laissé à son libre arbitre. « Plus grande sera la zone de non interférence [d'autrui], plus grande sera ma liberté »[1]. Les philosophes classiques qui soutiennent cette notion ne sont pas tous d'accord sur le champ d'application de la liberté négative, mais ils supposent tous qu'il ne saurait être illimité car « cette sorte de liberté « naturelle » conduirait à un chaos social dans lequel les besoins vitaux ne seraient pas satisfaits ; ou aboutirait à supprimer les libertés des personnes vulnérables au profit des puissants »[2]. Si des limites légales doivent être posées, des penseurs tels que MILL, LOCKE, CONSTANT et TOCQUEVILLE arguent qu'un espace de liberté personnelle qui ne devrait jamais être violé, doit être préservé au bénéfice de chaque citoyen[3]. A défaut, un auteur tel que MILL soutient que « la civilisation n'avancera pas ; la vérité ne s'exposera jamais, faute de bénéficier d'un marché libre d'idées ; il n'y aura nulle place pour la spontanéité, l'originalité, le génie, l'énergie mentale, le courage moral. La société sera écrasée du poids de « la médiocrité collective » »[4]. Chaque individu doit donc se voir reconnaître un espace privé de liberté absolue, ce qui contribuera in fine au bien de la société.

2. En revanche, des auteurs tels Sarah CONLY, soutiennent que les autorités publiques sont légitimes à intervenir dans cet espace privé, pour empêcher l'individu concerné de se fourvoyer, de se faire du mal. Ainsi écrit-elle que « nous pouvons et nous devons par exemple prohiber les cigarettes et réduire le nombre d'options diététiques malsaines. Nous pourrions interférer avec la capacité d'endettement de la population, même si cela amène à intervenir dans ses décisions d'acquisition immobilière »[5] . « Le paternalisme autoritaire enlève des mains de l'homme certaines décisions. Il le fait aux fins de l'aider à faire ce qu'il veut, c'est-à-dire à vivre de longues vies heureuses. (…) Au lieu de laisser croupir les individus dans la misère causée par leurs décisions, pourquoi ne pas intervenir pour les aider, comme nous le faisons pour les prescriptions médicamenteuses, ou pour les ceintures de sécurité (…) ? »[6].

3. Voici donc les deux extrémités du spectre des réponses relatives à la marge que l'on peut laisser à la libre disposition de soi. Selon les penseurs libéraux, l'homme doit se voir reconnaître un espace intime inviolable, au sein duquel il est libre de se fourvoyer, de se blesser,

[1]Isaiah BERLIN, *Four essays on liberty*, Oxford University Press (1984), page 123.
[2]Isaiah BERLIN, *ibidem*, page 123.
[3]Isaiah BERLIN, *ibidem*, page 124.
[4]Isaiah BERLIN, *ibidem*, page 127.
[5]Sarah CONLY, *Against autonomy. Justifying coercive paternalism,* Cambridge University Press (2014), page 17.
[6]Sarah CONLY, *ibidem*, page 33.

bref de faire ce que bon lui semble, même si les conséquences de ces actes lui sont dommageables. En revanche, d'autres auteurs sont favorables à la mise en œuvre de mesures restreignant la libre disposition de soi, au nom de l'intérêt bien compris des personnes concernées, même si ces dernières se révèlent récalcitrantes à suivre le traitement ainsi imposé.

4. Quoi qu'il en soit, les deux écoles reconnaissent la nécessité d'encadrer la libre disposition de soi qui, laissée à elle-même, prendrait des dimensions telles qu'elle ne permettrait pas à la société de maintenir sa cohésion. L'intérêt général commande donc que les volontés individuelles se voient opposer des limites. Il apparaît en conséquence pertinent de se pencher sur la meilleure manière d'encadrer juridiquement la libre disposition de soi, de sorte que celle-ci ne soit pas réduite à la portion congrue, tout en étant cantonnée dans des limites raisonnables laissant perdurer la vie sociale. Pour se faire, il sera tout d'abord procédé à la définition des termes du sujet, puis la problématique propre au sujet, sera déroulée pour laisser ensuite la place à l'actualité du sujet et enfin au plan de la thèse.

I. Définition des termes du sujet

5. « D'expérience, on suppose (…) généralement que la personne est un peu plus que le corps humain. La chose en plus, c'est l'âme, ou l'esprit, ou encore un principe vital difficile à appréhender, et il est vrai que lorsque le corps lui est associé, il constitue la personne »[7]. Le soi est donc à la fois un esprit et un corps, ce dont il résulte qu'en théorie, la personne peut disposer des deux. Il convient donc d'étudier les deux composantes, physique et intellectuelle, de la libre disposition de soi.

A. La libre disposition de son corps

6. La libre disposition de soi est en premier lieu l'exercice d'une liberté sur son corps. Mais quels rapports l'homme entretient-il réellement avec ce dernier ? En est-il propriétaire, ou simplement un locataire passager qui aurait autant de devoirs que de droits envers le vaisseau de son esprit ? Les juridictions américaines ont pris position sur ce point, à l'occasion de l'affaire de « l'homme aux cellules d'or ». Monsieur Moore, citoyen américain, avait été victime d'une leucémie, et son corps avait produit, dans ce contexte, des cellules uniques au monde que les laboratoires pharmaceutiques s'étaient empressés d'utiliser, sans en informer leur patient. Lorsque ce dernier découvrit la réalité, il entama une procédure en revendication

[7]Jean-René BINET, *Protection de la personne – le corps humain*, Jurisclasseur Code civil, article 16 à 16-4, fascicule 12.

de ces cellules. « La Cour d'appel de Californie lui donna raison en se fondant sur le principe selon lequel un homme a un véritable droit de propriété sur les produits de son corps »[8].

7. L'appréhension des liens entre l'homme et son corps est plus complexe de l'autre côté de l'Atlantique. « Toutes écoles confondues, la philosophie grecque (…) entretient un profond mépris pour le corps, lequel est accusé d'être « la prison », « le tombeau » ou l' « ennemi » de l'âme. Dans cette tradition intellectuelle, rejeter le corps est la victoire par excellence de l'esprit »[9]. Pour autant, les Grecs soignent et entretiennent leur corps. Mais ce n'est0 que parce qu'« un corps propre, fort et sain fait oublier sa présence et permet d'atteindre le véritable idéal, la santé de l'esprit (…) »[10].

8. Les Romains, quant à eux, font disparaître le corps au profit de la personne. « L'œuvre d'abstraction commença lorsque le droit civil donna à la tête (caput) une acception métaphorique. La tête, c'était la vie, c'était donc l'homme dans son intégralité. Par la suite, la référence à la tête de l'homme prendra une valeur allégorique : le caput exprimera l'existence de l'homme dans le système politique et juridique de la cité »[11]. Par la suite, la « persona », qui désignait à l'origine un masque de théâtre, est également devenue une abstraction visant à désigner l'homme, sujet de droits, par opposition aux choses, objets de droit. Le corps est bel et bien perdu dans cette double fiction constituée de caput et de persona[12].

9. Les chrétiens redonnent ensuite une existence au corps, image de l'œuvre divine, du Verbe ayant pris forme sur la terre. Le corps est alors conçu comme le vaisseau de l'âme vouée à rejoindre le Créateur. Par ce biais, il devient plus qu'une chose. « Le fait que l'âme y réside, ou y ait résidé, sacralise la geôle et la transforme en sanctuaire. Du vivant de l'homme, on passe par le corps pour atteindre l'âme : c'est pour cela que la place du corps dans la liturgie sacramentaire est immense »[13]. L'appréhension du corps n'est cependant pas univoque car ce dernier est également celui du pêcheur « qui s'entend dire sans cesse que c'est par le corps qu'il

[8]Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps,* Seuil (1993), page 23. Lire également Bernard EDELMAN, *La personne en danger,* PUF (1999), page 289.
[9]Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps,* Seuil (1993), pages 56-57.
[10]Jean-Pierre BAUD, *op.cit.*, page 57.
[11]Jean-Pierre BAUD, *op.cit.*, page 60.
[12]Jean-Pierre BAUD, *op.cit.*, pages 62-63 : « l'opération intellectuelle qui permet de concevoir la personne fit authentiquement une œuvre *d'abstraction*, à entendre en son sens étymologique de ce qui est *tiré hors de la realité sensible*, c'est-à-dire l'homme identifié par son corps ».
[13]Jean-Pierre BAUD, *op.cit.*, page 108.

risque de se perdre. (…) Un balancement traverse donc le discours chrétien sur le corps et les images qu'il suscite : un double mouvement d'anoblissement et de mésestime du corps »[14].

10. Plus tard, le corps reprend une position subalterne par rapport à l'esprit, seul reflet de Dieu. « N'étant pas un instrument de la raison, le corps distingué de la présence humaine est voué à l'insignifiance. La pensée pour Descartes est tout à fait indépendante du corps, elle se fonde sur Dieu. (…) Le corps est un accessoire de la personne. L'unité de la personne est rompue et cette fracture désigne le corps comme une réalité accidentelle, indigne de la pensée »[15]. Il convient de se souvenir que, dans son Cogito, Descartes met en doute le témoignage de ses sens, et ne retrouve son chemin que par l'usage de la raison. Ainsi, « accéder à la vérité consiste à dépouiller les significations de leurs traces corporelles ou imaginatives. La philosophie mécaniste (…) dissocie le monde habité par l'homme, accessible au témoignage de ses sens, du monde réel, accessible à la seule intelligence »[16].

11. Hier nié ou rabaissé, le corps n'a pas gagné aujourd'hui un statut juridique bien précis, même si les apparences sont trompeuses. En effet, en vertu de l'article 16-1 du Code civil, inséré par les premières lois bioéthique, « chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Le corps est certes protégé des atteintes pénales ou mercantiles exercées par des tiers, mais qu'en est-il des rapports que le sujet entretient avec son propre corps ? Est-il libre d'en disposer comme il l'entend ?

12. Selon Xavier LABBÉE, « en droit, la notion de personne correspond à la qualité immatérielle de « sujet de droits » synonyme d'aptitude à être titulaire de droits subjectifs réunis en un patrimoine. Cette notion n'est certainement pas synonyme de corps humain ; ce dernier n'est que l'enveloppe matérielle de la personne. Le corps n'est donc qu'un objet au service du sujet »[17]. L'on pourrait en déduire que l'homme dispose du bien meuble corporel à sa guise. Florence BELLIVIER nuance quant à elle la protection que les lois bioéthiques ont apporté au corps humain : « ramenant formellement le corps dans le giron des personnes, [la loi] rend

[14]Georges VIGARELLO (sous la dir.de), *Histoire du corps. De la Renaissance aux Lumières,* Seuil (2005), page 18.
[15]David LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité,* PUF (2011), page 88.
[16]David LE BRETON, *op.cit.,* page 92.
[17]Xavier LABBÉE, *Avoir une bonne* tête, Gazette du Palais n° 213, premier août 2013. Lire également Xavier LABBÉE, *L'homme augmenté*, Dalloz 2012, page 2323 : « Les juristes conviennent qu'il n'est qu'une chose au service de la personne, un objet au service du sujet qui, en application de la règle « l'accessoire suit le principal », n'épousera le régime juridique de la personne qu'aussi longtemps que dure le rapport d'affectation, mais qui gardera sa nature mobilière si celui-ci n'existe pas encore ou n'existe plus. (…) L'élément principal de la personne est donc son âme ou, si l'on préfère, sa qualité immatérielle et désincarnée de « sujet de droits » ».

précisément possible la circulation et l'exploitation des éléments et produits du corps humain (…), en consacrant une dissociation du corps d'avec la personne (dont le droit garantit la primauté). Nulle part est-il écrit que le corps humain est hors de la commercialité juridique (…) - et pour cause : quotidiennement, les éléments et produits du corps humain (sang, cheveux, lait, organes, etc.) se donnent, s'échangent, sont transformés, cédés, etc. »[18]. La libre disposition de son corps serait donc d'ores et déjà consacrée.

13. Il n'en est rien puisque, dans un arrêt du 31 mai 1991[19], l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a énoncé l'interdiction des mères porteuses, au nom du principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain. La doctrine n'a pas accueilli avec un enthousiasme égal l'utilisation jurisprudentielle de ce principe. Anne-Blandine CAIRE énonce que l'indisponibilité trouve sa source en droit des biens. « La disponibilité est la « qualité juridique du bien (ou du droit) dont on peut librement disposer» tandis que l'indisponibilité s'entend comme la « qualité d'un bien (ou d'un droit) qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition». Autrement dit, l'indisponibilité soustrait le bien ou le droit en question à la volonté individuelle par interdiction du droit d'en disposer. Ainsi ne peut-on aliéner un bien indisponible »[20]. Ce n'est donc que par analogie que l'on applique le principe d'indisponibilité au corps humain, ce dont il résulte qu'en œuvrant pour protéger ce dernier, la jurisprudence ne fait que le rapprocher d'une chose. « Curieuse protection que celle qui accorde à la partie charnelle et incarnée de la personne le régime juridique d'un bien ! ». Dans un article relatif à l'ancien article 1128 du Code civil, en vertu duquel « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions », Florence BELLIVIER souligne ce même biais jurisprudentiel. « Le paradoxe résidait en ceci que les juges, en se fondant sur ce texte, voulaient par là même mettre un frein à l'emprise des volontés individuelles sur les corps mais que, se faisant, ils qualifiaient celui-ci (ou du moins les parties de celui-ci), implicitement mais nécessairement, de chose (ce qui ne peut faire l'objet de conventions, ce sont bien les « choses » qui ne sont pas dans le commerce) »[21].

14. Fermée en France malgré les critiques doctrinales, la voie de la libre disposition du corps pourrait venir de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a affirmé que « la faculté

[18]Florence BELLIVIER, *L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ?*, Revue des contrats, n°3, premier septembre 2016, page 505.
[19]Cour de cassation, chambre plénière, 31 mai 1991, n°90-20105.
[20]Anne-Blandine CAIRE, *Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain*, RDSS 2015. 865.
[21]Florence BELLIVIER, *L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain?,* Revue des contrats, n°3, premier septembre 2016, page 505.

pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »[22]. Ainsi, dans un arrêt *K.A. et A.D. contre Belgique*, la Cour européenne n'a condamné les pratiques sexuelles sadomasochistes qu'en raison de l'absence de consentement de la femme victime des meurtrissures corporelles, et non sur le fondement de leur supposé caractère déviant[23]. Les réactions doctrinales sont contrastées. Selon Michel LEVINET, « dans des pratiques du type de celles de l'affaire *K.A. et A.D.*, où sont en cause des actes de sadisme, il n'y a pas de place, il n'y a aucune place pour le consentement, pour l'autonomie personnelle. Il est très artificiel de la part de la Cour de rechercher s'il y a consentement ou pas. Dans cette hypothèse, il ne peut pas y avoir consentement. Du côté du sadique, il n'y a aucune place pour le consentement, le sadisme ne laisse aucune autonomie à la personne qui est traitée en objet ». Au contraire, Jean-Pierre MARGUÉNAUD soutient qu'il « serait cependant hasardeux de contester [au consentement] le moindre rôle dans un domaine où la tentation est si forte de lui substituer la morale oppressive. Je ne vois pas, en tout cas, comment on pourrait reprocher à l'arrêt *K.A. et A.D.* d'avoir si hautement affirmé que le strict respect de la volonté du partenaire est une limite conventionnellement infranchissable (…) »[24]. D'un côté le consentement n'est rien face à l'indignité de la pratique sexuelle concernée qui emporte une condamnation tant morale que pénale. De l'autre, le consentement permet de sanctuariser la vie sexuelle et d'en interdire l'accès aux pouvoirs publics. Michel LEVINET ne prône donc pas l'avènement d'une libre disposition de son corps, à l'inverse de Jean-Pierre MARGUÉNAUD qui n'y décèle pas de danger pour la personne consentante.

15. En l'état actuel du Droit, la libre disposition de son corps est donc en débat. Certains auteurs en contestent la réalité tandis que d'autres l'appellent de leurs vœux.

16. Par exemple, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ déplore le fait que « la réaffirmation du principe d'indisponibilité, presqu'en dépit de la réalité, semble relever de l'incantation plus qu'elle ne révèle l'existence d'un principe juridique éprouvé. L'évolution générale est défavorable au principe d'indisponibilité du corps humain. Il est en effet considérablement affaibli, notamment du fait de l'importance croissante prise par les conventions prenant le corps

[22] CEDH, Pretty contre Royaume-Uni, 29 avril 2002, requête n° 2346/02, paragraphe 62.
[23] CEDH, *K.A. et A.D. contre Belgique*, 17 février 2005, requêtes n^{os} 42758/98 et 45558/99, paragraphe 85 : « Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti ».
[24] Muriel FABRE-MAGNAN, Michel LEVINET, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Françoise TULKENS, *Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement*, Droits n°48, 2009, page 3.

humain comme objet », tels que les lois sur l'interruption volontaire de grossesse, sur les prélèvements d'organes, sur la participation à des expérimentations médicales[25].

17. A l'inverse, Ruwen OGIEN n'hésite pas à proposer l'instauration d'un marché des organes, réduisant le corps à un ensemble de pièces détachées laissées à la libre (?) volonté de leur détenteur. Ainsi écrit-il que « dans la mesure où le remplacement de parties du corps n'altère pas l'identité et la responsabilité personnelle, il ne devrait pas y avoir d'obstacle politique ou moral insurmontable à la circulation d'éléments du corps prélevés avec le consentement effectif ou présumé de leur possesseur. Ce ne serait pas une atteinte au corps, entité morale et juridique inaliénable »[26]. Il ajoute plus loin que la gratuité du don d'organes peut nuire au donneur comme au receveur, le premier se voyant comme un monstre s'il refuse et le deuxième ployant sous le poids de la culpabilité d'avoir accepté un tel don. A l'inverse, « un marché des organes, payant et anonyme » serait plus moral que ce système de « don forcé »[27]. Il empêcherait en outre le développement parallèle du marché noir.

18. N'en déplaisent aux libéraux-libertaires, si la marge de liberté de l'individu sur son corps s'est agrandie, notamment par le biais de la jurisprudence européenne, celui-ci n'est pas encore considéré comme le propriétaire de son corps. Preuve en est notamment les multiples précautions prises pour éviter les cas de suicide en incarcération. La jurisprudence, sur ce point, ne tolère pas que les personnes portent atteinte à l'intégrité de leur corps et les protègent contre leur gré de leurs velléités mortifères. Ceci explique que le Conseil d'Etat retienne la responsabilité de l'administration pénitentiaire, sur le fondement de la faute simple[28]. Le personnel doit en effet protéger la vie des détenus, même si ces derniers veulent en disposer librement. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 4 février 2016, elle expose que « l'article 2 de la Convention astreint l'Etat à s'abstenir de provoquer volontairement la mort, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (…). Dans certaines circonstances bien définies, cet article met à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures

[25]Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps,* L'Harmattan (2004), page 61.
[26]Ruwen OGIEN, *Qui a peur des marchés d'organes ?*, Critique, 2009/12 (n° 751), p. 1025-1026. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-critique-2009-12-page-1025.htm
[27]Ruwen OGIEN, *op.cit.*
[28]Conseil d'Etat, 23 mai 2003, n°244663.

d'ordre pratique pour protéger l'individu contre autrui ou, dans certaines circonstances particulières, contre lui-même (…) »[29] .

19. En conclusion sur ce point, la libre disposition de son corps est diversement appréciée. Une vision univoque de la réalité du principe est en conséquence impossible, celui-ci étant continuellement en discussion au sein de la jurisprudence mais également de la doctrine. Il convient à présent d'examiner la deuxième composante de la libre disposition de soi.

B. La vie privée dans son volet social

20. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a construit une œuvre prétorienne très riche autour du respect de la vie privée et familiale énoncé à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[30].

21. Il apparaît que, depuis de nombreuses années, les instances du Conseil de l'Europe conçoivent la vie privée comme une modalité de défense contre des intrusions dans une sphère conservée à l'abri des regards[31], mais également comme la faculté de suivre tranquillement son chemin social. Par exemple, dans un arrêt *X contre Islande*[32], la Commission refuse de reconnaître une violation de l'article 8 dans l'interdiction faite au requérant de détenir un chien. Pour se faire, elle argue que le droit au respect de la vie privée s'entend du « droit de vivre autant qu'on le désire à l'abri des regards étrangers », mais également « d'établir et d'entretenir

[29]CEDH*, Isenc contre France*, 4 février 2016, n° 58828/13, paragraphe 37.
[30]« 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 ».
[31]Ce point de départ est le même en France. Par exemple, Dès le 5 janvier 1983, la Cour de cassation a décidé que la divulgation, dans un magazine, de l'état de grossesse d'une actrice, quand bien même il avait été constaté dans un lieu public, constituait une atteinte à la vie privée de cette dernière. Cour de cassation, Civ 2°, 5 janvier 1983, n°81-13374 : « en l'état de ces énonciations, la Cour d'appel a pu estimer que la publication sans l'autorisation d'Isabelle X..., de son état de grossesse, même s'il avait pu être constaté dans un lieu public constituait une atteinte à la vie privée de cette artiste ».
[32]Décision du 18 mai 1976 sur la recevabilité de la requête. N° de requête 6825/74.

des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et accomplissement de sa propre personnalité ».

22. Parmi les nombreux aspects défensifs de la vie privée[33], l'on compte l'intégrité morale et physique de la personne. C'est ainsi que, dans un arrêt *X. et Y. contre Pays-Bas*[34], la Cour européenne a reconnu une violation de l'article 8 dans l'impossibilité pour une jeune fille, âgée de seize ans, de voir son violeur pénalement poursuivi par les autorités publiques. Elle a lapidairement affirmé que « l'applicabilité de l'article 8 (art. 8) n'a pas prêté à controverse : les faits à l'origine de la requête relèvent de la "vie privée", qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle »[35]. Il faut également compter avec le droit à l'image car, dans un arrêt *Van Hannover contre Allemagne*, « la Cour rappelle que la notion de vie privée comprend des éléments se rapportant à l'identité d'une personne tels que son nom (…) ou son droit à l'image (…) »[36]. « Cette consolidation semble avoir permis à la Cour de Strasbourg d'introduire une sérieuse limite à la liberté de la presse à sensation (…)»[37]. La Cour européenne estime en effet que « toute personne, même connue du grand public, doit pouvoir bénéficier d'une «espérance légitime » de protection et de respect de sa vie privée »[38]. La vie privée défensive comprend ensuite le respect du domicile[39], la protection contre les

[33] La vie privée peut être défendue au moyen du secret professionnel. Sur ce point, lire Bruno PY, « Étude n° 16 : Secret et confidentialité des informations » dans François Vialla (sous la direction de), *Jurisprudences du secteur social et médico-social.* Dunod,(2012), pp. 219-294 : « La notion de secret par nature est délicate à définir car sa portée est variable suivant la profession envisagée. Il est néanmoins possible de préciser qu'elle comprend tous les faits de la vie privée que les intéressés tiennent en général, pour des raisons quelconques, à dissimuler. Est une information de *nature secrète*, celle dont la perspective d'une divulgation par le confident risquerait de compromettre la confiance dans le professionnel et, partant, le fonctionnement régulier de la profession. Font partie intégrante de l'intimité, les secrets de santé, les amours secrètes, les secrets de famille et même certains aspects du patrimoine ».

[34] Arrêt du 26 mars 1985, requête n°8978/80.

[35] Paragraphe 22.

[36] Van Hannover contre Allemagne, 24 juin 2004, n° de requête 59320/00, paragraphe 50.

[37] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *La Princesse et les paparazzi,* RTD Civ. 2004, page 802.

[38] Von Hannover contre Allemagne, *op. cit.,* paragraphe 69.

[39] Par exemple, dans l'arrêt Gillow contre Royaume Uni (24 novembre 1986, n° de requête 9063/80), un couple étant parti de l'île de Guernesey, dépendant du Royaume-Uni, avait décidé de revenir dans la maison qu'il y avait faite construire, ce après plusieurs années de mise en location. L'administration, puis les Tribunaux leur ayant refusé cette possibilité, la Cour « considère comme autant d'ingérences dans l'exercice de leur droit au respect de leur domicile le fait qu'il leur fallait, sous peine de poursuites, obtenir un permis pour habiter chez eux à leur retour à Guernesey en 1979; le refus de leur en accorder un; l'ouverture d'une procédure pénale à leur encontre pour occupation illégale de la propriété; la condamnation de M. Gillow à une amende ». Après avoir mis en balance « le bien-être économique de Guernesey (...) avec le droit des requérants au respect de leur "domicile", lequel relève de leurs sécurité et bien-être personnels », une violation de l'article 8 est reconnue par la Cour, sur le fondement de la disproportion des moyens employés en vue du but recherché.

interceptions de correspondance[40], la protection contre le recueil des données à caractère confidentiel[41].

23. En sus de la possibilité d'être laissé seul dans son intimité, il existe ce que l'on appelle dorénavant une vie privée sociale. L'arrêt fondateur en ce domaine, *Niemietz contre Allemagne*[42], concernait la perquisition opérée au sein du cabinet d'un avocat, aux fins de découvrir l'auteur d'un courrier visant à faire pression sur un juge du canton. La Cour considère d'une part que la mesure visée entraînait l'application de l'article 8 et que le moyen employé – la perquisition – était disproportionné au regard du but recherché. La Cour européenne y énonce qu' « il serait toutefois trop restrictif de limiter [la vie privée] à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait, souligné par la Commission, le confirme: dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort. Spécialement, les tâches d'un membre d'une profession libérale peuvent constituer un élément de sa vie à un si haut degré que l'on ne saurait dire en quelle

[40]La Cour exerce une surveillance sur ces modes d'enquête au motif que « caractéristique de l'État policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques. (...)La Cour souligne (...) que les États contractants ne disposent pas (...) d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée » (. Dans cette affaire où les requérants contestaient les termes d'une loi permettant de surveiller, à l'insu des intéressés, leurs correspondances écrites ainsi que de leurs télécommunications, la Cour contrôle les garanties procédurales existantes, et notamment la notification à posteriori de la mesure aux individus visés lorsque cette dernière peut s'effectuer sans compromettre le but de la surveillance. Elle en conclut qu'il n'y a pas violation de l'article 8 de la Convention. Il est ici important de souligner le strict contrôle auquel se livre la Cour pour que les exigences de l'Etat démocratique ne soit pas dévoyées.

[41]De la même manière que pour les interceptions de correspondances, la protection des données médicales appelle un contrôle strict de la proportionnalité entre les moyens employés et les objectifs poursuivis. Par exemple, dans un arrêt B.B. contre France (17 décembre 2009, requête n°5335/06), la Cour rappelle que « la mémorisation par une autorité publique de données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8. (...)La protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues par cet article ». Néanmoins, eu égard aux faits que l'inscription au fichier fait l'objet d'un effacement automatique ou sollicité par la personne considérée, que les individus aptes à le consulter sont tous soumis à une « obligation de confidentialité », la Cour estime qu'il n'y a pas violation de l'article 8.

[42]Arrêt du 16 décembre 1992, requête n°13710/88.

qualité il agit à un moment donné »[43]. L'arrêt *Niemietz contre Allemagne* marque une étape importante dans l'élaboration du concept de vie privée en ce qu'elle élargit considérablement la notion, initialement prévue pour combattre les intrusions des pouvoirs publics ou de personnes tierces dans un espace défini et réputé inviolable, vers un domaine de sociabilité imprévu. La protection de la vie privée nécessite dorénavant que soient protégées les activités incluant des tiers, et non plus seulement les actions effectuées à l'abri des regards.

24. A la suite de cet arrêt, la vie privée sociale s'est enrichie de nouveaux droits et libertés. A notamment été adjointe la liberté de devenir parent et de disposer en conséquence de sa descendance. Par exemple, dans un arrêt *E.B. contre France*, concernant le refus d'agrément pour une adoption, qui avait été fulminé à l'encontre d'une femme homosexuelle, la Cour européenne considère que « la présente affaire ne concerne ni l'adoption par un couple, ni celle qui peut être sollicitée par le ou la partenaire de même sexe que le parent biologique, mais uniquement l'adoption par une personne célibataire. Or, si l'article 8 de la Convention ignore cette question, la Cour constate que la législation française accorde quant à elle expressément aux personnes célibataires le droit de demander l'agrément en vue d'adopter et établit une procédure à cette fin. Dès lors, la Cour estime que les circonstances de l'espèce tombent, à n'en pas douter, sous l'empire de l'article 8 de la Convention[44].

25. Le droit à l'identité vient ensuite rejoindre la nébuleuse que forme la vie privée sociale. Un couple suisse/allemand s'était vu refuser par les autorités suisses le droit de porter le nom de la femme pour le couple et leurs deux noms patronymiques accolés pour le mari. La Cour européenne estime que « l'article 8 (art. 8) de la Convention ne contient pas de disposition explicite en matière de nom. En tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci »[45].

26. La question vestimentaire, qui a son importance en ce qu'elle « concrétise le choix d'aller vers les autres muni du passeport social reflétant le mieux sa personnalité »[46], ne doit pas être oubliée. Selon la Cour européenne, « l'interdiction de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage pose des questions au regard du droit au respect de la vie

[43]Paragraphe 29.
[44]*E.B. contre France*, 2 janvier 2008, requête n° 43506/42, paragraphe 49.
[45]*Burghartz contre Suisse*, 22 février 1994, requête n°16213/90, paragraphe 24.
[46]Frédéric SUDRE, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Joël ANDRUANTSIMBAZOVINA, Adeline GOUTTENOIRE, Gérard GONZALEZ, Laure MILANO, Hélène SURREL, avec la collaboration de Fabien MARCHADIER, Caroline PICHERAL, *Les grands arrêts de la CEDH*, PUF (7ème édition mise à jour, 2015), page 525.

privée (article 8 de la Convention) des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons tenant de leurs convictions, ainsi qu'au regard de leur liberté de manifester celles-ci (article 9 de la Convention). La Cour estime en effet que les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée (...).Une mesure émanant d'une autorité publique limitative d'un choix de ce type est donc en principe constitutive d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention (…). Il en résulte que l'interdiction de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage qu'édicte la loi du 11 octobre 2010 relève de l'article 8 de la Convention»[47].

27. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne concerne pas uniquement la vie privée, mais également la vie familiale. Il est intéressant de noter à ce propos que la Cour européenne « estime qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si un tel refus [de transporter une urne] se rapporte à la notion de vie privée ou à la notion de vie familiale, telles qu'énoncées à l'article 8 de la Convention »[48]. Ainsi, dans certaines hypothèses, la limite entre ces deux notions de vie privée et de vie familiale est floue, ce dont il résulte qu'il convient de s'intéresser à la seconde notion, intimement liée à la première. Par exemple, dans un arrêt *Marckx contre Belgique*, la Cour européenne affirme que le respect de la vie familiale s'entend aussi bien concernant les familles légitimes que naturelles. Elle ajoute que ce droit implique une interdiction des « ingérences arbitraires » de l'Etat, mais également des obligations positives à la charge de ce dernier, « inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale. Il en résulte notamment que l'État, en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille comme ceux de la mère célibataire avec son enfant, doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale »[49]. La Cour européenne en conclut en l'espèce à une violation de l'article 8 en ce que la législation belge oblige la mère à reconnaître, puis à adopter son enfant naturel, si elle souhaite que ce dernier ait accès à l'ensemble des droits personnels et patrimoniaux afférents à une filiation légitime.

28. Font également partie du droit à une vie familiale, « les décisions d'avoir ou de ne pas avoir un enfant, ou le droit pour un couple de concevoir un enfant et d'utiliser à cette fin la technique de procréation médicale assistée »[50]. Sur le premier point, il convient de se référer

[47] *S.A.S. contre France*, premier juillet 2014, requête n°43835/11, paragraphes 106-107.
[48] *Elli Poluhas Dödsbo contre Suède*, 17 janvier 2006, Requête n° 61564/00, paragraphe 24.
[49]*Markx contre Belgique*, 13 juin 1979, requête n°6833/74, paragraphe 31.
[50] Traduction par nos soins des paragraphes 54 et 55 de la décision Knchet contre Roumanie du 2 octobre 2012, n° de requête 10048/10, uniquement disponible en anglais : « The Court agrees, since "private life", which is a broad term, encompassing, inter alia, elements such as the right to respect for the decisions both to have and not

notamment à l'arrêt *Evans contre Royaume-Uni*[51] tandis que le deuxième point peut être illustré par l'arrêt *Dickson contre Royaume-Uni*[52]. La décision *Knecht contre Roumanie* est également intéressante en ce qu'elle rappelle de manière synthétique et complète que « bien que l'objectif de l'article 8 réside essentiellement dans le fait de protéger les individus contre les immixtions arbitraires des autorités publiques, elle n'oblige pas seulement l'Etat à s'abstenir d'exercer de telles immixtions. En sus de cette première obligation négative, il existe des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée et familiale. Ces obligations impliquent parfois l'adoption de mesures aux fins de sécuriser le respect de la vie privée et familiale, même dans la sphère des relations inter-individuelles »[53].

29. Chaperonnée par une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme vivante et évolutive, reconnue comme un droit fondamental par le Conseil constitutionnel[54], la protection de la vie privée paraît au summum de son rayonnement. La France a suivi les pas de la jurisprudence européenne, en intégrant des éléments de la vie sociale et familiale dans les bras de la vie privée. Si certains arrêts s'en tiennent à une conception traditionnelle de celle-

---

to have a child (see Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007IV, and A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, § 212, 16 December 2010) or the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation to that end, such a choice being clearly an expression of private and family life (see S. H. and Others v. Austria, cited above, § 82) ».

[51] 10 avril 2007, requête n°6339/05, paragraphe 72 : « Toutefois, il y a lieu de noter que la requérante n'allègue pas qu'elle se trouve en aucune manière empêchée de devenir mère aux sens social, juridique, et même physique du terme, ni le droit ni la pratique internes ne lui interdisant d'adopter un enfant, voire de donner naissance à un enfant conçu in vitro avec les gamètes de donneurs. L'intéressée se plaint plus précisément que les dispositions de la loi de 1990 relatives au consentement l'empêchent d'utiliser les embryons créés conjointement par elle et J. et donc, vu sa situation personnelle, d'avoir un enfant avec lequel elle ait un lien génétique. La Grande Chambre estime que cette question plus restreinte, qui concerne le droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme, relève également de l'article 8 ».

[52] *Dickson contre Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, requête n°44362/04, paragraphe 66 : « La Cour estime que l'article 8 est applicable aux griefs des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques ». Il s'agissait du cas d'une personne masculine détenu qui souhaitait avoir un enfant avec sa femme, libre, par le biais de l'insémination artificielle.

[53] Traduction par nos soins du paragraphe 55 : « In this context, the Court reiterates that although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference. In addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private and family life, even in the sphere of the relations of individuals between themselves».

[54] Conseil constitutionnel, décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle : le Conseil Constitutionnel énonce « qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : " Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. " ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée ».

ci[55], d'autres ont trait au mariage[56], au changement de sexe à l'état civil des personnes transsexuelles[57], au comportement adopté en présence des enfants[58], au droit à la nationalité française[59], à l'adoption par ses deux beaux-parents[60], au choix de la manière dont on se présente à autrui[61].

30. Il résulte de ces paragraphes qu'il n'existe pas de différenciation, de délimitation franche entre le monde intime et la sphère sociale, qui se nourrissent au contraire l'un de l'autre. « Vécu

[55]Cour de cassation, chambre civile 1, 2 juillet 2014, n° 13-21929 : « Mais attendu que les constatations de l'arrêt établissent que, quels qu'aient été les intitulés médiatiques qui les présentaient, les propos publiés, issus de captations sanctionnées par l'article 226- 2 du code pénal, texte de droit commun, opérées au domicile de Mme Z..., à son insu et pendant un an, puis diffusées sans son consentement, et en pleine connaissance de leur provenance, étaient, en outre, relatives tant à des utilisations qu'elle décidait de sa fortune qu'à des sentiments, jugements de valeur et attentes personnelles de M. C... à son endroit ; que la cour d'appel a ainsi caractérisé l'atteinte à l'intimité de la vie privée de M. C... et de Mme Z..., la conscience du caractère délictueux des agissements litigieux, et le trouble manifestement illicite qui en résultait ». Voir également, Cour de cassation, chambre civile 1, 20 mars 2014, n° 13-15829 : « le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale s'oppose à ce que l'animateur d'une émission radiophonique, même à dessein satirique, utilise la personne de l'enfant et exploite sa filiation ».

[56]Cour de cassation, chambre civile 1, 4 décembre 2013, n° 12-26066 **:** « la nullité du mariage de Raymond Y... avec Mme Denise X... revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans ».

[57]Cour de cassation, chambre civile 1, 13 février 2013, n° 12-11949 : « Mais attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; (...) Et attendu qu'ayant relevé que M. X... se bornait à produire un certificat d'un médecin du 23 avril 2009 établi sur papier à entête d'un autre médecin, aux termes duquel le premier certifiait que le second, endocrinologue, suivait M. X... pour une dysphorie de genre et précisait que le patient était sous traitement hormonal féminisant depuis 2004, la cour d'appel a estimé que ce seul certificat médical ne permettait de justifier ni de l'existence et de la persistance d'un syndrome transsexuel, ni de l'irréversibilité du processus de changement de sexe, qui ne constituent pas des conditions discriminatoires ou portant atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, 16 et 16-1 du code civil, dès lors qu'elles se fondent sur un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée et de respect dû au corps humain d'autre part ».

[58]Cour de cassation, chambre civile 1, 4 novembre 2010, n° 09-15302 : « Mais attendu que l'arrêt relève quant aux conséquences du divorce sur les enfants, d'une part, que l'exercice conjoint de l'autorité parentale est mis à néant par le droit donné à la mère de prendre seule, les décisions les concernant et de consentir à leur engagement dans les forces armées des Etats-Unis, d'autre part, qu'il est fait à M. X... des injonctions lui interdisant que sa " maîtresse " se trouve en présence des enfants sauf s'il se marie avec elle, et interdisant à toute personne du sexe opposé de passer la nuit à son domicile lorsqu'il reçoit les enfants ; que la cour d'appel en a déduit exactement que le jugement étranger portait atteinte à des principes essentiels du droit français fondés sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et sur le respect de la vie privée et familiale ».

[59]Cour de cassation, chambre civile 1, 25 septembre 2013, n° 13-40044 **:** « Attendu que la question présente un caractère sérieux dans la mesure où l'action du ministère public, en ce qu'elle n'est soumise à aucune prescription, est susceptible de porter atteinte tant au droit à un procès équitable dès lors qu'elle oblige quiconque à conserver, sa vie durant, les éléments probatoires sur le fondement desquels a été reconnue sa qualité de Français, qu'au droit au respect de la vie privée en raison de la menace perpétuelle qui en résulte d'une exclusion de la communauté nationale ».

[60]Cour de cassation, chambre civile 1, 12 janvier 2011, n° 09-16527 **:** « le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives dont une même personne peut faire l'objet, ni ne commande de consacrer par une adoption, tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et bien établis ».

[61]Voir par exemple, Cour de cassation, chambre sociale, 11 janvier 2012, n°10-28213 : « qu'ayant rappelé qu'en vertu de l'article L. 1132-1 du code du travail, aucun salarié ne peut être licencié en raison de son sexe ou de son apparence physique, la cour d'appel a relevé que le licenciement avait été prononcé au motif, énoncé dans la lettre

comme un lieu propre à soi, elle [l'intimité] donne à une personne le sentiment d'exister comme « je » en face d'un autre qui n'est pas son double, assure une sécurité affective qui lui permet de faire confiance, d'avoir confiance en soi, de s'ouvrir à l'autre, de lui faire de la place sans peur et dans la tranquillité, sans chercher à le réduire à être identique à son moi »[62]. C'est parce que le sujet est pourvu d'une sphère intime qu'il peut ensuite interagir avec son environnement et c'est également en raison de l'existence de relations sociales saines que l'individu développe un monde intérieur solide et diversifié, en étant éclairé et enrichi par les liens qu'il construit avec ses pairs.

31. Il convient de souligner que « la jouissance solitaire des attributs du corps ou de l'esprit est totalement étrangère au domaine du droit. C'est bien pourquoi le suicide ne saurait trouver une légitimité juridique dans un prétendu droit de la personnalité. (…) Les biens de la personnalité n'acquièrent une connotation juridique qu'au moment où ils pénètrent dans le champ social, soit parce que l'individu s'y projette spontanément, en participant aux relations interindividuelles, soit quand il est victime d'une agression illicite commise par un autre agent juridique privé. En d'autres termes, les biens de la personnalité ne se transforment en biens juridiques que par l'établissement d'une relation intersubjective apte à être qualifiée de rapport juridique»[63]. La vie privée sociale met donc tout particulièrement en exergue la présence d'autrui dans la sphère intime de chacun.

32. Ainsi, « l'intimité ne relève pas d'un quant à soi solitaire selon un processus purement intrapsychique mais se déploie nécessairement dans l'intersubjectivité (...). L'intimité n'existe donc que partagée et reconnue par un autre qui la respecte (...). Du coup, le respect de l'intimité de quelqu'un comme de sa propre intimité témoigne d'un mode relationnel à l'autre : il dit pour qui on le prend et pour qui on se prend soi-même »[64]. L'on peut même aller plus loin avec Jacques LACAN et sa théorie du « stade du miroir », qui correspond en psychologie clinique à la prise de conscience, par l'enfant, de son identité propre. Selon LACAN, puisque nous nous identifions par rapport à une image autre que nous-même, renvoyée par le biais d'un média, ceci veut dire que « c'est l'autre qui est premier et qui permet la reconnaissance de soi. (…) La genèse

---

de licenciement que "votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes", ce dont il résultait qu'il avait pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe ; qu'ayant constaté que l'employeur ne justifiait pas sa décision de lui imposer d'enlever ses boucles d'oreilles par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, elle a pu en déduire que le licenciement reposait sur un motif discriminatoire ».

[62]Jean-Pierre DURIF-VAREMBONT, *L'intimité entre secrets et dévoilement, Cahiers de psychologie clinique* 1/2009 (n° 32), p. 57-73. URL : www.cairn.info/revue-cahiers-de-psychologie-clinique-2009-1-page-57.htm.

[63]François RIGAUX*, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ (1990), page 738.

[64]Jean-Pierre DURIF-VAREMBONT, *op. cit.*

du sujet se ferait par un « dehors » et non par un « dedans », l'altérité serait première (…). L'extériorité serait donc constitutive du sujet lui-même : son image l' « informe », au sens où elle lui « donne forme »[65].

33. A l'issue de ces deux premières sous-parties, le champ de la libre disposition de soi a été délimité. Elle recouvre la disponibilité du corps humain, ainsi que la vie privée sociale.

II. Problématique :

34. Si l'on rapproche à présent les termes du sujet, se pose la question suivante : la disposition de soi, dans ses deux acceptions, doit-elle accueillir des limites imposées par le Droit ? Une première approche, instinctive, est de répondre par la négative car le Droit n'aurait pas vocation à s'ingérer dans les rapports intimes que l'on entretient avec soi et qui ne concernent en conséquence pas la société. Encadrer juridiquement la disposition que l'on a de soi serait une atteinte injustifiée à la liberté humaine et constituerait l'augure d'une société totalitaire.

35. Il faut pourtant se rendre à l'évidence : autrui est toujours présent, en ce compris dans les rapports que l'on entretient avec soi, et doit en conséquence être pris en considération dans le processus décisionnel des actions mêmes intimes. Pour le comprendre, il convient de se référer à l'œuvre de Paul RICOEUR.

36. Ce dernier distingue deux formes d'identités personnelles : "l'identité-idem" et "l'identité-ipse". "Selon le premier sens (idem), identique veut dire extrêmement semblable (...) et par conséquence immuable, non changeant à travers le temps. Selon le second sens (ipse), identique veut dire propre (...) et a pour opposé non pas différent mais autre, étranger"[66].

37. L'identité-idem se décompose en trois éléments : l'identité numérique[67], l'identité qualitative[68] et "la continuité ininterrompue entre le premier et le dernier stade du développement de ce que nous tenons pour le même individu"[69]. En revanche, l'identité-ipse se définit par "la parole tenue dans la fidélité à la parole donnée (...). La parole tenue est un

[65]Mazarine PINGEOT, *La dictature de la transparence*, Robert Laffont (2016), pages 35-36.
[66]Paul RICOEUR. *Anthropologie philosophique, Ecrits et conférences 3*, Seuil (2013), page 356.
[67]"Identité veut dire ici unicité : le contraire est pluralité", Paul RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990, page 140.
[68]"Vient en second range l'identité *qualitative*, autrement duit la ressemblance extrême : nous disons de X et de Y qu'ils portent le même costume, c'est-à-dire des vêtements tellement semblables qu'il est indifférent qu'on les change l'un pour l'autre", Paul RICOEUR, *ibid.*, page 141.
[69]"Ainsi disons-nous d'un chêne qu'il est le même, du gland à l'arbre entièrement développé", Paul RICOEUR, *ibid.*, page 142.

maintien de soi qui ne se laisse pas inscrire, comme le caractère [ou identité-idem], dans la dimension du quelque chose en général, mais uniquement dans celle du qui? (...) La tenue de la promesse (...) paraît bien constituer un défi au temps, un déni du changement : quand bien même mon désir changerait, quand même je changerais d'opinion, d'inclusions, "je maintiendrai"[70].

38. Le lien entre ces deux types d'identité se fait par le biais du concept d'identité narrative. Celle-ci recouvre l'évolution d'un personnage au sein d'une histoire, au travers " de concordances et de discordances qui, jusqu'à la clôture du récit, mettent en péril cette identité"[71]. Pour éclairer son propos, Paul RICOEUR oppose le personnage du conte de fées et du folklore à celui du roman d'apprentissage où l'on "atteint ainsi le pôle extrême de variation, où le personne a cessé d'être un caractère"[72]. Transposé dans la vie réelle, l'homme se distingue par cette double appartenance composée d'une part de la permanence de son caractère et d'autre part de sa volonté de se maintenir ou de s'adapter aux diverses péripéties de sa vie. Et c'est bien le récit qui fait tenir ces deux pôles complémentaires[73].

39. Ce qu'il faut retenir de ce schéma de pensée, c'est la notion d'identité-ipse en ce qu'elle contient également celle d'altérité. Que serait en effet la valeur de la parole tenue, si ce n'est vis-à-vis d'un tiers ? Ainsi est-ce "au niveau de l'ipséité que l'identité dévoile le plus clairement qu'elle est constituée à la fois par la relation à autrui, mais aussi qu'elle contient en elle-même une dimension d'altérité"[74]. Dans cette perspective, le "soi" ne peut être complet sans autrui. C'est ce dernier qui lui donne des objectifs à atteindre. C'est pourquoi Paul RICOEUR ne croit pas en un cogito égotiste et auto-centré.

40. Si donc la présence d'autrui dans la sphère intime de l'homme est niée, ce sera aux risques et périls des instigateurs d'une telle initiative car sa prise en compte est un élément de structuration de la personnalité de chaque individu. La personne deviendra tout d'abord

---

[70] *ibid.*, pages 148-149.
[71] *ibid.*, page 168.
[72] *ibid.*, pages 176-177.
[73] "A l'idée d'un parcours possible du *pouvoir faire*, du *savoir faire*, du *vouloir faire*, du *devoir faire*, s'attache une présomption universelle, en vertu de laquelle on peut dire de quelqu'un qu'il s'identifie. Non pas, encore une fois, au sens d'un *idem*, c'est-à-dire de quelque chose qui ne changerait pas, pais précisément au sens d'un *ipse*, susceptible de dérouler un parcours narratif. Un tel *ipse* peut "répéter", dans la prise de conscience de lui-même, ce qui arrive à tout personnage de récit, à savoir qu'il peut entrer dans la relation de concordance discordante, caractéristique de toute structure dramatique ; dans ce parcours narratif, l'identité de l'*ipse* ne se réduit pas à l'identité substantielle de l'*idem*, au sens de non-changeant, mais se conjugue avec une mutabilité fondamentale. C'est la fonction médiatrice du récit de faire tenir ensemble la mutabilité anecdotique d'une vie avec la configuration d'une histoire", Paul RICOEUR, *Anthropologie Philosophique...*, *op. cit.*, page 348.
[74] Sophie KLIMIS, *La tragédie grecque donne à penser. A propos de l'instruction éthico-ontologique de la philosophie par le tragique*, dans *l'Ethique et le soi chez Paul Ricoeur, Huit études sur soi-même comme un autre*, Patrice CANIVEZ et Lambros COULOUBARITSIS, Septentrion, Presses Universitaire (2013), page 55.

propriétaire de son corps puisqu'elle n'aura aucun compte à rendre aux autres hommes, mais sera démunie face aux multiples sollicitations intéressées de la société. La libre disposition de soi sera asservie à d'autres intérêts que celui de son titulaire. En effet, la libéralisation totale des rapports que la personne entretient avec son corps laissera les forces implacables du marché se déchaîner sur les plus vulnérables. La vue prospective de Ruwen OGIEN prônant un marché d'Etat des organes humains laisse de côté le fait que seuls les plus pauvres seront prêts à céder leurs organes contre de l'argent ou que seules les femmes les plus financièrement humbles se déclareront candidates pour porter l'enfant des couples riches en mal de descendance biologique. Et encore, les vues des transhumanistes ne se sont pas encore avérées réalisables, mais elles laissent entrevoir une société à double vitesse où, une fois encore, les plus riches possèderont un corps particulièrement dispendieux, à l'abri des maladies, voire de la mort, tandis que les plus pauvres verront leur espérance de vie limitée par des conditions d'hygiène dégradées car l'accès aux médecins sera trop coûteux. La libre disposition de son corps ne sera en conséquence plus qu'une façade au service des lobbies économiques et financiers. Les intérêts d'une partie de la société submergeront la libre disposition de soi.

41. En parallèle, le développement sans contraintes de la vie privée sociale entraînera immanquablement un délaissement de la sphère sociale, ce au détriment de la conscience nécessaire de l'intérêt général. Ce sera alors la programmation de la fin de l'homme qui ne peut survivre sans faire société. En effet, si chaque individu décide de réaliser son bonheur personnel sans tenir compte des aspirations de ses voisins, la liberté fera long feu tout d'abord car cette dernière « consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »[75]. Ceci est connu et régulièrement jugé. Mais plus important encore est la question des limites à apporter lorsqu'un individu décide de se retrancher dans son droit à l'autonomie personnelle pour exécuter des actes qui lui sont préjudiciables. L'homme atteint d'une dépression profonde et qui décide de se suicider, n'attente qu'à sa propre vie. Mais son geste aura des répercussions sur son entourage familial et amical qui regrettera la présence de cet individu cher à leur cœur. Le suicide n'est certes pas pénalement répréhensible mais sa prévention doit demeurer à la charge de l'Etat dont la mission est de garantir un cadre de vie épanouissant. Il est donc nécessaire d'encadrer la libre disposition de soi, pour limiter certains maux auto-infligés.

42. En résumé, dans les deux cas, le Droit est légitime à intervenir car l'intimité est poreuse, et laisse passer entre ses mailles la présence d'autrui. Les règles juridiques sont adoptées pour créer un équilibre, sans cesse renouvelé, entre la volonté individuelle et la cohésion sociale, les

[75] Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

deux étant interdépendantes. L'homme doit certes pouvoir disposer de son corps et de sa vie privée sociale, mais il n'en demeure pas moins que des limites doivent être posées au nom de la présence d'autrui dans les rapports inter-personnels.

43. Une femme peut par exemple décider de porter l'embryon constitué à partir des gamètes d'un autre couple. Ses motivations peuvent être diverses, de l'ordre de l'altruisme - la mère porteuse est la sœur de celle qui ne peut mener une grossesse à son terme-, ou de la contrainte économique. Il s'agit là d'une décision qui ne concerne en premier lieu que le corps de celle qui est enceinte, mais qui impactera ensuite les parents dont les gamètes ont créé l'enfant considéré. Puis, de manière encore plus globale, l'arbitrage que la mère porteuse a opéré aura des conséquences sur la société, puisqu'il faudra notamment se poser la question du contenu de l'état civil de l'enfant ainsi conçu. On constate, à travers cette illustration, que les deux derniers effets tirés de la décision de porter un enfant qui n'est pas biologiquement le sien, c'est-à-dire l'impact sur les parents qui accueilleront le nourrisson et sur l'état civil de ce dernier sont indirects. Ce qui est en rapport de causalité directe avec l'acte de volition initial, c'est uniquement la grossesse. Autrui n'est pas concerné en premier lieu par la sphère d'intimité, mais il est bien présent dans la chaîne de causalité ainsi constituée. En conséquence, les individus engagent toujours plus qu'eux-mêmes, même lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur vie privée. Il en résulte que le Droit est bien légitime à intervenir, dans des hypothèses ciblées, aux fins de guider ponctuellement les individus dans leur vie privée sociale.

44. A titre de conclusion temporaire, la libre disposition de soi demeure un marqueur de la personnalité de l'homme, sans lequel il n'est pas véritablement autonome et n'est pas respecté par les autres individus comme un être à part entière, maître de ses décisions. Cependant, ainsi qu'il vient d'être écrit, laisser total libre cours à la disposition de soi entraînerait à la fois l'instrumentalisation de l'homme et le délaissement de la sphère sociale comme un lieu d'épanouissement et de développement personnel. C'est donc à la fois avec précaution, délicatesse, mais aussi avec détermination que le Droit est bien légitime à s'ingérer dans la disposition que l'on a de soi, aux fins d'éviter ces deux écueils.

III. Actualité du sujet

45. Les applications de la libre disposition de soi tendent à se développer de plus en plus, dans le contexte de notre société hyper-individualiste. C'est pourquoi le Droit a vocation à s'intéresser à ce pan de la vie des citoyens.

46. La libre disposition de soi sort parfois gagnante de sa confrontation avec une norme juridique d'intérêt général. Ainsi, dans un arrêt *V.C. contre Slovaquie*, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît une violation de l'article 3 de la Convention dans la stérilisation d'une jeune femme Rom qui venait d'accoucher de son deuxième enfant, car le personnel médical avait recueilli son consentement à l'opération dans des circonstances qui ne garantissait ni son intégrité, ni sa sincérité[76]. Kiteri GARCIA indique que « le droit à l'autonomie [consacré par cet arrêt] protège le patient « dans ses relations avec des professionnels de la santé ». Le respect de ce droit impose donc au personnel médical de se conformer à la volonté du patient pour les actes le concernant : aucune intervention ne peut être réalisée sans son consentement, dès lors qu'il est en mesure de le donner. Il appartient donc au patient de prendre les décisions relatives à sa santé et d'en assumer la responsabilité »[77]. Par cet arrêt, la Cour européenne reconnaît donc un droit du patient à la libre disposition de son corps, et plus largement de ses facultés reproductrices. Le Droit a certes vocation à intervenir mais uniquement pour protéger l'intégrité du consentement de la personne, garant de ce que la libre disposition de cette dernière sera respectée.

47. Un autre exemple est la décision du Conseil d'Etat à propos de la tenue dénommée « burkini » portée par les femmes de confession musulmane sur les plages françaises. Il y est écrit que «les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public »[78]. Le Conseil d'Etat n'ayant relevé aucun risque de cette sorte, il a annulé les arrêtés municipaux réglementant les

[76]CEDH, *V.C. contre SLOVAQUIE*, 8 novembre 2011, requête n°18968/07.
[77]Kiteri GARCIA, *La stérilisation forcée des femmes Roms à l'épreuve de la CEDH*, Droit de la famille n° 2, Février 2012, étude 4.
[78]Conseil d'Etat, ordonnance du 26 août 2016, n°102742, 402777, paragraphe 5.

tenues de plage. Le Droit se retire ici des rivages de la liberté vestimentaire pour laisser les individus disposer de leur habillement à leur gré, et en faire une manifestation religieuse si tel est leur désir.

48. En d'autres occasions, les manifestations de la libre disposition de soi sont jugulées par le Droit. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il refusé de valider la technique de cryogénisation des défunts[79], quand bien même les personnes décédées avaient consenti, de leur vivant, à ce type de conservation de leur corps. On ne peut certes se permettre de laisser place à une totale liberté en la matière, compte tenu du danger que représentent les fluides du corps d'une personne décédée. Que dirait-on si, dans un proche avenir, des personnes exigeaient de passer leur vie ex post attachées aux branches d'un arbre ou embaumées dans leur salon ? Néanmoins, les personnes souhaitant être cryogénisées dans l'espoir d'une guérison en des temps futurs plus cléments ne heurtent la liberté de personne. Ils doivent bien évidemment financer par avance leur installation et le fonctionnement de celle-ci. Mais, une fois ces démarches effectuées, nul individu ne paraît légitime à leur dire la manière dont elles souhaitent passer l'éternité qui leur appartient encore, d'autant, qu'une fois de plus, elles ne nuisent à personne. Selon Philippe RAIMBAULT, « là où la négation du consentement peut être consensuellement légitime s'il s'agit de protéger les vivants contre le risque de pourrissement du cadavre, elle devient beaucoup plus problématique quand elle s'impose au nom d'un ordre moral qui n'est pas unanimement admis. L'ordre public apparaît alors pour ce qu'il est : un concept juridique malléable qui peut masquer des atteintes aux libertés plus ou moins justifiées »[80]. Sophie DOUAY note quant à elle, qu'« aujourd'hui, le droit ne connaît certes guère que la congélation (outre du sperme) des embryons surnuméraires, stockés dans des conteneurs d'azote liquide,

[79]Conseil d'Etat, 29 juillet 2002, n° 222180 : "Considérant que la cour n'a pas dénaturé les pièces du dossier en interprétant la demande dont était saisi le préfet comme une demande de conservation et non d'inhumation du corps d'une personne décédée ; qu' en estimant que la conservation du corps d'une personne décédée par un procédé de congélation ne constitue pas un mode d'inhumation prévu par les dispositions précitées, elle n'a pas commis d'erreur dans la qualification juridique des faits ; qu'elle a pu légalement en déduire que le préfet de La Réunion avait compétence liée pour refuser, par une décision en date du 7 septembre 1999, l'autorisation sollicitée par M. Michel LEROY et Mlle Joëlle LEROY de conserver le corps de leur mère défunte dans un appareil de congélation placé dans le sous-sol de leur villa" ; Conseil d'Etat, 6 janvier 2006, n° 260307 : "Considérant, d'une part, qu'en vertu des articles 8 et 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le choix du mode de sépulture, qui est intimement lié à la vie privée et par lequel une personne peut entendre manifester ses convictions, peut faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics ; que les restrictions que prévoient les dispositions précitées du code général des collectivités territoriales, en n'autorisant, après le décès d'une personne, que l'inhumation ou la crémation de son corps, lesquelles visent à organiser les modes de sépulture selon les usages et à protéger la santé publique, ne sont pas disproportionnées par rapport à ces objectifs et ne méconnaissent pas, par suite, les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales".

[80]Philippe RAIMBAULT, *Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au « cadavre exquis »…*, Droit et société, 2005/3 (n° 61), p. 817-844. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-droit-et-societe-2005-3-page-817.htm

dans le projet d'une procréation médicalement assistée. Mais de quel fondement arguer pour reconnaître la validité d'une technique à une extrémité de la vie (son début) et la dénier à son autre extrémité (la fin) ? »[81]. Dans cette hypothèse, les normes hygiénistes du Droit impératif ont supplanté la libre disposition de soi.

49. Il convient enfin de mentionner les dispositions en matière de lutte contre la consommation de stupéfiants. Les personnes faisant usage de stupéfiants paraissent de prime abord librement disposer de leur corps et ne faire courir de risques qu'à leur propre santé. Peut-on pour autant les laisser se dégrader et finalement mourir d'une overdose ? La réponse apparaît de prime abord négative en ce que les consommateurs nourrissent une demande qui vient renforcer les trafics internationaux de stupéfiants, au profit de revendeurs qui en tirent de juteux profits. En outre, « à une époque où le droit à la santé et aux soins est progressivement reconnu à l'individu – en particulier par la généralisation de la sécurité sociale et de l'aide sociale-, il paraît normal, en contrepartie, que la société puisse imposer certaines limites à l'utilisation que chacun peut faire de son propre corps »[82]. La réponse, à bien y réfléchir, ne peut être aussi tranchée. Selon Michel HAUTEFEUILLE et Emma WIEVIORKA, «les dangers de la drogue sont potentialisés par l'absence de contrôle de la qualité des produits. Pour des raisons inhérentes à la nature novice et addictive de ces biens de consommation, le marché de la drogue nécessiterait une régulation étatique serrée. Actuellement, il est totalement libéralisé et les consommateurs sont à la merci de dealers et de leurs produits »[83]. Ces auteurs se prononcent, en toute logique, pour une légalisation des drogues. Légaliser reviendrait à « cesser de traiter les gens comme des irresponsables pour lesquels des sages autoproclamés décideraient de tout, choisissant ce qui est bon ou mauvais pour l'ensemble de la société (…) C'est un droit nouveau que propose la légalisation contrôlée, le droit de disposer de son corps, de son esprit et de la liberté de faire des choix à partir du moment où ceux-ci n'empiètent pas sur celle d'autrui »[84]. *Qu'en est-il en France ? « Je ne suis pas favorable à la légalisation du cannabis »*, a déclaré Emmanuel MACRON mardi 22 mai [2018]. Le président de la République a, à contre-courant de nombre de pays occidentaux, insisté sur l'importance d'*« un plan de mobilisation contre le*

[81]Sophie DOUAY, *L'interdiction de la libre disposition de son corps par-delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 26 Mars 2003, II 10052.
[82]Francis CABALLERO, Yann BISIOU, *Droit de la drogue,* Dalloz (2000), cité par Michel HAUTEFEUILLE, Emma WIEVIORKA, *La légalisation des drogues. Une mesure de salut public,* Odile Jacob (2014), page 147.
[83]Michel HAUTEFEUILLE, Emma WIEVIORKA, *La légalisation des drogues. Une mesure de salut public,* Odile Jacob (2014), page 150.
[84]Michel HAUTEFEUILLE, Emma WIEVIORKA, *La légalisation des drogues. Une mesure de salut public,* Odile Jacob (2014), pages 175-176.

trafic, notamment international ». (…) »[85]. L'exécutif se dirige donc vers un traitement de la consommation de cannabis par le biais d'une amende forfaitisée, ce qui implique le refus de sa dépénalisation et, a fortiori, de sa légalisation. Ici, encore, le Droit jugule la libre disposition de soi.

50. Tant le législateur que les juges ont donc de plus en plus affaire à la libre disposition de soi et doivent rechercher l'équilibre entre cette dernière et l'objectif de cohésion de la société.

IV. Plan de la thèse

51. Que ce soit pour apprécier la légitimité du port d'un vêtement aux confins de la liberté de conscience, de la cryogénisation, c'est l'ordre public qui est appelé à faire office de valeur de référence. C'est à l'aune de l'ordre public que le législateur ou les juges détermine si la libre disposition de soi peut s'épanouir sans danger pour autrui ou pour l'intérêt général. Ce raisonnement paraît a priori de bon sens compte tenu du fait que l'ordre public est le garant de la cohésion sociale et qu'il constitue donc une forme de limite naturelle aux aspirations individuelles d'autonomie. Dès lors qu'autrui est toujours présent dans le rapport que l'on entretient avec soi-même, ainsi que Paul RICOEUR l'a établi, l'ordre public intervient légitimement dans la libre disposition de soi pour faire en sorte que celle-ci ne mette pas en péril l'homéostasie de la société. En effet, sans ordre public, cette dernière ne pourrait se consolider suffisamment pour éviter son morcellement en autant de valeurs que de désirs individuels existants. Cet ordre public, dans ses composantes classique de direction et de protection, paraît néanmoins actuellement à la peine pour contenir les volontés individuelles qui s'expriment avec force conviction. C'est le cas notamment en droit de la famille, où le juge aux affaires familiales apparaît dorénavant plus comme un arbitre des intérêts en présence que comme un censeur des pratiques inadmissibles.

52. L'ordre public classique n'est cependant pas le seul instrument juridique de nature à encadrer la libre disposition de soi. De facture plus récente, la dignité de la personne humaine vient également tour à tour protéger ou limiter les actes accomplis dans l'intimité de la vie privée. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt V.C. contre Slovaquie précité rappelle que « la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention »[86] pour énoncer ensuite clairement que « la Cour précise que la situation est différente lorsque pareil traitement médical est imposé à un patient adulte et sain d'esprit sans

[85]Le Monde, 29 mai 2018.
[86] Paragraphe 105.

son consentement. Une telle manière de procéder doit être considérée comme incompatible avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme, qui constitue l'un des principes fondamentaux au cœur de la Convention »[87]. Par ailleurs, si l'illicéité des trafics de stupéfiants repose indubitablement sur un fondement d'ordre public en ce que ceux-ci perturbent la tranquillité et la sécurité publiques, c'est également la dignité du consommateur de ces substances qui est en jeu. L'on interdit la prise de stupéfiants pour éviter que la personne ne se dégrade aussi bien physiquement que mentalement. On la sauve contre son gré, au nom de sa dignité d'être humain qui requiert de prendre soin de soi. A travers ces deux exemples, l'on perçoit le double rôle de la dignité de la personne humaine : soit elle protège la libre disposition d'individu en situation de faiblesse qui peut alors brandir sa dignité comme bouclier contre les agressions extérieures ; soit au contraire, elle limite la libre disposition de soi, protégeant la personne contre son gré. L'on constatera que la deuxième acception de la dignité est celle qui prédomine entre les mains du législateur et des juges, laissant la libre disposition de soi à la merci d'un instrument peu nuancé. En effet, la dignité de la personne humaine, dans sa dimension objective, se conçoit par référence à un modèle d'être abstrait auquel l'individu réel est sommé de se conformer, quelles que soient les circonstances particulières de l'espèce. La dignité contraint en conséquence la libre disposition de soi de manière démesurée. C'est ainsi par exemple que le spectacle de lancer de nain a été interdit alors même que le nain acteur du spectacle s'est trouvé fort marri de cette situation car son emploi forain lui procurait à la fois une place dans la société ainsi qu'une rémunération substantielle. Les juges lui ont opposé sa propre dignité pour lui imposer ce qu'ils considéraient être un comportement digne de son Humanité.

53. L'ordre public peine à limiter la libre disposition de soi tandis que la dignité objective en devient littéralement un instrument de castration. Il faut donc rechercher un instrument juridique qui permette d'assurer la cohésion sociale sans pour autant éteindre les aspirations individuelles. C'est un équilibre particulièrement délicat à trouver en ce que ces deux objectifs sont le plus souvent diamétralement opposés. La recherche doit s'orienter vers l'ordre public car celui-ci est un concept éminemment évolutif. En effet, « il dépend de la nature des situations considérées » ; il demeure « sensible (...) à des données locales tenant éventuellement à des usages anciens » et enfin « il subit l'influence d'une évolution constante des esprits et des comportements »[88]. De cette évolutivité, il faut en déduire une adaptabilité indéniable, qui le

[87] Paragraphe 107.
[88]François TERRÉ, *L'ordre public entre deux siècles*, in *L'ordre public,* Archives de philosophie du droit, tome 58, Dalloz (2015), page 189.

fait fléchir tel le roseau face aux assauts de l'individualisme, sans pour autant le casser. Il permet d'atteindre l'équilibre recherché entre la préservation de l'intérêt général d'une part et de la libre disposition de soi d'autre part. C'est un ordre public qui doit être de direction, eu égard aux faits qu'il accompagne, avec tout la fermeté requise, les individus dans la découverte des options qui leur sont les plus favorables et qu'il n'a pas vocation à protéger à tout prix la libre disposition de soi. Son adaptabilité aux circonstances de l'espèce est rendue possible grâce à l'application du principe de proportionnalité in concreto. Ce nouvel ordre public ne serait enfin qu'une coquille vide, sans l'objectif du Bien commun, qui permet de discriminer entre les usages licites et illicites de la libre disposition de soi. Encadrée par l'ordre public de direction de la personne, cette dernière peut s'exprimer sans verser dans des extrêmes dommageables à l'individu ou à la société.

54. En conséquence, l'on étudiera dans une première partie la nécessité d'un nouvel instrument juridique d'encadrement de la libre disposition de soi, face aux échecs tant de l'ordre public classique que de la dignité de la personne humaine. Dans une seconde partie, l'on s'attèlera à la tâche de construire un nouvel ordre public de direction de la personne qui permettra de contingenter la libre disposition de soi sans en étouffer les aspirations vitales des individus.

PARTIE I

LA NÉCESSITÉ D'UN NOUVEL INSTRUMENT JURIDIQUE D'ENCADREMENT DE LA LIBRE DISPOSITION DE SOI

55. Il se dit et s'écrit fréquemment que les valeurs de la société actuelle sont celles de la compétition et de l'individualisme. Après avoir été inféodé à la Nature puis aux divinités, l'homme a pris son envol pour devenir le centre nerveux du système économico-juridique. Les désirs des individus deviennent des droits que l'Etat se doit de satisfaire, en même temps que des envies qui doivent impérativement trouver leur réalisation dans le monde concret de l'économie ultra-libérale. Dans ce cadre, l'individu paraît pouvoir disposer de lui-même sans se voir opposer une quelconque contrainte. Une personne qui s'alcoolise à outrance en son domicile, sans prendre le volant, sans commettre d'acte hétéro-agressif, ne saurait donc se voir interdire l'accès aux boissons qu'elle affectionne au motif que ce comportement nuit à sa santé. Une autre qui consomme des produits stupéfiants à l'abri des regards, en se servant de ses propres cultures de plants de cannabis ne devrait pas être poursuivie et condamnée en considération du fait qu'elle détruit sa santé.

56. La société du XXIe siècle ne saurait toutefois se lire d'une manière aussi univoque et dépourvue de nuances. Le premier tempérament à la libre disposition de soi vient de la nécessité de respecter les droits d'autrui. Dès la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, il a été écrit que «la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits ». La libre disposition de sa sexualité trouve par exemple sa limite dans la nécessité du consentement du partenaire choisi, faute de quoi la réalisation de la libido devient un viol ou une agression sexuelle.

57. L'intérêt général constitue le deuxième tempérament à la libre disposition de soi. Une liberté doit immanquablement se heurter à des limites, car une telle liberté sans barrières est comme en suspension et n'est en conséquence plus reliée à la réalité humaine. C'est pourquoi la vie en société renvoie classiquement à l'instauration de frontières indépassables. En effet, pour que vivent les volontés individuelles, encore faut-il que l'intérêt de la société soit préservé. Sans structure sociale au sein de laquelle elle peut se développer sans haine et sans crainte, la libre disposition de soi s'étiole et meurt, privée de son habitat naturel, la société des égaux. L'homme n'est littéralement plus rien sans la société de ses commensaux. Ne reconnaître aucune limite à ce que l'individu peut accomplir sur lui-même revient à légitimer le geste hautement névrotique de ce citoyen allemand qui avait accepté de se faire manger par un autre homme.

58. Cet intérêt général ou impératif social trouve sa traduction juridique dans deux concepts : l'un, traditionnel, est celui de l'ordre public classique tandis que l'autre, plus récent,

est celui de la dignité de la personne humaine. Le premier a pour rôle initial de limiter l'exercice des libertés, au rang desquelles se compte la disposition de soi. La seconde, telle la divinité Janus, constitue tout d'abord un instrument de protection de la libre disposition de soi, avant de se transformer en un principe niant l'existence même de toute liberté, en ce compris celle de disposer de soi.

59. S'agissant de l'ordre public, une approche substantielle paraît ardue car la doctrine est unanime à constater qu'il « est une notion particulièrement fuyante qui ne se laisse guère enfermer dans une définition précise »[89]. Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD affirmaient déjà en 1988 que « le contenu de l'ordre public varie dans le temps et dans l'espace. Il est réduit dans les régimes libéraux et il s'est sensiblement élargi avec le développement du dirigisme dans la société contemporaine, cet élargissement accusant ainsi le recul de la liberté contractuelle »[90]. Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBEAU-TERNEYRE écrivent quant à elles que « l'ordre public est une notion protéiforme, dont les contours et le contenu sont variables dans le temps et relativement incertains »[91]. Muriel FABRE-MAGNAN affirme que « l'ordre public se définit comme l'état de la société jugé essentiel à un moment donné dans un Etat donné. Il s'agit d'une notion très large, qui connaît des applications et des sous-distinctions diverses »[92]. Christian LARROUMET et Sarah BROS constatent qu' « en dépit des distinctions proposées pour éclairer et préciser le contenu de l'ordre public, celui-ci demeure flou. (…) Il en résulte ce que l'on a appelé la variabilité essentielle de l'ordre public, laquelle empêche de déterminer une fois pour toutes ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. Il en résulte qu'il est vain de tenter de dresser un catalogue de ce qui est permis et de ce qui est prohibé »[93].

60. Tenter de saisir cette notion par son contenu paraît en conséquence imprudent tant ce dernier est protéiforme et tend à varier en fonction des époques. Il apparaît plus judicieux d'approcher l'ordre public par sa fonction. Ainsi, selon Jean CARBONNIER, « il ne faut pas se figurer l'ordre public comme un corps de règles de droit, sanctuarisées à part des autres. C'est plutôt une présence : la présence d'un être moral, le peuple (…), la société, l'Etat, dans l'espace ouvert à la liberté des contrats. L'Etat adresse un rappel à l'ordre aux contractants s'ils

[89] Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat,* LGDJ (2013), page 379.
[90] Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, *Droit civil, tome 1,* Sirey (1988), pages 70-71.
[91] Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virgine LARRIBEAU-TERNEYRE, *Droit civil – les obligations,* Dalloz (2017), page 432.
[92] Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral,* PUF (2016), page 77.
[93] Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil – tome 3,* Economica (2016), pages 448-449.

veulent toucher à des règles qu'il regarde comme essentielles »[94]. Au regard spécifiquement de la libre disposition de soi, l'ordre public matérialise des limites dont la société ne saurait tolérer le franchissement. Pour reprendre l'une des illustrations sus-citées, la personne adepte de la consommation de stupéfiants sera condamnée à se soigner, quand bien même les effets de son comportement sur autrui sont insignifiants. Nonobstant, au nom de l'ordre public sanitaire, elle se verra forcée d'adopter une nouvelle hygiène de vie. La libre disposition de soi est donc brimée pour que la collectivité vive sereinement, à l'abri des tentations et autres paradis artificiels.

61. L'ordre public a récemment été rejoint par la dignité de la personne humaine, laquelle joue un double rôle vis-à-vis de la libre disposition de soi, à la fois protecteur et castrateur. Un effort de définition s'impose en premier lieu. Il ressort des écrits portant sur la question que le sens premier de la dignité[95] est relié, dans la Rome antique, à la notion d'honneur, elle-même attachée à la qualité de citoyen. Il en découlait alors des obligations à la charge de l'intéressé qui ne se limitaient pas à la sphère d'activités sociales. En effet, « à Rome, la réputation d'un citoyen est loin d'être un élément négligeable. La place qu'occupent les notions d'existimatio et de dignitas dans le vocabulaire politique romain en témoigne clairement. Elles révèlent que la réputation d'un citoyen se fonde sur son mérite et aussi sur sa conduite qui doit être conforme à ce qu'on attend de lui dans sa vie publique comme dans sa vie privée. Tout manquement à ces obligations tacites nuit à l'existimatio et peut en entraîner la perte »[96] . Autrement dit, la dignitas emporte « à l'égard des tiers, une obligation générale de respect de ce rang ou de cette fonction [officiels] - obligation juridiquement sanctionnée. La dignité-dignitas fonctionne alors comme un attribut de la souveraineté déléguée par voie d'office »[97].

62. La notion de dignité est reparue à la suite de l'horreur des crimes et expérimentations nazies commises au préjudice des êtres humains, car une conscience mondiale s'est développée

---

[94] Jean CARBONNIER, *Droit civil. Tome 4, Les obligations,* PUF (2000), page 145. Lire également, pour une définition formelle et non substantielle de l'ordre public, Philippe MALAURIE, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.),* éditions Matot-Braine, Reims (1953), page 68 : «l'ordre public est au sein de toutes les règles de droit qu'il domine. Or, au fur et à mesure que la vie sociale devient plus organisée, les règles de droit sont d'une complexité croissante. Entre les diverses institutions qui les incarnent s'établit un divorce plus accusé. L'ordre public a pour but de protéger chacune d'elles en particulier, contre les atteintes individuelles et d'établir entre elles l'harmonie. On peut donc définir l'ordre public : *le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité*».

[95] GIRARD C. et HENNETTE-VAUCHEZ S. (sous la direction de), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF (2005), page 24.

[96] DUCOS M., *Les Romains et la loi,* thèse Paris - Sorbonne (Paris IV), 1984, page 364, cité par BEIGNER B., *L'honneur et le droit,* thèse PARIS 2, 1991, pages IV-V.

[97] GIRARD C. et HENNETTE-VAUCHEZ S. (sous la direction de), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF (2005), page 24.

qui n'acceptait pas que l'homme soit de nouveau réifié. C'est de cette part irréductible de résistance à l'inhumain que naît la dignité, présente dans chaque homme. Aux fins de ne pas être oubliée, elle a été inscrite au sein de textes fondateurs tels que le préambule de la Charte des Nations-Unies, signée le 26 juin 1945[98], ou encore dans le préambule de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948[99]. La dignité a en conséquence permis l'élaboration d'une conscience mondiale de la valeur de chaque être humain, ce qui explique que tant les juridictions nationales, puis le législateur, aient eu recours à cette notion pour protéger la libre disposition des membres les plus faibles de la société que sont notamment les personnes privées de liberté ou les victimes d'infractions. La dignité s'est néanmoins transformée en un instrument de contrôle totalitaire de la disposition que chacun décide d'avoir de soi, du fait d'un manichéisme peu adapté à la liberté envisagée.

63. La réflexion suit en conséquence le cheminement suivant : la libre disposition de soi est d'une part limitée par l'ordre public classique et d'autre part protégée par la dignité de la personne humaine. Les notions juridiques n'étant néanmoins pas statiques, sera examiné dans un premier titre, l'essoufflement de l'ordre public classique dans sa mission d'encadrement de la libre disposition de soi (titre I). Puis, l'accent sera mis sur le rôle castrateur de la dignité au regard de cette même disposition de soi (titre II). De ce double constat naît la nécessité de construire un nouvel instrument juridique permettant d'encadrer de manière souple la libre disposition de soi.

[98] Les peuples des Nations Unies sont résolus "à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances", mais également "'à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine ».
[99] "La reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde." Cette assertion est mise en relation, de la même façon que dans le préambule de la Charte des Nations-Unies, avec " la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme [qui] ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité "L'article 22 fait également mention de la dignité : "toute personne (...) est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité (...)".

TITRE I

L'ESSOUFFLEMENT DE L'ORDRE PUBLIC CLASSIQUE

65. La libre disposition de soi est d'une part limitée par l'ordre public classique et d'autre part protégée par la dignité subjective. Cet équilibre précaire mais bien réel permet de composer avec les intérêts individuels et ceux de la société. Néanmoins, force est de constater qu'aujourd'hui, l'ordre public laissé à lui-même ne parvient plus à contenir le flot impétueux des volontés individuelles. Aux fins de bien comprendre l'articulation du raisonnement, quelques efforts de définition s'imposent à présent pour déterminer ce qu'est l'ordre public classique ainsi que la dignité subjective. Les rapports que ces notions entretiennent avec la libre disposition de soi seront décrits au fil des lignes qui suivent.

66. Plusieurs classifications de l'ordre public ont été adoptées par la doctrine mais celle qui fait le plus clairement ressortir l'armature de la notion est celle qui distingue entre ordre public de direction et ordre public de protection.

67. Tout d'abord, l'ordre public de direction protège l'organisation étatique[100] . C'est pourquoi Véronique BLET-PFISTER écrit que « l'ordre public a (...) une fonction de maintien de l'Etat»[101]. Ainsi, le Code pénal introduit-il, dans le titre relatif aux atteintes à l'autorité de l'Etat, différents manquements au devoir de probité commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public, tels que le fait de « recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle [la personne dépositaire de l'autorité publique] sait ne pas être due »[102]. En

[100] Laurent BOYER, Boris STARCK, Henri ROLAND, *Droit civil, le contrat*, Litec (1998), page 237 : sont nulles les conventions dérogeant aux lois de droit public : lois constitutionnelles (vente du droit de vote, corruption électorale), lois administratives (trafic d'influence, concussion), lois fiscales (convention dissimulant une partie du prix dans la vente), lois pénales (contrat d'assurance garantissant l'assuré contre les conséquences pécuniaires de ses délits), etc. ». Lire également Marie-Caroline VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, PUF (2001), page 115 a 117 : « il se peut (…) que la chose sur laquelle l'effet de droit principal voulu par les auteurs de l'acte juridique soit hors du commerce juridique. (…) La souveraineté de l'Etat est une autre valeur « totem » défendue par l'ordre public ». Les choses qui ne peuvent pas en être dissociées sont hors du commerce. C'est le cas des mandats de justice et des offices notariaux ». Lire par ailleurs Pierre CATALA, « A propos de l'ordre public », dans Le *juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre DRAI,* Dalloz (2000), page 511 : « L'ordre public de direction est dépeint comme celui dans lequel l'Etat applique son autorité normative au maintien des institutions et à la conduite de sa politique. Il en a longtemps usé pour exercer ses fonctions régaliennes traditionnelles : dépense, sécurité, justice, diplomatie, nationalité, condition des étrangers ».

[101] Véronique BLET-PFISTER, « L'ordre public (fragments pour une étude sur l'Appareil d'État) », in Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques TENEUR, Tome I, Collection des travaux de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille (1977), page 63.

[102] Article 432-10 du Code pénal.

dirigeant de la sorte l'action de ses représentants ou missionnaires, l'Etat s'assure de ce que son autorité et son existence même ne sont pas gangrenées par la corruption.

68. L'ordre public de direction s'est ensuite intéressé à la politique économique, surtout dans le période de l'après- seconde guerre mondiale. Georges Ripert en décrit le processus : le domaine du contrat était dans un premier temps « immense. Le Code civil lui abandonn[ait] toutes les relations économiques. (…) Le contrat [était] loi, et, si la loi interv[enait], ce n'[était] que pour interpréter la volonté probable des contractants, suppléer à leur volonté non exprimée ». L'ordre public s'est ensuite imposé dans les relations économiques jusqu'alors laissées à l'autonomie de la volonté des parties contractantes. « Pendant et après la guerre, le mouvement se précipite. Il n'est plus question que de prorogation, taxation et révision. (…) La liberté n'est plus considérée que comme source de désordre. Nous réclamons tous de l'Etat l'ordre économique, et au maintien de cet ordre, nous sommes prêts à offrir en sacrifice la liberté contractuelle »[103]. L'on aboutit ainsi à un ordre public économique de direction constitué des « règles au moyens desquelles l'Etat entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale »[104]. Jean HAUSER décrit ce même mouvement du libéralisme vers l'économie dirigée. Après la guerre et une période de prédominance de la liberté contractuelle, « on voit refleurir un ordre public économique de direction (…) qui trouve sa traduction dans l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 sur le contrôle des prix »[105]. Selon ce dernier texte en effet, les prix des produits sur le marché national étaient déterminés par les

[103] Georges RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, *Tome II Les sources générales des systèmes juridiques actuels,* Librairie Edouard Duchemin (1977), page 347. Dans le même sens, Laurent BOYER, Boris STARCK, Henri ROLAND, *Droit civil, le contrat*, Litec (1998), page 10 : « le législateur s'est préoccupé de soumettre les engagements privés aux objectifs économiques qu'il avait définis pour le pays tout entier. Le dirigisme économique avait atteint son point culminant avec les deux ordonnances du 30 juin 1945 portant réglementation impérative des prix ».

[104] François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations,* Dalloz (2013), page 427. Christophe JAMIN (*Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés*, Dalloz 2005, page 2342) vient préciser qu' « il s'agit pour l'Etat de gouverner l'économie dans un sens déterminé et il se trouve que cette volonté produit des effets sur le contrat. (…) L'ordre public de direction agit de haut en bas, de la règle au contrat ».

[105] Encyclopédie Dalloz de droit privé, dalloz.fr, Jean HAUSER et Jean-Jacques LEMOULAND (2015), *Ordre public et bonnes mœurs,* n°83. Voir également Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ (2016), pages 359-360 : L'ordre public classique est « une notion conservatrice ayant pour objet la sauvegarde des valeurs essentielles de la société à un moment donné. (…) Il est une notion négative, qui se borne à interdire. (…) L'ordre public contemporain a un esprit novateur. Parfois, il ne se borne pas à interdire, mais impose, de manière positive, des obligations aux parties. (…) Il entend diriger l'économie ; par exemple, une taxation ou la législation monétaire ; il s'agit d'un ordre public de direction économique, qui a uniquement pour objet un intérêt général. (…) Depuis 1975, comme dans tous les grands pays du monde, il a presque entièrement disparu ». Dans le même sens, François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Dalloz (2013), pages 426-427 : « L'existence de règles propres à certaines professions montre qu'il existait dès le XIXe siècle un ordre public économique. Mais, d'inspiration libérale, celui-ci était d'ampleur limitée. Une mutation profonde s'est produite au XXe siècle avec la croyance que l'Etat pouvait orienter la vie contractuelle dans une direction favorable à l'utilité sociale (…) ».

autorités publiques et ne subissaient d'augmentation que par exception[106], la pratique d'un prix illicite, c'est-à-dire supérieur ou inférieur au prix officiellement fixé, étant pénalement répréhensible[107]. Philippe MALAURIE explique ce basculement par la double aspiration du peuple français qui d'une part, chérit « l'autonomie de l'entreprise (…), la liberté » et d'autre part « entend assurer et faire assurer le respect de l'Etat, la primauté de l'utilité publique, la foi en la loi. (…) En même temps que nous aspirons à l'autonomie de l'individu, nous aspirons au mythe de l'Etat fort, de l'autorité forte, du franc fort »[108]. A présent, l'ordre public de direction économique qui « se propos[ait] de concourir à une certaine direction (…) de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier, [était] lié au dirigisme économique, [et] s'est considérablement affaibli avec l'actuelle faveur de l'économie de marché »[109].

69. Nonobstant ce recul en matière économique dont l'importance est à relativiser eu égard à l'importance prise par le droit de la concurrence[110], l'acte de décès de l'ordre public de

[106] Article 21 de l'ordonnance du 8 juillet 1945 : « A titre exceptionnel, des modifications en hausse peuvent être apportées au niveau des prix bloqués lorsque le prix de revient d'un produit ou d'un service subit une majoration due soit à une hausse du cours des matières premières sur les marchés étrangers, soit à des circonstances exceptionnelles résultant d'un cas particulier de force majeure et que cette majoration dépasse un pourcentage jugé suffisant par le comité national des prix ».

[107] Chapitre I du livre II de l'ordonnance du 8 juillet 1945.

[108] Philippe MALAURIE, *Rapport de synthèse*, in Thierry REVET (avec la coordination de), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz (1996), page 105. Dans le même sens, Philippe MALINVAUD, Dominique FENOUILLET, Mustapha MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis (2014), n°277 : « d'une part, l'Etat, au travers de la législation, croit aux bienfaits de l'économie libérale et défend le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. De ce point de vue, sont interdites les clauses qui auraient pour but ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence (…). D'autre part, l'Etat croit aux vertus du dirigisme économique. (…) D'une manière plus particulière, le législateur est intervenu pour réglementer impérativement tout ou partie du contenu de certains contrats. (…) Dominant la monnaie par le secteur bancaire (réglementation du crédit, etc.), l'Etat contrôle aussi les prix et salaires pour éviter les mouvements inflationnistes. (…) Il s'agit finalement d'un ordre public économique de direction, à ceci près qu'il s'exerce ici au nom de l'efficacité économique ». Voir également Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « L'ordre public en droit privé interne », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, Librairie Edouard Duchemin (1977) : « pendant tout le cours du XIXe siècle, le libéralisme règne, le laisser faire est le principe, le rôle de l'Etat est réduit à son minimum. Celui-ci doit être uniquement le gardien de l'ordre au sens strict du mot, de la liberté de citoyens et de la morale ». Egalement Jacques GHESTIN, *La formation du contrat,* Tome 1, LGDJ (2013), page 382 : « En matière économique et sociale certaines périodes ont été marquées par une réduction importante de la liberté contractuelle. La plus récente est celle de la dernière Guerre mondiale de 1939-1945 et des années d'après-guerre. Malgré son origine exceptionnelle, elle s'est cependant prolongée pendant de longues années et suffit à rappeler la fragilité, en période de crise grave, du libéralisme économique ».

[109] Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 4 Les obligations,* PUF (2000), page 148.

[110] Mohamed Mahmoud MOHAMED SALAH, « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulatoire ? », dans *Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT,* éditions Frison-Roche (1999), page 261 : Avec le droit de la concurrence, « on aborde un ordre public aux rivages sans fins, puisqu'il a vocation à se saisir de toute activité de production ou de distribution de biens ou de services, quelle que soit la forme sous laquelle elle est exercée, dès lors qu'elle a pour objet ou pour effet d'affecter le jeu de la concurrence ». Voir également Charles VAUTROT-SCHWARZ, « L'ordre public économique », dans *L'ordre public*, Charles-André DUBREUIL (sous la direction de), éditions Cujas (2013), page 187 : « Il existe (…) une police générale de la concurrence qui est exercée par l'Autorité de la concurrence en charge d'assurer la protection du bon fonctionnement concurrentiel du marché. Pour assurer le bon fonctionnement du marché, elle garantit en amont sa

direction ne doit pas encore être dressé. Il demeure un garant de la permanence de l'organisation étatique, et constitue l'une des limites à la libre disposition de soi. L'ordre public de direction impose en effet un certain cap prédéfini aux conduites individuelles, ce quelles que soient les manifestations de volonté des personnes concernées. Il demeure donc présent dans le champ de la libre disposition de soi pour en limiter les modalités d'expression, ce dans le but de maintenir la cohésion sociale. L'exemple sera pris du droit de la famille et des personnes car ce pan du Droit semble de primer abord abriter un rejet du contrôle des conduites individuelles par l'ordre public de direction. Lui serait préférée la liberté de disposer de sa vie familiale et personnelle, le législateur et le juge n'intervenant en ce domaine que de manière de plus en plus subsidiaire. Cependant, une étude quelque peu approfondie de la matière laisse apparaître que l'ordre public de direction continue de limiter les comportements individuels et familiaux, notamment par le biais du rôle du Ministère public dans la procédure civile.

70. Quant à l'ordre public de protection, son rôle accru va de pair avec une protection renforcée de la libre disposition de soi. En effet, Jean CARBONNIER écrit que « l'ordre public de protection, qui se ressent encore de l'individualisme, n'a d'autre but que de protéger, dans divers contrats, la partie économiquement la plus faible : le salarié dans le contrat de travail (…) ; le fermier dans le bail à ferme (…) ; le débiteur (…). Et plus généralement, est protégé le consommateur de produits et services (…) c'est-à-dire le non-professionnel contractant avec le professionnel, le besoin de protection s'induisant ici de leur inégalité de connaissance technique »[111]. En d'autres termes, la libre disposition des personnes considérées comme

structure concurrentielle par le contrôle des concentrations économiques et son caractère concurrentiel par la sanction, en aval, des pratiques anticoncurrentielles. Il existe également un certain nombre de polices sectorielles de la concurrence assurées par des autorités sectorielles qui sont en charge, sur un secteur particulier, de la protection bien sûr, mais aussi de la promotion du fonctionnement concurrentiel du marché ». Il est ainsi de l'Autorité des marchés financiers qui « veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. (…) Le voilà donc, tel qu'il est, sans fards et sous une lumière crue : l'ordre public économique se réduit à *l'ordre concurrentiel comme visant la protection et la promotion du bon fonctionnement du marché.* ».

[111] Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 4, les obligations,* PUF (2000), pages 147-148. Lire également Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz (2011).: l'ordre public de protection « tend à la défense d'intérêts particuliers estimés primordiaux (par exemple l'intérêt du consommateur face au professionnel) ; Gérard CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, PUF (1998) : l'ordre public de protection est celui qui « correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles (…) à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle) ». Alain Le POMMELEC (« La signification de l'ordre public en droit des obligations », dans Charles-André DUBREUIL (sous la direction de), *L'ordre public*, éditions Cujas (2013), page 74) paraît se référer à ce même ordre public de protection lorsqu'il écrit que « l'interventionnisme législatif et la pratique judiciaire ont imposé des règles impératives (…) afin de protéger des intérêts catégoriels jugés prioritaires. (…) D'un point de vue philosophique, la conception libérale privilégiant la volonté et le consentement en tant qu'éléments déterminants du contrat, a cédé le pas à une conception *normativiste*, plus interventionniste(…) ».

vulnérables est ici préservée au moyen de règles de droit tendant à rétablir l'équilibre perdu de la relation.

71. Dans la même veine, Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK définissent cet ordre public comme « un ordre public de protection sociale, ayant pour but de défendre les faibles contre les forts. (…) Ainsi, la législation protège les salariés contre les employeurs, les assurés contre les assureurs, les emprunteurs contre les prêteurs, les locataires contre les bailleurs, et les consommateurs contre les professionnels »[112]. De manière similaire, François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE écrivent que l'ordre public économique de protection « se propose de rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel. A cet effet, le législateur réglemente de manière impérative le contenu de certains contrats, généralement passés entre des parties qui sont dans une situation structurelle d'inégalité : employeur et salarié, assureur et assuré, bailleur et locataire ou fermier »[113]. Le même constat se retrouve sous la plume de Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX : « les mesures relatives aux contrats où il existe une inégalité marquée de puissance économique entre les parties tendant à protéger le contractant le plus « faible » contre le plus « fort » : elles sont prises au profit d'un intérêt particulier – qui risquerait d'être lésé sous un régime de liberté contractuelle – contre un autre intérêt particulier. Pour les désigner, les termes les plus usuels sont : ordre public de protection ou ordre public social, en prenant ce mot au sens où il désigne une législation protectrice des salariés, et en l'étendant à toute règle édictée dans le dessein de compenser une inégalité naturelle »[114]. Sur fond d'Etat providence et de protectionnisme social, Christian LARROUMET décrit quant à lui l'avènement d'un « ordre public contractuel que l'on a qualifié de protection, puisqu'il a

[112] Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ (2016), page 361. Lire également Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Droit civil, le contrat,* Litec (1998), page 10: « le législateur s'est proposé seulement la protection du contractant déshérité par rapport à son partenaire plus puissant. Le salarié a bénéficié, le premier, des garanties nouvelles avec le caractère d'ordre public conféré au droit du travail : puis les particuliers ont été protégés sous le rapport de contrats spécifiques : ainsi du fermier (…), ainsi du locataire (…), de l'emprunteur (..), de l'assuré ».

[113] François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz (2013), page 430. Lire également Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « L'ordre public en droit privé interne », dans *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT,* Librairie Edouard Duchemin (1977), page 381 : « la notion d'ordre public comporte en pratique des applications de plus en plus fréquentes. Cela tient d'abord au développement considérable des « affaires » : plus l'activité des individus est grande, plus le législateur ou le juge auront l'occasion d'intervenir pour la réfréner. Cela tient aussi au changement qui se manifeste dans la conception des rapports entre l'individu et l'Etat. Pendant presque tout le cours du XIXe siècle, le libéralisme règne, le laisser faire est le principe, le rôle de l'Etat est réduit son minimum. (…) Il est banal de relever que l'Etat intervient de plus en plus dans les rapports économiques entre individus, qu'il réglemente étroitement les rapports d'employeurs et d'employés, de bailleurs et de locataires, d'assureurs et d'assurés (…). Tout ceci donne naissance à des multiples règles impératives qui élargissent le champ de l'ordre public ».

[114] Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey (2014), n°297.

pour objet de protéger les intérêts d'un contractant contre ce que l'autre partie au contrat serait en mesure de lui imposer lors de la conclusion d'un contrat dont les stipulations ne sont pas librement négociées entre les parties »[115].

72. Pour illustrer le rôle de l'ordre de protection au regard de la libre disposition de soi, l'on s'intéressera aux majeurs protégés ainsi qu'aux individus aliénés, car ils constituent une catégorie de personnes que leur discernement incertain rend vulnérables mais dont la situation n'est pas examinée au regard de l'ordre public de protection alors que ce filtre éclaire grandement la législation les concernant. La situation de ces derniers nécessite en effet un encadrement, d'ores et déjà prévu par la loi, car les laisser à une entière libre disposition d'eux-mêmes les conduit à se mettre en danger. C'est en effet parce qu'ils ne parviennent plus à gérer leurs dépenses compulsives que certaines personnes sont placées sous le régime de la curatelle renforcée ; et c'est parce qu'elles se mettent en danger par le biais d'actes auto-agressifs que des individus décompensés sont privés de leur liberté pour être soignés dans des hôpitaux spécialisés. Ces deux catégories de personnes voient leur liberté d'action jugulée au nom de la protection contre eux-mêmes. Ils ne sont pas titulaires d'un droit à la libre disposition de soi.

73. L'ordre public classique encadre donc la libre disposition de soi, pour des motifs de cohésion sociale – l'ordre public de direction- et de sauvegarde de l'intégrité aussi bien matérielle que psychologique de la personne – ordre public de protection. Cet ordre restrictif de la libre disposition de soi est néanmoins contrebalancé par le rôle de la dignité subjective, laquelle, à l'inverse, protège l'expression d'une certaine liberté d'action. Tout comme l'ordre public de protection, la dignité subjective s'intéresse en premier lieu à des personnes que leur situation rend vulnérable. C'est le cas notamment des personnes privées de liberté ou des victimes d'infractions pénales. Or, contrairement à l'ordre public de protection qui prédétermine les comportements à adopter, la dignité subjective permet aux personnes

[115] Christian LARROUMET, *Droit civil, tome 3,* Economica (1998), n°123. Quant à Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET (Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1,* LGDJ (2013), n°521), ils constatent que « certains domaines, tels celui des mœurs, dans lesquels la liberté contractuelle était assez limitée, connaissent aujourd'hui, du fait de l'évolution de la société, un plus grand libéralisme. Le domaine économique et social a connu, en revanche, un développement pratiquement constant de l'ordre public, qui a réduit à peu de choses la liberté contractuelle dans certaines conventions, tel le contrat de travail ». L'ordre public de protection a en effet trouvé un domaine d'application privilégié notamment en droit du travail où il est « généralement un ordre public dit social, ou relatif, ou encore de protection, laissant place à une négociation *in melius*, individuelle ou collective, au profit de la partie faible » (Rapport annuel de la Cour de cassation, *L'ordre public,* La documentation française (2014), page 302). Lire également Philippe MALINVAUD, Dominique FENOUILLET, Mustapha MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis (2014), n°278 : « nombre de dispositions relatives au contrat de travail sont inspirées par un souci de protection du salarié, par exemple les *congés payés* ; et plus généralement tous les « acquis sociaux », même si à l'origine ils ont pu être mis en place à raison de considérations économiques (par exemple les 35 heures qui tendaient à une répartition du travail considérée comme un moyen de résorption du chômage) ».

vulnérables concernées de retrouver un espace de liberté dans leur situation de soumission apparente. Pour mieux comprendre cette affirmation, un nouvel effort de définition s'impose ici.

74. La dignité subjective fait partie de la catégorie des droits extrapatrimoniaux. Ces derniers présentent la particularité de ne pas être dans le commerce juridique, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent faire l'objet d'aucune transaction de quelque sorte que ce soit : vente, donation, dépôt... Ils sont donc indisponibles, mais également imprescriptibles en ce qu'ils « appartiennent au sujet de droit au moment de l'acquisition de la personnalité juridique et qu'ils ne s'éteignent qu'au moment où elle disparaît »[116]. La dignité paraît correspondre à ces deux caractéristiques. En effet, l'on image mal une personne, en pleine possession de ses moyens physiques et financiers, vendre ou donner sa propre dignité au profit d'un tiers, comme l'on ferait un don d'organe à un membre de sa famille, tandis que ce droit est attaché à la personne de sa naissance et même au-delà de son décès.

75. La dignité subjective emprunte par ailleurs un attribut de la liberté. « La liberté est neutre ; elle n'est pas attachée à une décision ; « elle représente une série de possibilités en tous sens, même de possibilités directement contraires les unes aux autres » (...). En résumé, la liberté est une prérogative laissant toute initiative d'accéder ou de ne pas accéder à la situation juridique considérée »[117]. Or, dans un certain nombre d'hypothèses, l'individu demeure libre de choisir sa propre conception de sa dignité, et d'estimer la limite au-delà de laquelle celle-ci n'est plus respectée. Tout comme la liberté, la dignité, prise en son sens subjectif, est neutre en ce qu'elle n'a pas de contenu précis prédéfini avant que son titulaire ne décide de lui en donner un. Par exemple, certains estiment que le droit de mourir dans la dignité implique un droit à l'euthanasie tandis que d'autres pensent que ledit droit interdit au contraire toute cessation volontaire des fonctions vitales du corps humain.

76. En résumé, la conception subjective de la dignité consiste à considérer celle-ci tel un droit extra-patrimonial dont le contenu est librement déterminé par son titulaire. Ce dernier est alors légitime à brandir sa dignité subjective aux fins de protéger la libre disposition qu'il a de lui-même. Ainsi, selon Jean-Pierre THÉRON, "par définition, [la dignité est] une prérogative de la personne excluant toute atteinte publique ou privée. (...) La dignité est alors un rempart dressé autour de l'individu. (....) La dignité, fondement même de la conception libérale des droits

[116] Christian LARROUMET et Augustin AYNÈS, *Introduction à l'étude du* droit, Economica, sixième édition (2013), page 307.
[117] Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Introduction au droit,* Litec, cinquième édition (2000), page 358.

de l'homme est destinée à le protéger contre les atteintes extérieures"[118]. Quant à Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, elles écrivent qu' « une deuxième approche (après celle de la dignitas) fait de la dignité une qualité attachée à la personne humaine. Et alors la dignité, droit de la personne, peut être opposée par l'homme à des tiers. De ce point de vue, cette conception recouvre l'idée générale de respect dû par les tiers à toute personne »[119]. Gilles LEBRETON oppose également une dignité que le législateur et le juge invoquent « pour protéger l'individu, pour le libérer des tentatives pour l'asservir » à une dignité pour laquelle « l'objectif de préservation de l'espèce prend le pas sur le souci de favoriser l'accomplissement de l'individu ». Il exprime sa préférence pour la première acception qu'il ne définit néanmoins pas comme un droit subjectif mais comme une liberté[120]. Il n'en demeure pas moins que la « dignité-liberté » telle que définie par Gilles LEBRETON s'assimile à la dignité définie comme un droit subjectif en ce qu'elle ouvre la porte à la reconnaissance de l'individu contre les attaques de l'Etat ou d'autres citoyens.

77. Tous les auteurs de la doctrine ne sont cependant pas favorables à la reconnaissance d'une dignité subjective. Nicolas MOLFESSIS s'inscrit en faux contre la tendance doctrinale consistant à assimiler la dignité à un droit subjectif car ce serait tolérer que la volonté individuelle ait une influence sur la dignité de la personne humaine. Or, « la personne n'a tout simplement pas à vouloir être digne : elle est ici dépourvue de toute puissance de volonté. On ne saurait ainsi la penser libre ou non d'user de prérogatives attachées à sa dignité. Pas

---

[118] *Dignité et Libertés. Propos sur une jurisprudence contestable*, Jean-Pierre THÉRON, dans *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles (1998), page 295.

[119] Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation,* PUF (2005), page 25. Dans le même sens, lire Théo HASSLER, Virginie LAPP, *droit à la dignité: le retour* !, Petites affiches 1997, n°14, page 12 : « Le droit subjectif qu'est le droit à la dignité a été récemment vivifié et enrichi par le droit objectif (…) ». Quant à Olivier de TISSOT (*Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié*, Droit social 1995, page 972), il s'attèle à démontrer l'existence d'une dignité pour le salarié, droit subjectif sanctionné par le droit objectif. Par exemple, « Si c'est le refus du salarié de supporter des atteintes à sa dignité qui motive son licenciement, lorsque, par exemple, le salarié refuse de travailler sous l'oeil d'une caméra ou de porter une tenue à la limite de la décence, le licenciement devrait être déclaré non pas abusif mais nul, dans le droit fil de la jurisprudence Clavaud, car la dignité du salarié, au même titre que sa liberté d'expression, fait bien partie de ces droits constitutionnels qui doivent bénéficier d'une protection renforcée ». Emmanuel DREYER (*Les mutations du concept juridique de dignité*, Revue de recherche juridique 2005-1, page 19) écrit qu' « il existe deux conceptions possible de l'homme qui correspondent aux deux approches, objective et subjective, de la dignité. A certains égards, tous les hommes se ressemblent. Au titre de la dignité, il s'agit de protéger ce qui est invariable en eux. (…) Cette approche ne respecte pas la nature humaine. Elle serait, en tout cas, réductrice, si elle n'était pas corrigée par une seconde approche qui consiste à mettre en avant, au-delà de ce qui rassemble les hommes, ce qui les distingue et fait leur richesse. Parce que cette diversité est également dans la nature humaine, elle doit être respectée sous peine de porter atteinte à la dignité de celui que l'on voudra autoritairement faire entrer dans une moule prédéterminé ». Hugues MOUTOUH défend la thèse selon laquelle la dignité est support de droits mais également de devoirs, dans son article *La dignité de l'homme en droit*, Revue du droit public et de la science politique (1999), page 159.

[120] Gilles LEBRETON, *Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine* dans *Mélanges Patrice Gélard*, LGDJ (1999), page 53.

davantage ne devrait-elle pouvoir disposer, comme elle l'entend, d'un éventuel droit au respect de sa dignité »[121]. Bertrand MATHIEU estime qu'il existe un droit absolu à la dignité, « droit naturel préexistant à toute construction juridique, fût-elle constitutionnelle ». Il indique que « la signification donnée ici à la dignité, c'est l'interdiction de tout acte inhumain, c'est-à-dire de tout acte qui tend à méconnaître en tout homme, en tout être humain, une personne humaine ». Néanmoins, cette conception aurait été dévoyée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit à un logement décent[122] car alors « c'est ainsi non plus la personne humaine, mais l'individu, aux prises avec les contradictions et les tensions du champ social, qui est protégé. Le principe de dignité perd alors de sa spécificité : il est dilué, rabaissé au niveau des autres droits sociaux avec lesquels il entre alors en concurrence »[123].

78. Quoi qu'il en soit, la dignité subjective existe bien et permet de protéger la libre disposition des personnes que leur situation rend ponctuellement vulnérables, en leur permettant de s'abriter sous ce parapluie juridique pour réclamer une liberté accrue ou la reconnaissance de leurs droits fondamentaux. L'on parvient donc ici à un point d'équilibre apparent : l'ordre public tant de direction que de protection encadre la libre disposition de soi tandis que la dignité subjective en préserve la substance contre la tentation d'aucuns à la contrôler pour leur plus grand profit.

79. Le tableau d'ensemble ne se résume néanmoins pas à l'examen de ce système équilibré mais doit également s'intéresser aux difficultés que rencontre l'ordre public classique dans la gestion de la libre disposition des citoyens, lorsqu'il est laissé à lui-même. L'on se rend compte qu'alors l'ordre public de direction, même dans son terrain d'élection qu'est le droit pénal ou dans un domaine d'application plus récent qu'est la lutte contre le dopage, se fait déborder par les volontés individuelles qui réclament une totale libre disposition d'elles-mêmes. Il apparaît alors impossible d'aller à l'encontre de ce cours tumultueux dès lors que la détermination individuelle est forte. C'est pourquoi il conviendra de s'interroger sur l'efficacité réelle de l'ordre public pénal dans le domaine des obligations de soins, mais également sur celle de l'ordre public sportif dans sa lutte contre le dopage. Quant à l'ordre public de protection, il est également malmené, cette fois par une petite minorité de citoyens qui profitent des mesures que celui-ci fonde pour disposer d'eux-mêmes, à leur guise, sans plus se préoccuper de l'intérêt de la société. C'est alors le travail principalement du juge de laisser ces passagers clandestins face

[121] Nicolas MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », dans Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET (sous la direction de), *La dignité de la personne humaine,* Economica (1999), page 105.
[122] Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995.
[123] Bertrand MATHIEU, *La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?,* Dalloz 1996, page 282.

à leurs responsabilités et de leur retirer au moins partiellement la protection de l'ordre public. Ils disposeront alors d'eux-mêmes à leurs risques et périls.

80. De l'équilibre atteint par l'ordre public classique doublé de la dignité subjective (Chapitre I), il conviendra d'examiner les déboires de l'ordre public laissé à lui-même dans le traitement de la libre disposition de soi (chapitre II).

CHAPITRE I

L'ARTICULATION ÉQUILIBRÉE DE L'ORDRE PUBLIC CLASSIQUE ET DE LA DIGNITÉ SUBJECTIVE

82. Il faut dès à présent briser les apparences trompeuses qui voudraient que l'ordre public classique ne saurait jamais endiguer le flot des volontés individuelles tandis que la dignité subjective, à l'inverse censée protéger la libre disposition de soi, serait obligée de plier face à des impératifs jugés supérieurs.

83. Quant à la première idée reçue, elle revient sous la plume de plusieurs auteurs : l'ordre public reculerait devant les aspirations individuelles. Selon Jean-Louis RENCHON, « actuellement, nous vivons une inversion des valeurs en ce sens que ce qui doit prévaloir sur les exigences de la vie collective, c'est le droit pour chacun d'être respecté dans son individualité et dans sa liberté de déterminer ses propres références, ses propres convictions et orientations »[124]. Jean HAUSER énonce, à propos du droit familial, que « d'un ordre public tourné vers l'épanouissement de la société présumé assurer celui de l'individu, on passe à un ordre public tourné vers l'épanouissement de l'individu présumé assurer celui de la société »[125]. Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN écrit quant à elle que certains facteurs relatifs à l'évolution de l'ordre public « ne font que stimuler et répondre à une logique préexistante depuis plus de deux siècles dans les mentalités occidentales : celle de la primauté du Moi, et de la libre recherche du bonheur »[126].

84. La réalité est que l'ordre public est un concept éminemment évolutif, tant du point de vue de la matière, « puisqu'il dépend de la nature des situations considérées » que de celui du lieu car il demeure « sensible (...) à des données locales tenant éventuellement à des usages anciens », que de celui du temps parce qu' « il subit l'influence d'une évolution constante des esprits et des comportements »[127]. De cette évolutivité, il faut en déduire une adaptabilité indéniable, qui le fait fléchir tel le roseau face aux assauts de l'individualisme, sans pour autant

[124]Jean-Louis RENCHON, *Les causes de mutation de l'ordre public*, Droit de la Famille n°9, septembre 2015, dossier 46.
[125]Jean HAUSER, *Rapport* français, page 484, in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitan, Journée Libanaises, Tome XLIX/1998, LGDJ (2001).
[126]Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public*, page 317, in *Ecrits en hommage à Gérard CORNU*, PUF (1994).
[127]François TERRÉ, *L'ordre public entre deux siècles*, in *L'ordre public,* Archives de philosophie du droit, tome 58, Dalloz (2015), page 189.

le casser. Aussi, nonobstant ce renoncement annoncé à l'encadrement des volontés individuelles, l'ordre public classique se maintient face à la libre disposition de soi qu'il continue de limiter dans le domaine du droit de la famille et des personnes, mais également dans celui des personnes au discernement incertain.

85. Quant à la dignité subjective, elle ne semble a priori pas suffisamment implantée dans notre Droit pour permettre d'établir un contrepoids efficace à la limitation de la libre disposition de soi par l'ordre public classique. Elle est en effet supplantée par une attention exagérée et artificielle prêtée au consentement donné à l'opération envisagée ou à l'inverse par l'impératif de sécurité publique. Ainsi, c'est au nom du respect du consentement émis par l'intéressé que les tests ADN sur les demandeurs d'asile sont considérés comme ne portant pas atteinte à la protection de la dignité de la personne Par ailleurs, le Conseil d'Etat valide un règlement intérieur prévoyant que l'employeur pouvait procéder, par des tests salivaires, à la détection de la consommation de stupéfiants par ses salariés et s'aligne ainsi sur la jurisprudence judiciaire qui avait déjà reconnu l'innocuité des tests de dépistage de stupéfiants pratiqués sur les conducteurs de voitures au regard du principe de dignité de la personne humaine [128]. Ici, l'impératif de sécurité l'emporte sur celui de libre disposition de soi, sans que la dignité subjective ne puisse s'y opposer.

86. Une étude plus exhaustive de la matière laisse néanmoins apparaître que la dignité subjective permet de protéger le libre arbitre des individus, en lui offrant un espace où celui-ci peut s'épanouir sans trop de contraintes. C'est ainsi que plusieurs catégories de personnes vulnérables, telles la femme enceinte, l'individu privé de sa liberté, la victime d'infractions

[128] Conseil d'état, 5 décembre 2016, n°394178. Dans le même sens, Crim, 18 décembre 2013, **n° 13-90028 :** Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée : "L'article L. 235-2 du code de la route est-il conforme aux principes à valeur constitutionnelle d'inviolabilité du corps humain et de respect de la dignité de la personne humaine consacrés par le préambule de la Constitution de 1946, et à la règle constitutionnelle selon laquelle nul n'est tenu de s'accuser, issue de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ?" ; Et attendu que [la question] ne présente pas un caractère sérieux dès lors que l'obligation à laquelle l'intéressé se trouve soumis, d'une part, procède d'un juste équilibre entre l'impératif de sécurité publique et l'atteinte à la dignité de la personne et au principe d'inviolabilité du corps humain qui en découle, et, d'autre part, n'emporte ni déclaration, ni même présomption de culpabilité ». S'agissant de la décision du Conseil d'Etat lire Jean MOULY, *Le dépistage des produits stupéfiants par l'employeur : le triomphe de la tentation sécuritaire ?*, Droit social 2017, page 244 ; Thomas NOËL, *Un test salivaire de dépistage de produits stupéfiants peut être pratiqué par l'employeur*, La Semaine Juridique Social n° 3, 24 Janvier 2017, 1022 ; Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *Tests salivaires : conditions de dépistage de produits illicites en milieu de trava*il, La Semaine Juridique Edition Générale n° 6, 6 Février 2017, 148.

pénales, voient leur dignité subjective et donc leur droit à librement disposer d'eux-mêmes reconnues par le législateur et le juge.

87. Il convient donc d'étudier le maintien de l'ordre public dans sa fonction de limitation de la libre disposition de soi (SECTION I), avant de se pencher sur le rôle de la dignité subjective dans sa mission de protection de la libre disposition de soi (SECTION II).

SECTION I L'ORDRE PUBLIC CLASSIQUE COMME LIMITE À LA LIBRE DISPOSITION DE SOI

88. L'ordre public est une notion protéiforme, qui se définit utilement de manière téléologique et non substantielle. En d'autres termes, saisir le contenu de l'ordre public dans son entier est une entreprise impossible, tant ce dernier varie au cours des âges et des sensibilités politiques des gouvernants. En revanche, le rôle de l'ordre public ne change pas. Des temps anciens à aujourd'hui, celui-ci a pour fonction de maintenir la cohésion sociale en ce qu'il constitue ce qu'un groupe d'individus désigné considère comme essentiel à sa bonne entente. C'est donc le rôle qu'il continue à remplir vis-à-vis de la libre disposition de soi.

89. S'agissant de l'ordre public de direction, la limitation de la libre disposition de soi sera illustrée par le droit de la famille et des personnes en ce que les règles juridiques applicables en la matière paraissent laisser dorénavant la part belle à l'autonomie de la volonté. Il sera néanmoins démontré que l'ordre public de direction maintient son contrôle sur les comportements individuels (§1). S'agissant ensuite de l'ordre public de protection, il continue à jouer un rôle salvateur en encadrant la libre disposition des personnes au discernement incertain, les préservant ainsi des conséquences néfastes de leur propres errements (§2).

§1 L'encadrement de la libre disposition de soi par l'ordre public de direction

90. Il convient de se garder de penser qu'en droit de la famille et des personnes, un changement de paradigme aurait eu lieu. Certes, après avoir dominé sans partage ce domaine juridique pourtant enserré dans le cadre de la vie privée (A), l'ordre public de direction perd son rôle fondateur de la matière. Il n'en demeure pas moins présent et continue de limiter, notamment par le biais du Ministère public, la libre disposition de soi (B).

A. Le recul affiché des normes d'ordre public

91. Le Code civil dans son état originel instaurait un strict contrôle de l'unité familiale qui ne laissait guère de place aux aspirations individuelles (1). En revanche, fleurissent aujourd'hui

des modes de vie alternatifs qui ont détrôné cette image traditionnelle de la famille (2) tandis que l'immutabilité de l'état civil est mise à rude épreuve par la libre disposition de soi (3).

1. L'état du droit sous l'empire du Code Napoléon

92. Selon PORTALIS, « la durée et le bon ordre de la société générale tiennent essentiellement à la stabilité des familles qui sont les premières de toutes les sociétés, le germe et le fondement des Empires »[129]. « C'est par la petite patrie, qui est la famille, explique-t-il, qu'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères de famille, les bons amis, les bons fils qui font de bons citoyens »[130]. Tout est dit ici sur la conception de la famille telle qu'elle a prévalu jusque dans la décennie des années 1970. La famille est la première société dont il ressortira, si elle suit les bons préceptes sociaux et moraux, des citoyens dignes de confiance. Il en résulte que l'Etat doit avoir un droit de regard sur la cellule familiale, au nom de sa propre protection car de la formation correcte de la famille, de sa stabilité et de sa bonne moralité dépend la formation d'un Etat structuré et indépendant.

93. Telle la société de l'Empire, la famille est alors hiérarchisée pour être placée sous l'autorité tutélaire du pater familias. Selon l'article 213 du Code Napoléon : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ». « Les droits de la femme sont dits " sacrés ", en d'autres termes, comprend-on, ils le sont trop pour que l'exercice lui en soit laissé. (...) La médecine ne manque pas d'enseigner que tout, en l'homme virilisé par la croissance, donne "l'image de la force, et porte l'empreinte du sexe qui doit *asservir et protéger* l'autre " »[131]. Selon Xavier MARTIN, la misogynie ambiante s'explique notamment par le scientisme des Lumières, qui se veut en rupture avec l'égalitarisme de la religion chrétienne. La femme est alors considérée comme un être uniquement doté de sensibilité, donc volage d'esprit et trop généreuse, capable de s'appauvrir si elle n'est pas placée sous surveillance masculine[132].

94. Les enfants jusqu'à leur âge adulte ne peuvent pas plus voler de leurs propres ailes. Par exemple, « l'article 148 originaire, impose le consentement des père et mère des mariés jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans pour le garçon et de vingt et un ans pour la fille. Mais, si les parents ne

[129]Citation empruntée au site internet suivant : http://www.lysias-avocats.com/fr/actualites/portalis-ou-l%E2%80%99amiable-composition.
[130]Citation empruntée au site internet suivant : http://www.observatoiredesreligions.fr/spip.php?article176&artsuite=1.
[131] XAVIER MARTIN, *Misogynie des rédacteurs du code civil : une tentative d'explication*, Droits, 2005/1 (n° 41), p. 69-90. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-droits-2005-1-page-69.htm
[132] Xavier MARTIN, *Misogynie des rédacteurs du code civil : une tentative d'explication*, Droits, 2005/1 (n° 41), p. 69-90. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-droits-2005-1-page-69.htm.

sont pas d'accord, le consentement du père est suffisant. Au-delà de la majorité matrimoniale, les enfants peuvent se marier sans le consentement de leurs parents mais doivent "demander par un acte respectueux et formel, le conseil de leurs père et mère (...)". Jusqu'à trente ans pour les garçons, vingt-cinq ans pour les filles, cet acte respectueux devra être renouvelé trois fois en trois mois. Au-delà de trente ans, il pourra être passé outre après l'écoulement d'un délai d'un mois (C. civ., art. 153) »[133].

95. La famille mais aussi, par extension, l'état des personnes, tels qu'ils sont tous deux actuellement conçus, constituent des exemples intéressants du recul apparent de l'ordre public de direction face à la montée en puissance de la libre disposition de soi.

2. Les familles multipolaires

96. A la famille dominée par la puissance du pater familias qui avait la mainmise sur la vie de sa femme ainsi que de ses enfants a succédé une autorité parentale également partagée par le père et la mère, même en cas de séparation de ces derniers[134]. Le droit de la filiation n'a pas plus résisté à ce vent égalitaire, malgré les réticences législatives et judiciaires nationales.

97. A l'occasion d'une affaire successorale opposant un fils légitimé à un fils adultérin auquel les juges français avaient opposé la réduction de moitié de sa part en vertu de l'article 760 du Code civil alors applicable, la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé que ces dispositions textuelles entraînaient une discrimination dans l'usage du droit de propriété [135]. La Cour européenne admet, du bout des lèvres[136], « qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré

[133]Juris-classeur Code civil, articles 148 à 160, Mariage-consentement familial par Guy RAYMOND, actualisé par Marie-Laure Cicile-Delfosse, n°5.

[134]Article premier de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale : « article371-2 : L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité ». Actuel article 373-2 du Code civil : « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale ».

[135]CEDH, 1er février 2000, *Mazurek contre France*, requête n° 34406/97 : « 54. Le seul problème soumis à la Cour concerne la question de la succession d'une mère par ses deux enfants, l'un naturel, l'autre adultérin. Or la Cour ne trouve, en l'espèce, aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage. En tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables : il faut cependant constater que le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé dans le partage de la masse successorale. 55. Eu égard à tous ces éléments, la Cour conclut qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Partant, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention ».

[136]Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Inégalité successorale de l'enfant adultérin : le contribuable français perd 500 000 F à la suite d'un pari européen inconsidérément engagé par la première chambre civile de la Cour de cassation*, RTD civ. 2000. 429 : «Quand on se souvient que dans l'arrêt *Marckx,* en 1979, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaissait qu'il était légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle (§ 40), on mesure l'ampleur de la perte de prestige ».

comme légitime »[137]. Elle note cependant que la Convention est un « instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles », que les Etats membres en ce compris la France sont de plus en plus sensibles à l'inégalité subie par les enfants adultérins, pour conclure au fait que «le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé dans le partage de la masse successorale » et qu'en conséquence, les moyens employés pour parvenir à la protection de la famille légitime n'étaient pas proportionnés, ce dont il résultait qu'il y avait violation de l'article 1 du protocole n°1 relatif au droit de propriété combiné à l'article 14 de la Convention.

98. Un nombre non négligeable d'auteurs a regretté que la Cour européenne ne se prononce que sur l'angle patrimonial du problème alors que le requérant s'était placé sur le terrain de l'article 8 et de la question plus vaste de l'inégalité entre filiations adultérine et légitime[138]. D'autres ont pointé les dangers d'une modification du statut de l'enfant adultérin, principalement au regard des droits du conjoint survivant[139].

---

[137] CEDH, *op.cit.,* paragraphe 50.

[138]Bernard VAREILLE, *L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme*, Dalloz 2000 page 626 : « Que l'on approuve ici le résultat égalitaire ne surprendra personne, tant l'art. 760 c. civ. apparaît malencontreux dans ses postulats comme dans sa technique. (…) Il est donc non seulement réducteur, mais encore intellectuellement faux d'aborder la question sous l'angle du droit de propriété. Pour la première fois, l'occasion était offerte de l'embrasser dans sa vraie dimension. M. Mazurek s'était obstiné à élever le débat au-dessus de toute considération patrimoniale. La réponse est à côté de la question parce que la Cour a considéré le sujet par le mauvais bout de la lorgnette, celui qui rapetisse tout». Voir également Adeline GOUTTENOIRE et Frédéric SUDRE, *L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention EDH,* La Semaine Juridique Edition Générale n° 14, 5 Avril 2000, II 10286 : « L'arrêt *Mazurek* était attendu mais c'est un arrêt en demi-teinte que la Cour EDH rend sur la question de principe de l'égalité des filiations et il n'est pas certain que l'on puisse voir dans la condamnation de la France pour discrimination dans l'exercice du droit de propriété une condamnation de principe de l'article 760 du Code civil et, plus largement, du statut en droit interne de l'enfant adultérin. (…)La décision de la Cour de se limiter au seul aspect patrimonial du litige est doublement regrettable au fond. (…)Le statut conféré par le droit français à l'enfant adultérin n'est pas remis en cause de manière générale et les dispositions visant à écarter celui-ci des opérations de liquidation et de partage de la succession *(art. 761, 762 et 1097-1)* pourraient apparaître à la Cour européenne fondées sur une justification objective et raisonnable, parce que protectrice de la famille légitime sans porter atteinte de manière excessive aux droits de l'enfant adultérin ». Voir également, Sophie HOCQUET-BERG, *La condition juridique de l'enfant naturel après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme*, LPA10 mai 2000, page 11: « Sans doute, ne faut-il pas conférer à la décision Mazurek une portée plus grande que le juge européen ne l'a voulu, ce dernier prenant bien soin de statuer sur le problème précis que pose le concours d'un enfant naturel adultérin avec un enfant qui avait été, en l'espèce, légitimé par mariage ».

[139] Jean THIERRY*, Droits successoraux des enfants adultérins,* Dalloz 2000 page 332 : « En d'autres termes, l'assimilation des enfants adultérins aux enfants légitimes aura pour conséquence de supprimer pratiquement tout droit de succession au conjoint survivant. On aura ainsi remplacé la discrimination à l'encontre des enfants adultérins, par une autre discrimination à l'encontre dudit conjoint ». Voir également Adeline GOUTTENOIRE et Frédéric SUDRE, *L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention EDH,* La Semaine Juridique Edition Générale n° 14, 5 Avril 2000, II 10286 : « Une interprétation généreuse de l'arrêt conduit aussi à considérer que cette condamnation peut s'étendre au concours entre un enfant légitime *stricto sensu* et un enfant adultérin. Il n'est en revanche pas évident que la solution soit la même en cas de confrontation entre un enfant adultérin et un conjoint survivant ».

99. A rebours de ces commentaires insistant sur les défauts de la condamnation de la France, Jean-Pierre MARGUÉNAUD affirme qu'« il y a dans l'arrêt du 1er février 2000, des éléments suffisamment forts et convergents pour donner l'assurance qu'une violation de l'article 1er du protocole n° 1 combiné avec l'article 14 eut été tout aussi bien constatée s'il se fut agi d'un concours entre un enfant adultérin et un enfant légitime stricto sensu. Tout en limitant la solution aux données particulières de l'affaire qui lui était soumise, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet formulé un certain nombre d'affirmations générales qui devraient dissuader le législateur et le juge judiciaire d'engager à nouveau des paris européens en ce domaine »[140]. Il ne faut au surplus pas oublier de mentionner que la Cour européenne n'avait pas hésité à affirmer que l'établissement de la filiation maternelle en Belgique, nécessitant une déclaration de la mère, ainsi que la restriction des droits successoraux de l'enfant naturel ne respectaient pas les termes des articles 8 et 14 de la Convention[141], préparant ainsi le terrain pour une condamnation plus globale du statut des enfants adultérins, eux-mêmes victimes de discrimination au moins patrimoniale. En outre, le contexte national français était favorable à l'entrée de l'enfant adultérin dans ses deux branches familiales[142]. Finalement, le législateur a décidé de ne pas prendre plus de risques puisque par une loi n° 001-1135 du 3 décembre 2001, a été introduit dans le Code civil l'article 735 suivant : « les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père ou mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de progéniture, mêmes s'ils sont issus d'unions différentes ».

---

[140] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Inégalité successorale de l'enfant adultérin : le contribuable français perd 500 000 F à la suite d'un pari européen inconsidérément engagé par la première chambre civile de la Cour de cassation*, RTD civ. 2000. 429.

[141] CEDH 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, n°6833/74 : « 43. La distinction incriminée manque donc de justification objective et raisonnable. Partant, le mode d'établissement de la filiation maternelle d'Alexandra Marckx a enfreint, dans le chef des deux requérantes, l'article 14 combiné avec l'article 8 (art. 14+8). (…) 59. En résumé, Alexandra Marckx a été victime d'une violation de l'article 14, combiné avec l'article 8 (art. 14+8), du fait tant des restrictions à sa capacité de recevoir des biens de sa mère que de son absence complète de vocation successorale à l'égard de ses proches parents du côté maternel ».

[142] Bertrand de LAMY, *L'enfant adultérin et le droit au respect de ses biens : la cour européenne des droits de l'homme condamne la France*, Droit de la famille n° 2, Février 2000, comm. 33 : « Le juge européen s'est notamment appuyé sur le rapport que le groupe de travail présidé par Mme Dekeuwer-Défossez a remis au garde des sceaux le 17 septembre 1999 et qui souligne bien l'injustice de la situation actuelle. Ce rapport expose, entre autres arguments, que « dans l'état actuel du droit, il est presque toujours possible à l'auteur de l'enfant de gommer cette réduction de droits au moyen d'une légitimation — après divorce et remariage, voire sans divorce par autorité de justice — ou même d'une adoption. Loin de rendre la règle plus aisément supportable, cette faculté a pour effet de laisser à la discrétion du parent adultère le sort final de l'enfant. Ainsi les dispositions actuelles aboutissent-elles à multiplier les inégalités, sans parvenir à affirmer de manière forte le sens de l'engagement conjugal » ». Voir également, Sophie HOCQUET-BERG, *La condition juridique de l'enfant naturel après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme*, LPA10 mai 2000, page 11 : « Les enquêtes d'opinion montrent qu'une majorité de Français est favorable à l'attribution à l'enfant adultérin d'une part identique à celle de l'enfant légitime ».

100. Voici donc naître une famille apparemment libérée de l'imaginaire social visant la formation durable d'un couple formé d'un homme et d'une femme, accompagnés de leurs enfants légitimes. Au contraire, les modes d'existence de la famille n'ont fait que se diversifier au cours des années, et sont axés sur le développement d'un groupement uni par choix et non pas seulement pas le sang. Les individus sont donc laissés de plus en plus libres de former une famille à leur image fantaisiste ou au contraire conformiste. Au travers de cette construction, les individus semblent avoir conquis leur autonomie vis-à-vis des normes sociales et pouvoir en conséquence disposer librement de leur vie familiale, ce dont il résulte que l'ordre public a une emprise moindre sur la volonté de ces derniers.

101. Les concubins se voient à présent reconnaître des droits quasi-équivalents à ceux des couples mariés, notamment en ce qui concerne la filiation. Par exemple, la procréation médicalement assistée leur est dorénavant ouverte, au même titre qu'aux couples mariés. L'on ne peut plus leur opposer la condition d'une vie commune d'au moins deux années, supprimée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011[143]. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'affirmer, dès 1979, que « l'article 8 (art. 8) ne distingue pas entre famille "légitime" et famille "naturelle". Pareille distinction se heurterait aux mots "toute personne"; l'article 14 (art. 14) le confirme en prohibant, dans la jouissance des droits et libertés consacrés par la Convention, les discriminations fondées sur "la naissance". (...) L'article 8 (art. 8) vaut donc pour la "vie familiale" de la famille "naturelle" comme de la famille "légitime" »[144].

102. Même séparés les uns des autres, enfants et parents doivent être considérés comme une famille à part entière, dont l'existence est légitimement protégée : « La Cour ne voit pas non plus dans la vie commune une condition sans laquelle on ne saurait parler de vie familiale entre parents et enfants mineurs. (...) La notion de famille sur laquelle repose l'article 8 (art. 8) a pour conséquence qu'un enfant issu de pareille union s'insère de plein droit dans cette relation;

[143] Ancien article L 2141 du Code de la santé publique : « L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ». Nouvel article L 2141 : « L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ».

[144] *Marckx contre Belgique*, 13 juin 1979, requête n°6833/74. Dans le même sens, Johnston et autres contre Irlande, 18 décembre 1986, requête n°9697/82 : « En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 (art. 8) présuppose l'existence d'une famille (arrêt Marckx précité, série A no 31, p. 14, § 31). b) Il vaut pour la "vie familiale" de la famille "naturelle" comme de la famille "légitime" (ibidem). (...)Les requérants, dont les deux premiers vivent ensemble depuis quelque quinze ans (paragraphe 11 ci-dessus), constituent manifestement une "famille" aux fins de l'article 8 (art. 8). Aussi ont-ils droit à sa protection bien que leurs relations se situent hors mariage (...) ».

partant, dès l'instant et du seul fait de sa naissance il existe entre lui et ses parents, même si ces derniers ne cohabitent pas alors, un lien constitutif d'une "vie familiale" ». Dans cet arrêt, elle met en revanche l'accent sur l'attitude du père, qui avait exercé, jusqu'à son expulsion du pays, un droit de visite sur sa fille quatre fois par semaine. « La fréquence et la régularité de ses rencontres avec elle (...) prouvent qu'il y attachait beaucoup de prix. On ne saurait donc prétendre que le lien de "vie familiale" entre eux se soit brisé »[145].

103. L'union maritale homosexuelle et l'ouverture à l'adoption aux couples de même sexe sont reconnus depuis la loi no 2013-404 du 17 mai 2013. En effet, en vertu de l'article 143 du Code civil, « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe », tandis que l'article 343 énonce que l'adoption peut être demandée par deux époux et que, selon l'article 345-1 1bis, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est possible « lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ». Soutenue par l'approbation sociale, la loi a donc consacré la scission entre les acceptions biologique et sociologique de la famille.

104. Plus encore, la loi a créé, dans le cas des conceptions médicalement assistées avec tiers donneur, une véritable fiction juridique aux fins de garantir la paix des familles puisque non seulement « aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation »[146], mais encore « le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation »[147]. Ainsi, l'enfant est-il irrémédiablement attaché à ses parents d'intention, quoique le lien biologique n'existe pas à l'égard de l'un d'entre eux. En outre, le parent non biologique est solidement arrimé à ce descendant dont il ne peut renier la reconnaissance.

105. Cette conception de la vie familiale, fondée sur les liens d'affection et non sur la situation matérielle des parties est toujours d'actualité. Dans un arrêt en date du 23 mars 2017, la Cour européenne estime que la vie familiale du père, requérant, n'avait pas été respectée. Il s'agissait d'une hypothèse d'aliénation parentale, dans laquelle la mère, séparée du père, avait

[145] CEDH, *Berrehab contre Pays-Bas*, 21 juin 1988, requête n°10730/84. Dans le même sens, Keegan contre Irlande, 26 mai 1994, requête n°16969/90 : « En l'espèce, la relation entre M. Keegan et la mère de l'enfant dura deux ans, dont un pendant lequel ils cohabitèrent. En outre, la conception de leur enfant résultait d'une décision délibérée et ils avaient aussi projeté de se marier (paragraphe 6 ci-dessus). A l'époque, leur relation se plaçait donc sous le sceau de la vie familiale aux fins de l'article 8 (art. 8). Le fait qu'elle se brisa par la suite ne modifie pas davantage cette conclusion qu'elle ne le ferait pour un couple légalement marié et dans une situation comparable. A partir de la naissance de l'enfant, il y a eu en conséquence entre elle et le requérant un lien constitutif d'une vie familiale ».

[146] Article 311-19 du Code civil.

[147] Article 311-20 du Code civil.

déposé plainte à plusieurs reprises pour abus sexuels sur l'enfant à l'encontre du requérant. Malgré le fait que toutes ces plaintes aient été classées, le mineur s'était convaincu de la réalité de l'infraction et refusait de voir son père. Or, la Cour estime que les autorités nationales n'ont pas pris suffisamment de mesures aux fins de maintenir de réels liens, ou, en d'autre termes, une véritable vie familiale, entre le requérant et son enfant[148].

106. Et nous ne sommes certes pas arrivés au bout des évolutions de la famille. Ainsi, un rapport du gouvernement des Pays-Bas de 2016 aborde-t-il la question de la multi-parentalité en songeant à donner la possibilité à quatre personnes maximum de devenir les parents légaux d'un enfant. Leur décision devrait intervenir avant la naissance et être avalisée devant un Juge[149].

107. Il semble donc loin le temps où l'Etat, par le biais de l'ordre public, dictait leur conduite aux familles de France et d'Europe. Un même mouvement de repli apparent de cet ordre public se constate dans le domaine de l'état civil.

3. Un état civil à la carte

108. En premier lieu, il convient d'examiner le sort réservé au nom patronymique, sensément hors de la portée des volontés individuelles, et donc de la libre disposition de soi. En France, seul le nom du père, dans le cadre de la filiation légitime, était transmis à ses enfants. Depuis la loi n°85-1372 du 23 décembre 1985, à la demande de l'un ou l'autre des parents, ou de l'enfant majeur, il était possible d'y ajouter, mais uniquement à titre d'usage, le nom de la mère. Quant à l'enfant naturel, il se voyait attribuer le nom du premier de ses parents à l'égard duquel sa filiation était établie. Si les deux liens de filiation étaient établis simultanément, il prenait alors le nom de son père. Une déclaration conjointe des deux parents permettait également, si l'enfant avait pour nom patronymique celui de sa mère, de lui substituer celui de son père[150].

109. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme est venu éveiller les inquiétudes de plusieurs auteurs de la doctrine française. Le 22 février 1994, la Cour européenne a en effet énoncé qu' « en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci »[151]. En

[148]Endrizzi contre Italie, 23 mars 2017, requête n°71660/14.
[149]Child and parents in the 21st century. Report of the government committee on the reassessment of parenthood. Disponible à l'adresse internet suivante : https://www.government.nl/documents/reports/2016/12/07/child-and-parent-in-the-21ste-century.
[150]Articles 334-1, 334-2 anciens du Code civil.
[151]Burghartz contre Suisse, 22 février 1994, requête n°16213/90, paragraphe 24.

conséquence, le refus des autorités suisses de reconnaître la possibilité pour un mari de porter son propre nom accolé à celui de son épouse alors que cette dernière pouvait en obtenir l'autorisation, a été jugé contraire à l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8[152]. Cet arrêt se situe dans la lignée de l'affaire *Niemietz contre Allemagne*, dans laquelle la Cour européenne avait énoncé qu' « il serait trop restrictif de limiter [la vie privée] à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur »[153]. La Cour européenne utilise, dans l'arrêt *Burghartz*, les principes dégagés dans l'arrêt *Niemietz*, en affirmant que le nom patronymique fait partie de la vie privée au sens social du terme, qu'en l'espèce, dès lors que « la conservation, par le requérant, du nom de famille sous lequel, d'après ses dires, il s'est fait connaître des milieux académiques peut influencer sa carrière de manière non négligeable, l'article 8 trouve donc à s'appliquer »[154]. La discrimination retenue vient du fait que le requérant ne pouvait porter le double nom formé par son patronyme et celui de son épouse, alors que le droit suisse en ouvrait la possibilité à cette dernière[155].

110. Certains se sont émus de cette décision relative au nom patronymique, au regard des dispositions françaises applicables en la matière, en vertu desquelles « la femme mariée est

---

[152] *Burghartz contre Suisse*, 22 février 1994, requête n°16213/90, paragraphes 25 à 30.

[153] *Niemietz contre Allemagne*, 16 décembre 1992, requête n°13710/88, paragraphe 29.

[154] Frédéric SUDRE, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, La Semaine Juridique Edition Générale n° 6, 8 Février 1995, doctr. 3823 : « La Convention européenne des droits de l'homme, contrairement à d'autres instruments internationaux (tels le Pacte international relatif aux droits civil et politique ou la Convention relative aux droits de l'enfant) ne contient pas de disposition explicite en matière de nom. Malgré ce, la cour, confirmant l'interprétation extensive de l'article 8 de la convention déjà opérée dans sa décision *Niemetz* (16 déc. 1992 : *A. 251 B ; cette chron., JCP 1993, éd. G, I, 3654, n° 18)*, estime que le nom, *"en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille"*, concerne la vie privée et familiale de l'individu : par voie de conséquence, la question de l'attribution des noms ne relève plus seulement de la compétence des États et entre dans le champ d'application de la convention ». Un pas supplémentaire est franchi avec l'arrêt *Stjerna contre Finlande* du 25 novembre 1994, requête n°18131/91, dans lequel la Cour européenne examine, indépendamment de toute forme de discrimination, si le régime de changement de nom finlandais est contraire à l'article 8 de la Convention.

[155] Au titre des suites de l'arrêt *Burghartz*, il convient de citer l'arrêt *Cusan et Fazzo contre Italie* (7 janvier 2014, requête n°77/07), où la Cour européenne affirme que « les requérants, en tant que parents de Maddalena, étaient titulaires d'un intérêt clair et se rattachant à un droit strictement personnel à intervenir dans le processus de détermination du nom de famille de leur nouveau-né », de telle sorte que l'interdiction de lui attribuer le seul nom de sa mère est considéré comme étant discriminatoire, comme l'est l'impossibilité pour une femme mariée de porter uniquement son nom patronymique (CEDH 28 mai 2013, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu contre Turquie*, requête n°7971/07 et CEDH 16 novembre 2004*, Unal Tekeli c/ Turquie*, requête n° 29865/96).

toujours placée en état d'infériorité du point de vue de la transmission du nom aux enfants. A cet égard, la demi-mesure de la loi n° 85-1372 du 23 déc. 1985 encore édulcorée par les circulaires du 26 juin 1986 et du 4 nov. 1987 n'a rien changé : le nom d'usage laisse subsister l'inégalité au préjudice des femmes car « leurs enfants ne sont pas tenus de porter leur nom et aucun de leurs petits-enfants ne le portera » (…). Cette situation, prolongeant une grave discrimination au détriment de la femme, est à l'évidence incompatible avec la jurisprudence Burghartz qui fustige une discrimination d'opérette au préjudice de l'homme »[156].

111. Nonobstant ces inquiétudes, le législateur n'est intervenu que le 18 juin 2003[157], par une loi n°2003-516. Dorénavant, les parents choisissent, lors de la naissance de leur premier enfant, le nom patronymique qui sera le sien ainsi que celui du reste de la fratrie à venir. Toutes les possibilités sont ouvertes : nom de la mère, nom du père, nom des deux parents dans l'ordre choisi par eux[158]. Seul reliquat des anciennes règles : « En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre ».

112. La liberté paraît donc totale, dès lors que les parents font un choix commun au plus tard le jour de la déclaration de la naissance et l'Etat n'a plus son mot à dire sur la dévolution du nom patronymique, donnant de ce fait naissance à des familles multi-nommées. L'immutabilité

---

[156] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *L'adjonction de son patronyme par le mari au nom commun de la famille emprunté à sa femme et la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz 1995. 5. Voir également Jean HAUSER, *Le nom de la famille : ancêtres et époux*, RTD civ. 1994. 563 : « Sur le nom de la famille la règle non écrite demeure que le seul nom légal des enfants légitimes est celui du mari. L'adjonction du nom de la mère ne peut se faire qu'à titre d'usage au terme de la loi du 23 décembre 1985 (« peut-être afin de calmer les esprits en attendant une modification plus profonde... » écrit M. Goubeaux, *Traité de droit civil, Les personnes*, n° 138). Si cette loi devait constituer le « crépuscule du patronyme » (Zenati, cette *Revue* 1987.76) c'est un crépuscule qui dure bien longtemps ! L'adjonction n'est possible que par une décision *des* titulaires de l'autorité parentale ce qui confirme bien nettement d'une part que la mère ne dispose pas d'un droit propre à voir son nom figurer comme nom de la famille, d'autre part que le nom qui serait ainsi admis est un nom « de seconde zone ». On imagine facilement qu'un tel système ne trouverait probablement pas grâce devant la juridiction de Strasbourg et qu'on ne peut guère prétendre sans rougir qu'il serait conforme au principe de non-discrimination entre les sexes et au principe du respect de la vie privée ». Contra une réforme, Pierre MURAT, *le nom de l'enfant : plaidoyer pour un statu quo*, Les Petites affiches - n°53 - page 10, 03 mai 1995 : « On peut ajouter que l'équilibre qui consiste pour la mère à donner la vie après la gestation et pour le père à donner le nom, n'est sans doute pas neutre symboliquement. Il n'est pas certain qu'il y ait beaucoup à gagner à abandonner le nom aux négociations familiales comme tendrait à le faire toute législation ouvrant un choix au couple. (…)Nous continuons de penser que le droit est en règle générale une bien mauvaise médecine et qu'il y a sans doute plus d'inconvénients que d'avantages à mettre dans le commerce juridique un nouvel élément constitutif de la personne pour aplanir tout obstacle aux désirs ou aux pulsions individuels. Avec l'immutabilité du nom, ce que le droit tente encore de préserver, c'est une certaine conscience de la transcendance de l'Homme qui évite que l'individu ne se sente trop isolé et fragile dans un monde où tout ne serait qu'affaire de volonté ».

[157] loi n°2003-516

[158] Article 311-21 du Code civil.

du nom n'a pas résisté à l'attraction des volontés individuelles. Personne ne s'est ému de cette nouvelle reculade de l'ordre public de direction face à la libre disposition de soi.

113. En second lieu, le choix du prénom, qui relève également de la libre disposition de soi comme faisant partie de la vie privée, a connu un sort analogue au nom patronymique. L'article 1 de la loi du 11 germinal an XI (1er avril 1803) énonçait que « les noms en usage dans les différents calendriers et ceux des personnages connus dans l'histoire ancienne pourront seuls être reçus comme prénoms sur les registres de l'état civil destinés à constater la naissance des enfants ». Selon l'exposé des motifs d'une proposition de loi relative au libre choix des prénoms de l'enfant par ses parents du 22 décembre 1988, la loi du 11 germinal an XI « traduisait une réaction contre la pratique des années révolutionnaires de choisir librement les prénoms. Elle exprimait une volonté d'uniformisation face aux particularismes régionaux. (...) En pratique l'officier d'état civil apprécie si les prénoms indiqués par le déclarant peuvent être admis. Il est placé sous l'autorité du procureur de la République qui, s'il est saisi, prend une décision discrétionnaire de rejet. Les parents ont alors le recours de saisir le tribunal de grande instance du lieu de la naissance qui statue sur la recevabilité du prénom litigieux. Pendant la procédure judiciaire, procédure qui peut durer cinq ans, ce prénom n'est pas inscrit sur le registre de l'état civil. [Par ailleurs], si aucun des prénoms choisis par les parents ne paraît pouvoir être inscrit, le procureur de la République saisit le tribunal de grande instance afin de faire attribuer d'autorité des prénoms « normaux » à l'enfant en requérant leur condamnation aux dépens »[159]. Les Sénateurs auteurs de la proposition de loi avance qu'il faut changer de position législative et introduire un principe de liberté dans le choix du prénom aux motifs principaux que la législation applicable est trop aléatoire et dépendante d'une part des décisions plus ou moins libérales des officiers d'Etat civil, qui avaient le choix de saisir ou non le Procureur de la République, et d'autre part des décisions jurisprudentielles selon lesquelles le prénom Cerise avait été refusé mais les prénoms Olive ou Olivier avaient été acceptés en ce que ces derniers « dérivent de la symbolique chrétienne du jardin des oliviers ».

114. L'on constate, au travers de cette proposition de loi, la tension existant entre d'une part la volonté de laisser le choix du prénom de l'enfant à la libre disposition de ses parents et d'autre part le désir étatique de conserver le contrôle sur l'un des éléments d'identification de la

[159]Proposition de loi du Sénat, première session extraordinaire 1988-1989, disponible sur le site internet suivant : https://www.senat.fr/leg/1988-1989/i1988_1989_0201.pdf.

personne humaine, qui est avant tout considérée comme un citoyen auquel s'applique le devoir de conserver une identité à la fois immuable et socialement correcte.

115. Une directive ministérielle du 12 avril 1966 avait pourtant assoupli les règles en la matière, en prévoyant qu'« apparten[ait aux Officiers d'Etat civil] (...) d'exercer leur pouvoir d'appréciation avec bon sens afin d'apporter à l'application de la loi un certain réalisme et un certain libéralisme, autrement dit de façon, d'une part, à ne pas méconnaître l'évolution des mœurs lorsque celle-ci a notoirement consacré certains usages, d'autre part, à respecter les particularismes locaux vivaces et même les traditions familiales dont il peut être justifié. Ils ne devront pas perdre de vue que le choix des prénoms appartient aux parents et que, dans toute la mesure du possible, il convient de tenir compte des désirs qu'ils ont pu exprimer ». S'en suit une liste des prénoms acceptables, en dehors de ceux prévus par la loi du 11 germinal an XI, tel que les prénoms tirés de la mythologie et certains prénoms étrangers[160].

116. Mais il faut attendre la loi du n° 93-22 du premier août 1993 pour que soit inscrit, à l'article 57 du code civil, que « les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère ». Ce n'est que dans l'hypothèse où l'Officier d'état civil considérerait que le choix du prénom est contraire à l'intérêt de l'enfant qu'il lui faudrait saisir le procureur de la République qui aura à son tour l'opportunité de saisir le juge aux affaires familiales aux fins que ce dernier statue sur le litige. La principale modification apportée par la loi de 1993 tient à ce que le principe de liberté est affirmé en première instance, le rejet du choix parental n'intervenant qu'à titre d'exception, dans l'intérêt de l'enfant. En outre, le Procureur de la République ne peut plus prendre une décision relative aux choix individuels mais est contraint de saisir un magistrat du siège, représentant sans conteste possible du troisième pouvoir judiciaire, qui lui statuera en toute indépendance. Quoi qu'il en soit, les cas de saisine du juge de la cassation sont rares[161], l'appréciation des juridictions du fond étant souveraine en la matière[162].

117. Cette émancipation du choix du prénom par les parents se retrouve dans la jurisprudence européenne dès le 24 octobre 1996, dans un arrêt *Guillot contre France*. La Cour européenne y a expressément reconnu que le choix du prénom, à l'instar du nom patronymique, faisait partie

[160]Instruction ministérielle modifiant l'Instruction générale relative à l'état civil du 12 avril 1966, JO du 3 mai 1966, pages 3516 et suivantes.
[161]Un seul arrêt a été trouvé sur Légifrance, entre le premier janvier 1995 et le 10 décembre 2018, qui est référencé dans la note suivante.
[162]Cour de cassation, Civ 1°, 15 février 2012, n°10-27512 et 11-19963 relative au refus du juge d'accepter, en qualité de prénom, celui d'un personnage de bande-dessinée « Titeuf ».

de la sphère de la vie privée et constituait à ce titre un droit protégé par l'article 8 de la Convention[163] [164].

118. Une fois un prénom attribué, un changement judiciaire peut néanmoins être ordonné par la suite, à la demande de l'intéressé justifiant d'un intérêt légitime[165]. La jurisprudence est plus fournie en la matière. Elle concerne pour une large partie des demandes fondées sur la religion et demeure restrictive. Par exemple, la Cour de cassation estime que, faute pour le requérant d'apporter la preuve de ce que le prénom français qu'il avait volontairement adopté lors de sa naturalisation avait pour conséquence le rejet par sa communauté et ses proches, ce dernier ne pouvait valablement solliciter s'appeler de nouveau Mahriz au lieu de Pierre[166]. Ainsi encore, les seuls motifs religieux sont-ils insuffisants pour fonder une demande en changement de prénom[167], la Cour de cassation contrôlant de manière plus générale que les demandes soient fondées sur un motif suffisamment précis[168]. Le changement de prénom est également un enjeu d'importance pour les personnes transsexuelles et apparaît pour sa part largement autorisé. Par exemple, dans un arrêt en date du 11 décembre 2012, la Cour d'Appel de LIMOGES[169] a admis le changement de prénom au profit d'un individu dont le processus de réassignement sexuel n'était pas encore complet, laissant ainsi entrevoir ce qui sera la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2017[170].

---

[163]CEDH, *Guillot contre France*, 24 octobre 1996, requête n° 15773/89; 15774/89 : « 21. La Cour relève que l'article 8 (art. 8) ne contient pas de disposition explicite en matière de prénom. Toutefois, en tant que moyen d'identification au sein de la famille et de la société, le prénom d'une personne, comme son patronyme (voir, mutatis mutandis, les arrêts Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, série A no 280-B, p. 28, par. 24, et Stjerna c. Finlande du 25 novembre 1994, série A no 299-B, p. 60, par. 37), concerne sa vie privée et familiale. 22. De surcroît, le choix du prénom de l'enfant par ses parents revêt un caractère intime et affectif, et entre donc dans la sphère privée de ces derniers. L'objet du grief tombe ainsi dans le champ d'application de l'article 8 (art. 8). Cela n'est du reste pas contesté ». Dans le même sens, Johansson contre Finlande, 6 septembre 2007, requête n°10163/02.

[164] Pour un avis en demi-teinte, voir Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Le prénom rejoint le nom patronymique dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* – RTD civ. 1997. 551 : « Dans l'affaire *Guillot,* la Cour dit concevoir que les époux admirateurs d'Eugène Sue aient été affectés par le refus du prénom qu'ils avaient choisi pour leur fille. Toutefois, observant d'une part que l'enfant porte couramment et sans entrave le prénom litigieux, d'autre part que les juridictions françaises ont accueilli la demande subsidiaire des requérants tendant à l'inscription du prénom Fleur-Marie, la Cour ne trouve pas que les désagréments dénoncés soient suffisants pour poser une question de manquement au respect de la vie privée et familiale. (…) Il n'est pas sûr cependant que [cette solution] soit très rigoureuse. A partir du moment où le prénom entre dans le champ d'application de l'article 8, il est en effet logique que les restrictions apportées par l'Etat à la liberté de son choix répondent aux exigences fixées par le paragraphe second de l'article. Dès lors, on peut se demander, avec les juges dissidents Macdonald et De Meyer, pourquoi la Cour n'a pas pris la peine de démontrer en quoi, dans un pays où la loi du 11 Germinal An XI permettait de prénommer un enfant Néron, Caligula ou Messaline, il était « nécessaire, dans une société démocratique », d'écarter le prénom Fleur de Marie ».

[165]Article 60 ancien du Code civil : « Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom. La demande est portée devant le juge aux affaires familiales à la requête de l'intéressé ou, s'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, à la requête de son représentant légal. L'adjonction, la suppression ou la modification de l'ordre des prénoms peut pareillement être décidée. Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis ».

119. Le législateur quant à lui a choisi l'option libérale en adoptant, par une loi n° 2016-1547 en date du 18 novembre 2016, un nouvel article 60 du Code civil aux termes duquel « toute personne peut demander à l'officier de l'état civil à changer de prénom. La demande est remise à l'officier de l'état civil du lieu de résidence ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé. (...) S'il estime que la demande ne revêt pas un intérêt légitime, en particulier lorsqu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil saisit sans délai le procureur de la République. Il en informe le demandeur. Si le procureur de la République s'oppose à ce changement, le demandeur, ou son représentant légal,

[166]Civ 1°, 15 mai 2013, n° 12/12909 : « Attendu qu'ayant relevé que M. X... avait expressément accepté la francisation de son prénom en Pierre lors de ses démarches tendant à la réintégration dans la nationalité française et qu'il ne rapportait pas la preuve d'un rejet par sa communauté ou par ses proches, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a pu en déduire que la demande, fondée sur des éléments qu'elle a analysés, ne reposait pas sur un intérêt légitime ; que le moyen n'est pas fondé ». Dans le même sens, Civ 1°, 6 octobre 2010, n°09-10240 : « Attendu qu'après avoir relevé que Mme X... avait expressément accepté la francisation de son prénom en Louise, l'arrêt constate que le certificat médical produit par la requérante, pour justifier des conséquences psychologiques du changement de prénom, se contente de reproduire ses doléances, qu'elle ne démontre pas que l'usage de son prénom français l'ait coupé de sa famille et que les motifs religieux invoqués sont purement généraux ; qu'elle a pu en déduire que la demande de Mme X... ne reposait pas sur un intérêt légitime ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ».

[167]Civ 1°, 18 janvier 2007, n°05-20951 : « Mais attendu qu'ayant relevé que le fait que Mme X..., portât un prénom français ne lui interdisait ni de pratiquer la religion hébraïque si elle le souhaitait, ni de revenir à ses racines, la cour d'appel a pu en déduire que sa demande ne reposait pas sur un motif légitime ; que le moyen n'est pas fondé ». De fait, c'est l'environnement social, familial du requérant et sa réaction vis-à-vis du prénom porté qui détermine les décisions de la Cour de cassation. En effet, le fait d'avoir épousé en seconde noces une femme de confession musulmane, d'avoir des enfants portant des noms arabes et d'être lui-même d'origine maghrébine, un changement de prénom étant intervenu lors de son premier mariage, justifie qu'un examen soit fait de l'intérêt légitime du requérant à reprendre son nom, à connotation arabe, d'origine. Voir en ce sens Civ 1°, 2 mars 1999, n°97-15958 : « Attendu que M. Mohammed X..., né le 27 février 1945 en Algérie, avait choisi, lors de sa réintégration en 1976 dans la nationalité française, le prénom de Daniel ; qu'en 1994, il a présenté une requête pour être autorisé à reprendre son prénom d'origine en exposant notamment qu'en 1980, il avait fondé une famille avec une femme de confession musulmane comme lui, que ses cinq enfants portaient tous des prénoms arabes et que son prénom actuel l'isolait des siens ; Attendu que, pour rejeter la requête, l'arrêt confirmatif attaqué énonce, par motif adopté, que l'intérêt légitime du requérant réside en sa qualité de français, dans une volonté d'intégration dans la communauté française, plutôt que d'éloignement de cette communauté ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, par un motif d'ordre général, sans rechercher si, eu égard aux circonstances, l'état de fait invoqué n'était pas de nature à constituer pour l'intéressé un intérêt légitime à la reprise de son prénom d'origine, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

[168]Civ 1°, premier décembre 2010, n°09-71110 : « Attendu que M. Nazim, Mourad, Maxime X... a déposé, le 17 juin 2008, une requête en changement de prénom et sollicité la suppression de son dernier prénom, ajouté lors de sa naturalisation, intervenue huit ans auparavant ; Attendu qu'il fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 17 septembre 2009) d'avoir rejeté sa requête ; Attendu qu'ayant relevé que les témoignages du père, de la mère et de la soeur du requérant faisant état de moqueries n'évoquaient aucun fait marquant à ce titre et que le certificat médical produit attestait seulement d'une consultation et de la prescription d'un calmant, la cour d'appel a pu en déduire, hors toute dénaturation, que la demande, fondée sur des éléments à la teneur imprécise, ne reposait pas sur un intérêt légitime ; que le moyen n'est pas fondé ».

[169] N° RG 12/00175**.**

[170]*A.P., GARÇON ET NICOT contre France*, 6 avril 2017, requêtes n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13 : « 135. Partant, le rejet de la demande des deuxième et troisième requérants tendant à la modification de leur état civil au motif qu'ils n'avaient pas établi le caractère irréversible de la transformation de leur apparence, c'est-à-dire démontré avoir subi une opération stérilisante ou un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité, s'analyse en un manquement par l'État défendeur à son obligation positive de garantir le droit de ces derniers au respect de leur vie privée. Il y a donc, de ce chef, violation de l'article 8 de la Convention à leur égard ».

peut alors saisir le juge aux affaires familiales ». La procédure de changement de prénom est donc à présent calquée sur celle du choix initial de ce prénom, et repose sur un principe de liberté certes encadrée, mais encore une fois de liberté.

120. Des modes de constitution de la famille aux choix de l'identification des personnes par leur prénom et nom patronymique, l'Etat paraît, en conclusion sur ce point, se retirer progressivement de la sphère de la vie privée familiale et, par extension de la détermination de l'état des personnes, ce de concert avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La libre disposition de soi règnerait-elle donc sans partage sur ce domaine du Droit ? La réponse est négative en ce que ce mouvement n'est pas aussi homogène que cela, ainsi que les lignes suivantes tendent à le démontrer.

B. Le maintien sous-jacent du contrôle sociétal

121. Le droit de la famille demeure marqué du sceau étatique et n'est pas intégralement livré à la vie privée des individus ni à leur total libre choix. Plus que d'un retrait, il convient, en l'espèce, de considérer que l'ordre public s'est adapté aux nouvelles données en place. C'est d'ailleurs l'un des avantages de ce concept. « La notion-cadre [telle que l'ordre public] présente en effet une forte adaptabilité à la diversité des situations auxquelles le juge [ou un autre représentant de l'autorité] est confronté dans un domaine donné. Elle peut de plus être actualisée en fonction de l'évolution de la société »[171].

122. L'on examinera en conséquence le rôle de l'ordre public de direction dans le cadre de la famille (1), puis de l'état civil (2).

1. L'union maritale sous contrôle

123. Le mariage n'est pas devenu un simple contrat entre deux personnes. Certes, le droit au mariage est consacré par plusieurs conventions internationales[172] et le Conseil Constitutionnel y voit l'une des composantes de la liberté personnelle[173].

124. Néanmoins, plusieurs conditions doivent être remplies pour entrer dans cette institution : il faut avoir dix-huit ans révolus (article 144 du Code civil), sauf dispense du

[171]Pierre HÉNAFF, *Contrats et obligations – L'unité des notions-cadre*, Semaine Juridique, Edition Générale n°48, 30 novembre 2005, doctrine 189.
[172]Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; article 23 du Pacte civil relatif aux droits civile et politiques du 19 décembre 1966, article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.
[173]Conseil Constitutionnel, 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC : « 94. Considérant, toutefois, que le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789,

Procureur de la République pour motifs graves (article 145 du Code civil) ; il faut être présent et consentir sans doute possible au mariage (articles 146 et 146-1 du Code civil) ; la polygamie est interdite (article 147 du Code civil), de même que l'inceste (articles 161, 162, 163 du Code civil), sauf dispense du Président de la République concernant les mariages entre « l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce », ainsi que les mariages « entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ». « La volonté privée qui décide d'adhérer à une institution civile doit donc respecter les conditions auxquelles l'ordre public subordonne cet acte juridique et le but d'ordre public de cette institution »[174].

125. Concernant les interdictions à mariage, la tendance dominante de ces dernières années est, une fois de plus, dans le sens de la libéralisation. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de statuer sur l'impossibilité de se marier, au Royaume-Uni, pour un ex-beau-père et une ex-belle-fille, en couple stable depuis neuf ans, qui élevait l'enfant de la belle-fille, lequel appelait certes « Papa » son grand-père. La Cour admet qu'il revient à l'Etat de poser les conditions de validité de l'union matrimoniale, mais que ces limitations ne pouvaient restreindre le droit de se marier à un point tel que l'essence même de ce droit ne soit mise en danger[175]. En l'espèce, la Cour européenne utilise un raisonnement très pragmatique. Elle énonce que l'interdiction de mariage entre anciens alliés est motivée par la nécessité de prévenir toute forme de compétition sexuelle entre parents et enfants, et par l'importance de préserver les mineurs des changements familiaux. Néanmoins, la Cour européenne poursuit en constatant que l'interdiction de se marier n'empêche nullement les relations redoutées d'advenir. L'argument de fait qui paraît emporter la conviction de la Cour européenne dans le sens d'une atteinte de l'article 12 de la Convention est que le mariage peut uniquement être autorisé par un acte du Parlement, pris à l'issue d'une enquête qui requiert d'un adulte en pleine possession de ses moyens mentaux de se soumettre à une procédure très intrusive pour déterminer si celle-ci peut se marier.

126. Dans le sillage de cet arrêt libéral, la Cour de cassation a énoncé que la nullité du mariage célébré entre un beau-père et sa bru, célébré sans opposition et qui avait duré plus de vingt ans constituait pour l'ex-belle-fille « le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale »[176]. La Cour d'appel avait

s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé ».

[174] Marie-Caroline VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, PUF (2001), page 160.

[175] CEDH, B. et L. contre Royaume-Uni, 13 septembre 2005, n°36536/02, paragraphe 34.

[176] Civ 1°, 4 décembre 2013, n°12-26066.

pourtant pris le soin de souligner que le mariage avait créé, dans l'esprit de l'enfant de la bru, une regrettable confusion entre son père et son grand-père. « Dans un communiqué qui accompagne la décision, la Cour de cassation avait fait savoir qu'« en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question »[177].

127. Quoi qu'il en soit des déchirements de la doctrine[178], il apparaît que l'arrêt du 4 décembre 2013 est demeuré un arrêt attaché à des circonstances très particulières et que la

[177] Annick BATTEUR, *L'enfant né d'un inceste entre frère et sœur : nouvel exemple d'un conflit de filiation insoluble*, Dalloz 2017, page 2107.

[178] François CHÉNÉDÉ, *Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal)*, Dalloz 2014, page 179 : « De très loin, cette éviction ponctuelle de la règle générale pour satisfaire aux exigences d'une situation particulière pourrait faire songer au mécanisme de l'« équité » (…). Ce serait toutefois oublier que ce pouvoir prétorien auquel Aristote a donné le nom d'équité, ne peut intervenir qu'en certaines circonstances, qui n'étaient nullement réunies en l'espèce. D'abord, la loi n'était pas muette (…). Ensuite, l'article 161 (interdiction du mariage entre alliés) et l'article 184 (délai de trente ans pour agir) ne souffraient d'aucune imprécision ou ambiguïté (…). Enfin, et il convient d'insister sur ce point, nous n'étions pas en présence d'une loi ancienne qu'il convenait d'adapter à une réalité nouvelle (…) : tandis que la prohibition du mariage entre alliés a été confirmée par la loi du 17 mai 2013, le délai de prescription de trente ans, au coeur du litige, avait été officiellement consacré par la loi du 17 juin 2008. La première chambre civile n'a donc nullement suppléé, interprété ou adapté, mais bel et bien violé la loi... par refus d'application ! (…)». Dans le même sens, Jean-Jacques LEMOULAND, Daniel VIGNEAU, *Droit des couples*, Dalloz 2014, page 1342 : « D'autre part, la Cour de cassation ne peut méconnaître qu'en écartant l'empêchement à mariage fondé sur l'alliance, quel qu'en soit le motif, elle amorce le débat sur ce sujet et suggère au moins la question de la pertinence du maintien de cet empêchement d'une façon telle qu'on ne peut s'abstenir de penser que les dés sont jetés. La CEDH admet encore du bout des lèvres qu'une législation puisse sanctionner l'inceste entre frère et soeur (CEDH 12 avr. 2012, n° 43547/08, *Stübing c/ Allemagne*). Mais on voit bien quel est le sens du courant et on devine que l'empêchement à mariage entre alliés risque d'être la prochaine étape dans la réduction progressive, entreprise de longue date, des empêchements à mariage. Il y aura sans doute quelques civilistes grincheux, soucieux d'intérêt général, pour s'en émouvoir encore. Cela ne devrait pas entraver l'évolution résolument progressiste, libérale et individualiste de notre droit de la famille ». Pour une appréciation plus mesurée, voir Hugues FULCHIRON, *La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ?,* Dalloz 2014, page 153 :« Dès lors, on ne manquera pas de s'inquiéter des dangers d'une justice rendue en équité, au risque de mettre en péril la force de la règle et la sécurité du droit (…). [Néanmoins], A défendre la règle dans toute sa rigidité, on aboutit non seulement à des solutions inhumaines (V. le sort réservé aux enfants nés d'une gestation pour autrui), mais on risque surtout de casser la règle. Certes, la voie est pleine d'incertitudes, tant la flexibilité de la règle peut paraître difficile à concilier avec sa nécessaire prévisibilité, mais elle mérite assurément d'être explorée ». Jean HAUSER opte également pour une position nuancée (*Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil*, RTD civ. 2014, page 88) : « On peut déjà s'interroger sur le bien-fondé de ces règles désuètes à bien des points de vue et le législateur de la loi du 17 mai 2013, s'il avait eu une ambition plus vaste que de satisfaire des symboles et des groupes de pression, aurait pu en profiter pour faire le ménage. D'abord, ce type de prohibition qui ne repose pas sur la biologie mais sur la sociologie du couple (désormais étendue au couple homosexuel, par exemple le beau-père qui fait divorcer sa fille pour épouser son beau-fils) est devenu sans efficience puisqu'il suffira au couple de vivre en concubinage (…), concubinage que la société ne réprouve plus depuis longtemps, au moins dans son principe (…). Il serait fort opportun de ramener ces empêchements au strict fondement biologique et sans doute de revoir aussi le statut de l'enfant incestueux (…). Ensuite le système des dispenses accordées par le président de la République est désormais indéfendable et on peut légitimement se demander s'il est constitutionnel ou conventionnel. Dans la mesure où il n'ouvre aucun recours contentieux, sa survie est des plus fragiles. (…) En l'espèce, il s'agit tout de même, bel et bien, d'écarter un texte clair (certes largement obsolète) en s'appuyant sur des dispositions très générales agrémentées d'une remarque sur la durée de l'union (l'action en nullité absolue serait-elle devenue prescriptible sur ce point, ce qui aurait pu juridiquement être avancé ?) et d'une absence d'opposition (mais n'est-ce pas invoquer la faute du service de l'état civil sous le contrôle du parquet ?). Jusqu'où peut-on aller ? ». Contra, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe*, RTD civ. 2014, page 307 : « c'est ce que la Cour européenne des droits de l'Homme a pu en décider, de manière définitive et solidement établie, dans un arrêt

procédure permettant de passer outre les interdictions énoncées par les articles 161 et 163 du Code civil demeure très intrusive, comme portant le sceau du contrôle étatique sur les destinées familiales. Si l'on prend l'exemple d'une nièce et d'un oncle qui sont en couple depuis plus de dix ans et qui ont des enfants, le Ministère public se renseignera sur les conditions de vie des mineurs, sur la moralité des membres du couple, par le biais de demandes de renseignements auprès des services enquêteurs, de l'école ou de l'Aide Sociale à l'Enfance. Le mariage ne sera vraisemblablement autorisé que si aucune anomalie tel un mal-être des enfants ne transparaît.

128. Autre signe du contrôle étatique, le Procureur de la République a la possibilité de s'opposer au déroulement d'une cérémonie de mariage s'il a la preuve d'une absence de consentement[179]. Sont ici principalement visés les mariages simulés, c'est-à-dire les unions contractées par des personnes de nationalité étrangère dans l'unique but d'obtenir la nationalité française. La procédure d'enquête préalable à la décision du Procureur de la République est également très intrusive. Non seulement les gendarmes ou policiers posent les mêmes questions, séparément, aux futurs conjoints sur leur modes de vie, pour déterminer si les réponses seront identiques, mais une visite domiciliaire sera également effectuée aux fins de vérifier la réalité d'une cohabitation. Tout indice est susceptible d'être relevé : le nombre de brosses à dents, la présence de vêtements des deux sexes... Le Conseil constitutionnel a considéré que ce pouvoir, même exorbitant du droit commun, n'était pas contraire au principe de la liberté du mariage, dès lors qu'existait une garantie procédurale d'appel devant le Tribunal de Grande Instance, et

---

rendu contre n'importe lequel des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe qui, en cas de discordance, devra prévaloir. Or, un arrêt définitif de la Cour européenne des droits de l'Homme a été rendu contre un autre État que la France sur la question de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe : l'arrêt *B. et L. c/ Royaume-Uni* du 13 septembre 2005 (…).Aussi, devant la Cour de cassation, la question qui se posait, en définitive, était-elle celle de la survie de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg : rejeter le pourvoi, pouvait, du moins à première vue, revenir à abandonner ou écorner la jurisprudence du 15 avril 2011, casser conduisait à lever la prohibition du mariage entre allié en ligne directe, fulminée par l'article 161 du code civil, au risque de provoquer une tempête d'indignation puritaine. Dans ces conditions, la décision de casser l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en visant exclusivement l'article 8 consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale permet le sauvetage de l'article 161 sans reniement de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg. (…)le mode d'emploi de la jurisprudence du 15 avril sauvegardée tout en ralliant tous les suffrages souverainistes et républicains. La stratégie déployée, consistant à déplacer la question sur le terrain du droit au respect de la vie privée et familiale pour assouplir sans l'abolir la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe est cependant plus courageuse, plus subtile et, finalement, plus satisfaisante.(…) »

[179]Article 175-2 du Code civil : « Lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer, le cas échéant au vu de l'audition prévue par l'article 63, que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé au titre de l'article 146 [existence du consentement] ou de l'article 180 [liberté du consentement], l'officier de l'état civil peut saisir sans délai le procureur de la République. Il en informe les intéressés. Le procureur de la République est tenu, dans les quinze jours de sa saisine, soit de laisser procéder au mariage, soit de faire opposition à celui-ci, soit de décider qu'il sera sursis à sa célébration, dans l'attente des résultats de l'enquête à laquelle il fait procéder. Il fait connaître sa décision motivée à l'officier de l'état civil, aux intéressés. La durée du sursis décidé par le procureur de la République ne peut excéder un mois renouvelable une fois par décision spécialement motivée. A l'expiration du sursis, le procureur de la République fait connaître par une décision motivée à l'officier de l'état civil s'il laisse procéder au mariage ou s'il s'oppose à sa célébration ».

que le seul fait d'être en situation irrégulière ne devait pas faire obstacle, en soi, au mariage de l'intéressé[180].

2. Le Ministère public, protecteur des registres d'état civil

129. Dans le domaine de l'état des personnes, l'ordre public de direction s'est maintenu au sein d'un cœur de règles indérogeables. C'est par exemple sur ce fondement que les filiations incestueuses ne peuvent être établies, par quelque moyen que ce soit. La Cour de cassation a statué en ce sens dans un arrêt du 6 janvier 2004, affaire dans laquelle le frère/père, après avoir essuyé un refus de reconnaître l'enfant de la sœur/mère, avait voulu l'adopter. La Cour a décidé que « la requête en adoption présentée par M. Y... contrevient aux dispositions d'ordre public (...) interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu ». « Il ne s'agit pas seulement de l'intérêt de l'enfant à jouir d'un état civil ne révélant pas son origine incestueuse ; ce dont on pourrait d'ailleurs discuter. Il s'agit au-delà, et dans l'intérêt général, de ne pas consacrer et légitimer d'un côté par la filiation la violation d'un interdit fulminé de l'autre pour cette raison bien simple que l'inceste absolu perturbe gravement l'ordonnancement et l'équilibre du groupe familial et social »[181]. S'en est suivie une ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 créant un article 310-2 du Code civil, aux termes duquel « s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ».

130. Au-delà de cet exemple particulier, une preuve supplémentaire du rôle de l'ordre public en matière d'état des personnes est la place occupée par le Ministère public en ce domaine.

---

[180]Conseil Constitutionnel, *op. cit.* , n°94-95.

[181]Daniel VIGNEAU, *En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du code civil*, Dalloz 2004. 365. Jean HAUSER s'était montré, quant à lui, favorable à la décision de la Cour d'appel qui avait admis l'adoption (*L'adoption simple d'un enfant par son parent incestueux*, RTD civ. 2000. 819) : « L'hypothèse est donc très différente du contrat de maternité de substitution où l'adoption - plénière - corrélative est destinée à établir un véritable lien de filiation à l'image du lien biologique. (…) En l'espèce il n'en est rien, on adopte un enfant qu'on a élevé (et) ou dont on veut faire son héritier (…). Pour soutenir le contraire il faudrait admettre que la filiation de fait qui est la sienne, non seulement ne lui permet pas d'accéder à une filiation de droit, mais constitue un empêchement à adoption, une tache d'inceste, ce qui serait, cette fois, probablement constitutif d'une véritable discrimination car *l'alibi de l'intérêt de l'enfant ne serait plus alors présentable ».* Pour une appréciation également nuancée, voir AJ Famille, page 66, « Refus de l'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère – Cour de cassation, 1re civ. 6 janvier 2004 » : « Par une telle solution, la Cour de cassation entend défendre fermement le principe fondamental de l'interdiction de l'inceste en droit français et ne laisser aucune échappatoire possible. (…) En droit comparé, on signalera que la solution énoncée par la Haute Juridiction accentue la singularité du droit français par rapport à bon nombre de législations européennes qui, à l'inverse, permettent l'établissement d'une filiation incestueuse (par ex. l'Allemagne, l'Autriche, la Grèce, le Portugal ou la Suisse …) ».

Celui-ci représente en effet la voix de la société qui vient limiter la libre disposition que les citoyens ont de leur état civil.

131. Le Ministère public est tout d'abord le référent des Officiers d'état civil en la matière[182], notamment lorsque ceux-ci sont confrontés à des difficultés qu'ils ne parviennent pas à résoudre. C'est un événement relativement courant, notamment au sein des petites communes peu habituées à la transcription d'actes d'état civil étrangers ou aux mariages entre personnes de nationalité française et étrangère. Le rôle du parquet est alors de les renseigner de manière aussi complète que possible sur les vérifications et démarches à accomplir. Devant une demande de transcription d'actes d'état civil étrangers, l'Officier d'Etat civil saisit obligatoirement le Procureur territorialement compétent car ce dernier doit vérifier, qu'outre les formes requises, l'acte ne contrevient pas aux dispositions d'ordre public national. Avant l'adoption de la loi permettant aux personnes homosexuelles d'accéder au mariage, des dilemmes kafkaïens se rencontraient dans l'hypothèse où le mariage entre deux personnes de même sexe avait eu lieu dans un Etat étranger qui permettait, avant la France, ce type d'union. Que faire : transcrire un acte de mariage contrevenant à l'ordre public français ou ne pas le transcrire et encourir le risque de bigamie ? Le Parquet Général de Rouen avait, en son temps, fait le choix de l'absence de transcription.

132. La saisine du Procureur est également obligatoire s'agissant de la transcription des décisions de justice étrangères. Celles-ci sont présumées être valables[183] . Néanmoins, aucune transcription sur les registres d'état civil français ne pouvant avoir lieu sans l'aval du Procureur, ce dernier doit procéder à certaines vérifications édictées dans un arrêt dit Münzer en date du 7 janvier 1964 : « cinq conditions [doivent] se trouve[r] remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette

[182]Article 53 du Code civil : « Le procureur de la République territorialement compétent pourra à tout moment vérifier l'état des registres ; il dressera un procès-verbal sommaire de la vérification, dénoncera les contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil, et requerra contre eux la condamnation aux amendes ».
[183]Article 47 du Code civil : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité».

juridiction[184], l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit[185], la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi »[186].

133. La question de la conformité à l'ordre public peut se poser notamment pour certains jugements de divorce marocains ou algériens. Dans un premier temps, la Cour de cassation a fait application d'un ordre public atténué. Ainsi, dans un arrêt en date du 3 novembre 1983, a-t-elle énoncé que « la réaction à l'encontre de l'ordre public n'est pas la même suivant qu'il s'agit de faire obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ; (...) qu'en l'espèce, selon les constatations de l'arrêt attaqué, les deux époux, de nationalité marocaine, s'étaient mariés au Maroc, conformément à leur statut personnel commun, lequel, s'il fait de la répudiation un mode de dissolution du mariage laissé à la discrétion du mari est tempéré par les garanties pécuniaires qu'il assure à la femme ». La décision de répudiation devait donc être acceptée dans l'ordre juridique français.

134. Puis, après avoir rendu progressivement sa jurisprudence plus sévère, la Cour de cassation, par cinq arrêts en date du 17 février 2004, a changé de position. Elle affirme que « l'arrêt retient que le jugement du Tribunal de Biskra avait été prononcé sur demande de M. X... au motif que "la puissance maritale est entre les mains de l'époux selon la Charia et le Code" et que "le Tribunal ne peut qu'accéder à sa requête" ; qu'il en résulte que cette décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et à l'ordre public international réservé par l'article 1er d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que,

[184]Il s'agit principalement d'un contrôle du respect des droits de la défense et du principe du contradictoire.
[185]Cependant, quand bien même le choix de la loi n'aurait pas été correct, dès lors que les effets juridiques produits sont équivalents, la décision étrangère est opposable sur le territoire national. « L'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de ces deux lois justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente » (Civ 1°, 13 avril 1999, n°96-22487).
[186]Civ 1°, 7 janvier 1964, publié au bulletin.

comme en l'espèce, la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français »[187]. Cette ligne jurisprudentielle s'est maintenue[188].

135. Deux conditions doivent donc être respectées pour que le jugement de divorce étranger soit examiné puis admis sur le sol français. Il convient que les époux soient attachés à la France par un lien matériel suffisant tenant notamment à la double nationalité ou à leur résidence sur le territoire national et que leur divorce soit conforme au principe d'égalité entre époux. A défaut, il s'agit d'une répudiation unilatérale que la France n'acceptera pas, quand bien même la femme aurait été appelée à la procédure, qu'elle ait pu faire valoir ses droits et que des garanties financières lui aient été accordées. Ces arrêts ont été largement approuvés par la doctrine[189]. C'est bien à ce contrôle que le Parquet doit se livrer lorsqu'il reçoit un jugement de divorce algérien ou marocain dont on lui demande la transcription.

136. A la place d'un ordre public de direction affiché et assumé, le législateur a choisi une option plus libérale, permettant aux individus de se constituer un espace de libre disposition d'eux-mêmes. L'ordre public de direction demeure néanmoins présent, notamment par le biais du rôle du Ministère public, voix de l'intérêt de la société. Les individus ne peuvent en conséquence pas disposer librement de leur état civil, que ce soit par la modification unilatérale des registres de l'état civil ou par la célébration d'un mariage blanc. Pourtant, dans la continuité du recul affiché de l'ordre public de direction, l'on aurait pu s'attendre à la reconnaissance d'une plus grande marge de manœuvre des individus sur ces éléments de leur vie privée. La preuve est ainsi faite que l'ordre public de direction est toujours présent et limite la libre disposition de soi.

137. Après avoir étudié le maintien de l'ordre public de direction, il convient à présent de s'intéresser à son pendant, l'ordre public de protection, ainsi qu'au rôle que ce dernier joue au regard de la libre disposition de soi.

§2 L'encadrement de la libre disposition de soi par l'ordre public de protection

138. Il a été écrit que l'ordre public de protection s'intéressait au premier chef aux personnes considérées comme vulnérables, telles que le consommateur ou le locataire. Néanmoins, il n'est nullement question de limiter la libre disposition que ces derniers ont d'eux-mêmes en ce qu'ils ne sont ni empêchés de contracter avec le partenaire choisi et de contenter ainsi leurs envies, quelque peu adaptées soient-elles. Le régime protecteur du Code de la consommation ou de la loi du 6 juillet 1989 n'intervient que pour équilibrer des rapports contractuels jugés inégaux, mais ne prévient pas par anticipation la réalisation d'initiatives individuelles.

139. A l'inverse, le législateur a considéré que la situation du majeur protégé comme celle de la personne aliénée nécessitait la construction d'un régime juridique s'appliquant jusqu'aux confins de la vie privée, ce pour éviter que ces derniers ne s'engagent dans des projets aux conséquences dommageables. Il s'agit bien ici d'un ordre public non plus de direction, mais de protection qui vient limiter la libre disposition de soi. Tant les majeurs protégés que les personnes aliénées ont des choix de vie restreints par la nécessité de sauvegarder leur équilibre matériel et psychologique.

140. Il convient donc d'examiner le traitement que l'ordre public de protection réserve aux personnes incapables (A), puis aux personnes aliénées (B).

A. Les majeurs protégés

141. Si les majeurs protégés se voient reconnaître, en première intention, une libre disposition d'eux-mêmes (1), force est de constater que l'ordre public de protection intervient en bon nombre d'occasions, aux fins de protéger ceux-ci tant contre eux-mêmes que contre les personnes cherchant à abuser de leur vulnérabilité (2).

1. Une volonté respectée

142. Plusieurs mécanismes permettent, en droit français, de respecter aussi longtemps que possible la volonté des majeurs protégés et en conséquence leur libre disposition d'eux-mêmes (a). Néanmoins, l'utilité de l'ordre public de protection ne saurait être déniée, ainsi que certains tentent de le déduite de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (b).

a. Un cadre national adéquat

143. L'étude des dispositions relatives aux majeurs protégés laisse à penser, dans un premier temps, que ces derniers sont respectés dans leur volonté. Ils pourraient donc, à l'instar des personnes capables, se tromper, faire le mauvais choix sans que le législateur ou un juge n'interviennent pour leur dire que faire. En conséquence, l'ordre public de protection apparaît en retrait, ainsi que l'étude des textes et de la jurisprudence le démontre.

144. Tout d'abord, en vertu de l'article 428 du Code civil, la mesure de protection doit être nécessaire, « proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé ». C'est donc un principe de subsidiarité qui s'applique en la matière. Par exemple, l'on préfèrera prononcer une mesure de curatelle plutôt qu'une mesure de tutelle lorsque la personne possède encore des facultés de compréhension des situations qui se

présentent à elle, ce qui impliquera qu'elle est encore capable de s'engager dans des liens juridiques et financiers par le biais de sa signature. L'accompagnement sera alors privilégié à la représentation. Ainsi, grâce à ce principe de subsidiarité, la volonté du majeur sera respectée en ce qu'il sera en position de prendre des décisions de manière autonome le plus longtemps possible. Les dispositions limitant la libre disposition de soi n'interviennent donc que dans les hypothèses strictement nécessaires, de sorte que l'ordre public ne paraît pas avoir un rôle de premier plan à jouer.

145. Ensuite, la Cour de cassation contrôle depuis de nombreuses années l'existence des deux conditions d'ouverture d'une mesure de protection, c'est-à-dire l'altération des facultés mentales ou intellectuelles ainsi que le besoin de la personne d'être assistée ou représentée de manière continue dans les actes de la vie civile[190]. Ce contrôle s'effectuait d'ores et déjà sous l'empire de la loi de 1968[191], et perdure encore aujourd'hui [192]. Ainsi est-ce la volonté du majeur qui est préservée en ce que ledit contrôle diminue les risques de curatelle ou de tutelle abusives, prises par la famille pour se substituer à un senior trop encombrant ou, pire, aux fins de profiter en toute liberté de ses fonds. Le majeur peut ainsi demeurer libre de toute contrainte extérieure pendant un laps de temps le plus long possible, sans que l'ordre public de protection ne lui impose des règles de conduite.

146. Au surplus, la volonté du majeur est véritablement prise en considération au cours de la procédure de mise sous protection. Le changement de représentant légal doit se faire après que le majeur a été en mesure « d'exprimer ses sentiments »[193] tandis que les juges du fond ne sont pas légitimes à désigner un mandataire à la protection des majeurs alors que la personne concernée avait indiqué le nom d'un ami proche aux fins de le représenter dans les actes de la vie civile[194]. En revanche, il appartient au magistrat d'apprécier l'intérêt du majeur, ce même

[190] Articles 425 et 440 du Code civil.

[191] Cour de cassation, rapport 2009 sur les personnes vulnérables : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_personnes_3411/chambre_civile_3417/majeurs_proteges_3424/ouverture_mesures_15310.html : : « une hospitalisation, même pour trouble du comportement, ne suffit pas à démontrer une altération des facultés mentales (1re Civ., 8 avril 2009, pourvoi n° 07-21.488). De même, le fait de relever que l'état de santé d'une personne n'est pas suffisamment consolidé ne peut valoir constat de l'existence d'une altération des facultés mentales (1re Civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 06-14.489) ».

[192] Civ 1°, 7 novembre 2012, n°11-23494 : « l'arrêt attaqué, qui a placé Mme X... sous tutelle, énonce, en premier lieu, qu'elle présente une altération modérée de ses fonctions cognitives ainsi qu'une perte d'autonomie qui entraîne une situation de vulnérabilité psychologique et, en second lieu, que l'altération de ses fonctions mentales revêt un caractère définitif et compromet ses capacités à pourvoir seule à ses intérêts; qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser la nécessité pour Mme X... d'être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, de nature à justifier la mise sous tutelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

[193] Civ 1°, 19 novembre 2014, n°13-23365.

[194] Civ 1°, 9 juillet 2014, n°13-20060.

contre la volonté exprimée par ce dernier. Par exemple, une Cour d'appel décharge à bon droit un membre de la famille d'accueil du majeur protégé de sa fonction de curateur, malgré le sentiment exprimé par ce dernier, dès lors « qu'il existait une confusion d'intérêts entre les fonctions de curateur exercées par Mme Y... et celles de salarié de la personne protégée, d'autre part, qu'il paraissait nécessaire de favoriser la prise d'autonomie de M. X... par rapport à sa famille d'adoption »[195]. Le désir et l'intérêt du majeur entrant en conflit, c'est alors l'ordre public de direction de la personne qui prend le relais et qui permet au juge de trancher la question.

147. Ces quelques exemples amènent à la conclusion qu'il est pertinent et légitime de respecter la volonté du majeur qui doit être, le plus longtemps possible, laissé libre de disposer de lui-même.

b. Un cadre international dangereux :

148. Néanmoins, il ne faut pas oublier que les mesures de protection ont été établies à destination d'un public carencé qui nécessite une assistance ou une représentation. C'est pourquoi la philosophie de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, ratifiée par la France le 18 février 2010[196], paraît dangereuse. A son frontispice figure « le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes »[197]. L'article 12 de cette convention dispose en outre que « les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique. Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée (...) ».

149. D'aucuns, sur ce fondement textuel, en ont déduit que les mesures de représentation des majeurs devaient être prohibées, comme ne respectant pas la lettre de l'article 12 de la Convention, qui effectivement mentionne uniquement un « accompagnement » de la personne

[195] Civ 1°, 11 septembre 2013, n°12-23742.
[196] Voir la loi n°2009-1701 du 31 décembre 2009 *autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées,* ainsi que le décret n° 2010-356 du 1er avril 2010 *portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble un protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007*.
[197] Article 3 de la Convention.

concernée, ainsi que le respect de sa volonté[198]. « Comme le tuteur n'accompagne pas mais se substitue à la prise de décision, on conclut, dans un étalage de simplisme, qu'il est incompatible avec la Convention. (...) L'observation générale n° 1 de 2014 du Comité des droits des personnes handicapées des Nations unies (...), dans un concert d'argumentations sophistiques, fait dire à la Convention ce que celle-ci n'exprime pas, créant de nouveaux droits de la personne handicapée, comme le droit de « prendre des risques et de faire des erreurs », qu'elle élève à la catégorie de droits fondamentaux »[199]. David NOGUÉRO déplore également cette philosophie, « totalement inapplicable dans des situations où les individus n'ont plus aucune aptitude propre afin de prendre des décisions mêmes élémentaires et à les exprimer. Songez à la personne dans un coma profond irréversible ou à celle au dernier stade d'une maladie neuro-dégénérative. Comment se passer de représentation ? La solution est difficilement praticable selon le degré d'altération des facultés en lien avec d'autres facteurs comme l'état du patrimoine ou l'environnement familial ou affectif. Pensez à un trisomique célibataire à la tête d'une fortune mobilière à gérer. Pourra-t-il toujours s'occuper personnellement, avec compétence, de ses intérêts ? »[200].

150. A rebours des pourfendeurs des mesures de protection et des laudateurs de l'autonomie forcenée de la personne, il faut bien répondre que l'immense majorité des majeurs qui se présentent dans le cabinet du juge des tutelles sont eux-mêmes en demande d'une protection car ils se rendent compte qu'ils ne sont plus en mesure de gérer leur propre vie budgétaire et administrative. Ainsi n'est-il pas rare que le juge des tutelles soit saisi par la personne concernée qui sollicite l'aide de tiers car elle se bat contre un découvert bancaire permanent sous pouvoir détecter la source du problème. Les mesures de protection sont de véritables filets de secours sociaux que l'on fait intervenir lorsque la personne, démunie face aux administrations, ne parvient pas à se saisir seule des mécanismes d'aide existants, ce parce qu'elle ne possède pas ou plus les facultés intellectuelles suffisantes pour agir.

151. L'on rencontre également les ravages du grand âge qui fait naître des démences portant un véritable écran opaque entre la réalité et la perception que la personne peut en avoir. Dans

[198] Cette philosophie trouve un écho en France, notamment au travers du rapport du Défenseur des droits, intitulé « Protection juridique des personnes vulnérables » : « le rapport recommande de privilégier les mesures d'accompagnement et d'abandonner, sauf nécessité et par exception, les mesures substitutives. Le fil d'Ariane est celui, à tous les niveaux de la protection (instruction, prononcé, exécution) du respect de la volonté du majeur et de son autonomie pour remplacer « le paradigme de l'intérêt supérieur (Jean-Jacques LEMOULAND et David NOGUÉRO, *Majeurs protégés*, Dalloz 2017, page 1490).

[199] Jean HAUSER, *Majeurs protégés : difficile équilibre entre volonté et protection*, RTD civ. 2017, page 356.

[200] David NOGUÉRO, *Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées*, RDSS 2016, page 964.

cette dernière hypothèse, ce sont des amis ou voisins bienveillants ou bien encore des membres de la famille qui saisissent le juge d'instance en demandant une mesure de protection pour leur vieil oncle, tante, mère, père, cousin, cousine... La personne à protéger ne possède alors plus de défenses face aux menaces du quotidien que peuvent par exemple constituer les démarcheurs à domicile car elle ne connaît pas même la valeur de l'euro et raisonne encore en francs. Ou tout simplement, elle ne songe plus à payer ses différentes impositions.

152. Si l'ordre public de protection doit demeurer subsidiaire, il ne faut pas pour autant en exclure l'intervention au profit du public carencé que sont les majeurs en demande d'assistance ou de représentation. Ce serait risquer de grands dommages au préjudice de ces personnes vulnérables qui ne peuvent bénéficier d'une totale disposition d'elles-mêmes.

2. Une volonté nécessairement limitée

153. La limitation de la volonté du majeur paraît nécessaire, tant en matière patrimoniale que personnelle, dès lors que les instances législatives et judiciaires agissent dans l'intérêt bien compris de ce dernier. L'ordre public de protection, subsidiaire, s'applique toutefois dès l'instant que la situation le requiert. Les tiers intervenants, que ce soient des travailleurs sociaux, des juristes, des juges, prennent des décisions à la place de la personne protégée, tout en respectant son statut d'être humain et en acceptant que certaines situations ne peuvent qu'être laissées entre les seules mains des principaux intéressés. Il convient d'étudier les dispositions applicables dans le cadre patrimonial (a), puis personnel (b).

a. En matière patrimoniale

154. En matière patrimoniale, la décision du juge, du tuteur ou du curateur doit être mesurée mais elle reste un mal nécessaire. Les mesures de protection impliquent en effet que la volonté du majeur soit régulièrement écartée au profit de celle du juge, du mandataire judiciaire. Il est parfois nécessaire de refuser l'octroi de fonds à une personne qui n'a aucune conscience de ses ressources et charges et pourrait se retrouver, sans son curateur ou tuteur, sans moyens de payer sa nourriture car elle aura dépensé l'intégralité de ses revenus pour des achats non vitaux tels que des vêtements ou des bijoux. Le juge reçoit régulièrement des courriers de majeurs protégés se plaignant de leur curateur ou tuteur, les accusant de ne pas leur donner suffisamment de fonds pour se nourrir. Mais, derrière ces plaintes, se cachent l'incapacité de ces individus à gérer leur

budget en priorisant correctement les dépenses. Ainsi, en matière financière, la volonté de la personne ne doit être respectée que si elle correspond à sa réalité budgétaire.

155. La liberté de tester est également encadrée, de sorte à protéger le majeur concerné contre ses propres errances. En régime de curatelle, l'intéressé peut librement établir son testament sans l'assistance de son curateur, mais à la condition, inébranlable, de la qualité de son consentement car il faut être sain d'esprit pour faire une libéralité[201]. Le Notaire sollicitera vraisemblablement un certificat médical aux fins de l'adosser au testament pour que celui-ci ne soit pas postérieurement contesté par les héritiers du majeur protégé. En revanche, en matière de tutelle, le majeur doit être capable de saisir seul le juge d'instance aux fins d'être autorisé à tester, sous peine de nullité de l'acte[202]. Le contrôle juridictionnel demeure d'une intensité limitée. « Sans intrusion dans le contenu du testament, le juge se borne à contrôler que le majeur est apte à saisir la portée de l'acte testamentaire qu'il souhaite librement entreprendre. Seul le défaut de lucidité est susceptible de paralyser ladite autorisation »[203]. Ces dispositions permettent de s'assurer qu'une tierce personne ne tirera pas un avantage indu de la vulnérabilité du majeur et que ce dernier ne dispersera en conséquence pas sa fortune aux quatre vents au profit de personnes mal intentionnées. La dépense peut aller très vite : certains dossiers présentent une perte d'argent de plusieurs dizaines de milliers d'euros en quelques semaines, passés dans l'achat de voitures pour des amis ou des membres de la famille, ainsi que dans des donations orales de fonds au profit des connaissances du moment. La mise en place du contrôle du consentement réel et éclairé par le biais d'une simple audition dans le cabinet du juge est, dans ces hypothèses, particulièrement précieux. Ici encore, ce n'est pas forcément la libre disposition du majeur qui sera respectée mais son intérêt qui sera préservé.

156. Plus privative de liberté est l'assistance requise du curateur pour que le curatélaire puisse « procéder à la substitution du bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie pour lequel il a

[201] Articles 470 et 901 du Code civil.
[202] Article 476 alinéa 2 du Code civil : la personne protégée « ne peut faire seule son testament après l'ouverture de la tutelle qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, à peine de nullité de l'acte. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion ».
[203] David NOGUÉRO, *Le testament des majeurs : une liberté encadrée,* Defresnois, 7 septembre 2017, n° 17, page 17. Voir par exemple, Civ 1°, 8 mars 2017, n°16-10340 : « Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 9 septembre 2015), que Georges X..., né le 31 janvier 1930, a été placé sous tutelle par jugement du 28 juin 2011, ses filles, Mmes Catherine et Tiina X..., étant respectivement désignées en qualité de tutrice et de subrogée tutrice ; que, par ordonnance du 10 octobre 2012, le juge des tutelles l'a autorisé à tester, décision assortie de l'exécution provisoire ; qu'après le décès de son père, survenu le 18 novembre 2013, Mme Tiina X... a interjeté appel de l'ordonnance du juge des tutelles ; (...) Mais attendu que la cour d'appel, qui a exactement rappelé qu'il ne lui incombait pas, à l'occasion de la demande d'autorisation dont elle était saisie, d'examiner le contenu de l'un ou l'autre des testaments établis par le majeur protégé, a relevé, par motifs adoptés, que celui-ci avait démontré, lors de son audition, être en capacité d'exprimer clairement sa volonté quant à ses dispositions testamentaires et que le projet de testament correspondait à ses souhaits ; qu'elle a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

stipulé, y compris si cette substitution s'opère par testament. Autrement dit, si, dans le testament, une volonté s'exprime au sujet du bénéfice d'une assurance-vie, le curatélaire doit être assisté. Et, en tutelle, le tuteur représente le majeur protégé pour la désignation du bénéficiaire »[204]. Généralement, cette disposition n'est pas problématique en ce que sont désignés, en qualité de bénéficiaires de l'assurance-vie, les héritiers du majeur, sans plus de précision. Néanmoins, si ce dernier souhaite privilégier l'un de ses descendants, il convient alors de vérifier la réalité de sa position, rôle qui revient en cette hypothèse au curateur ou au tuteur. Dans le même état d'esprit, le majeur protégé ne peut effectuer une donation sans l'assistance de son curateur[205], ou avec l'autorisation du juge s'il est sous le régime de la tutelle[206]. Il s'agit ici, une fois de plus, de protéger le majeur des risques de spoliation de son patrimoine au profit de personnes uniquement motivées par l'appât du gain. C'est pour cette unique raison que la libre disposition du majeur concerné est limitée, au nom d'un ordre public de protection bienvenu.

157. Les décisions deviennent bien plus compliquées dès lors qu'il s'agit de traiter de la sphère personnelle du majeur protégé.

b. En matière personnelle

158. En matière personnelle, certains domaines ont été sanctuarisés par le législateur puisqu'en vertu de l'article 458 du Code civil, « l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement

[204] David NOGUÉRO, *Le testament des majeurs : une liberté encadrée,* Defresnois, 7 septembre 2017, n° 17, page 17. Cette solution est issue d'un arrêt, Civ 2°, 8 juin 2017, n°15-12544 : « Mais attendu qu'il ressort de l'article L. 132-4-1, alinéa 1, du code des assurances qui déroge à l'article 470, alinéa 1, du code civil, que si une personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901 du code civil, ce n'est qu'avec l'assistance de son curateur qu'elle peut procéder à la substitution du bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie pour lequel elle avait stipulé ; qu'ayant constaté l'absence de son curateur au moment où Edouard X... avait exprimé, dans son testament, sa volonté de procéder à la substitution du bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie « GMO », et que l'accord du curateur n'avait pas été adressé à l'assureur avant le décès du stipulant, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que son testament du 13 février 2009 se trouvait privé d'efficacité quant à cette substitution ».

[205] Article 470 alinéa 2 du Code civil.

[206] Article 476 alinéa 1 du Code civil.

donné à sa propre adoption[207] ou à celle de son enfant ». Ici, la libre disposition de soi ne souffre d'aucune restriction.

159. La jurisprudence y a ajouté le consentement à son propre mariage. Il s'agissait du cas d'un homme en coma profond, avec lequel sa compagne voulait se marier. La Cour d'appel avait fait droit à l'autorisation du mariage présentée par sa compagne, « en motivant sa décision sur la durée de la vie commune entre la tutrice et son compagnon, l'existence d'enfants communs, le fait qu'ils projetaient de se marier avant l'accident et sur le fait que ce mariage était conforme à l'intérêt du majeur »[208]. Mais la Cour de cassation a énoncé que « si le mariage d'un majeur en tutelle doit être autorisé par le juge des tutelles, il constitue un acte dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation ». En conséquence, la demande en autorisation du mariage présentée par la compagne et tutrice du majeur protégé a été déclarée irrecevable[209]. Quand bien même cette solution aboutit à limiter la libre disposition de soi, elle permet surtout de considérer que la personne, même en coma dépassé, reste un individu à part entière et que des tiers ne sont pas légitimes à la représenter dans des actes aussi privés qu'une demande en mariage. Certes, le statut du mariage est bien plus protecteur que celui du concubinage, mais il n'en reste pas moins que le consentement en est un élément inévitable et essentiel.

160. Ceci explique que les juges se montrent très attentifs à la qualité du consentement donné par le majeur protégé à son propre mariage. Par exemple, dans un arrêt en date du 20 avril 2017, la Cour de cassation a affirmé que « si l'absence d'autorisation préalable du curateur au mariage du majeur en curatelle ne correspond pas à un défaut de consentement, au sens de l'article 146 du Code civil, mais à un défaut d'autorisation, au sens de l'article 182 du même

---

[207] La Cour de cassation a jugé qu'une jeune fille atteinte d'autisme ne pouvait être adoptée par la concubine de son père car elle ne pouvait elle-même émettre un consentement valable à l'opération qui constituait un acte strictement personnel insusceptible de faire l'objet d'une représentation. Lire civ1°, 8 octobre 2008, n°07-16094 : « attendu qu'Amandine X..., née le 16 mai 1978, atteinte d'autisme, a été placée sous tutelle le 19 décembre 1996 ; que son père, agissant en qualité d'administrateur légal sous contrôle judiciaire de sa fille, a déposé, le 21 juin 2006, une requête tendant à la désignation d'un administrateur ad hoc aux fins de consentir à l'adoption simple d'Amandine par sa nouvelle épouse ;
Attendu que M. X... fait grief au jugement attaqué (Bourg-en-Bresse , 16 avril 2007) d'avoir rejeté sa demande (...) ; Mais attendu que le consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption qui est un acte strictement personnel ne peut être donné en ses lieu et place par son tuteur ; que le juge des tutelles, sur avis du médecin traitant, peut autoriser le majeur protégé, seul ou avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu, à consentir à sa propre adoption ; qu'ayant relevé que le psychiatre, commis en qualité d'expert par le juge des tutelles, a constaté, dans son certificat médical du 18 octobre 2004, qu'Amandine n'était pas en mesure d'organiser un raisonnement, un jugement ou d'exprimer une volonté élaborée et qu'elle ne pouvait consentir à l'adoption projetée, le tribunal de grande instance en a déduit à bon droit que la maladie dont elle souffrait ne permettait pas l'application des dispositions de l'article 501 du code civil ».

[208] Thierry VERHEYDE, *Seul le majeur en tutelle peut demander au juge des tutelles l'autorisation de se marier*, Dalloz 2016, page 107.

[209] Civ 1°, 2 décembre 2015, n°14-25777.

code, sanctionné par la nullité relative et de nature à être couvert par l'approbation du curateur, en revanche, le défaut de consentement de l'époux lui-même est un motif de nullité absolue, lequel ouvre au ministère public une action en annulation du mariage, sur le fondement de l'article 146 du Code civil (...). Et attendu qu'après avoir relevé que M. X. bénéficiait d'une mesure de protection depuis le 14 juin 2010 et qu'il avait décidé de se marier trois mois après avoir rencontré Mme Ahmed Y. et à l'insu de sa famille, la cour d'appel a souverainement estimé qu'il résultait de l'audition de l'intéressé par les services consulaires et des pièces produites qu'il souffrait d'une altération de ses facultés mentales qui lui interdisait de comprendre la portée de son engagement et d'exprimer un consentement valable ; que par ces motifs (...), elle a légalement justifié sa décision »[210].

161. En dehors de cette zone sanctuarisée, les souhaits du majeur protégé sont théoriquement bien pris en compte par le Code civil puisqu'il est prévu que la personne protégée « prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet »[211]. Il est également prévu que « la personne protégée choisit le lieu de sa résidence. Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci ». Néanmoins, « en cas de difficulté, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué statue »[212]. L'ingérence judiciaire dans la sphère personnelle se fait au nom de l'intérêt du majeur, qui doit être parfois protégé de ses propres choix, y compris ceux relevant de sa vie privée. Les complications peuvent notamment provenir d'un conflit intra-familial et de la volonté de plusieurs de ses membres de voir le plus souvent possible le majeur protégé, au détriment du temps qui pourrait être accordé à d'autres. Le juge, après avoir entendu les protagonistes, doit alors prendre une décision, en fonction de l'intérêt du majeur, ce qui ne concordera pas nécessairement avec ses envies, ce dernier n'étant pas toujours capable d'évaluer le degré de toxicité de certaines de ses connaissances. La libre disposition de soi est donc une fois de plus limitée au nom de l'ordre public de protection.

162. Les limites de cet ordre public sont atteintes lorsque la personne protégée décide par exemple de laisser entrer dans son domicile des personnes peu recommandables, et de s'adonner à des soirées alcoolisées et bruyantes. En théorie, le juge pourrait intervenir pour interdire à

[210] Civ 1°, 20 avril 2017, n°16-15632. Par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel (29 juin 2012, n°2012-260 QPC) avait d'ailleurs eu l'occasion d'énoncer qu'« eu égard aux obligations personnelles et patrimoniales qui en résultent, le mariage est « un acte important de la vie civile ». En subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut à celle du juge, le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales. Les restrictions dont il a accompagné son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée ».
[211] Article 459 du Code civil.
[212] Article 459-2 du Code civil.

l'intéressé de recevoir ces personnes mal intentionnées. Cependant, une telle décision ne peut, en pratique, être réellement mise à exécution. L'ordre public de protection ne peut pas tout. Une comparaison peut valablement être établie avec certaines personnes juridiquement capables mais atteintes de névroses invalidantes, tel le cas des femmes qui choisissent immanquablement un conjoint violent pour ensuite, lors de l'audience devant le Tribunal Correctionnel, affirmer qu'elles ne souhaitent pas se constituer partie civile, qu'elles ne veulent surtout pas que le prévenu soit incarcéré, mais simplement qu'il soigne son addiction, très fréquente, à l'alcool. Que faire si ce n'est continuer de poursuivre les auteurs de violences conjugales, en espérant que l'un d'entre eux ne finira pas par tuer ces victimes toutes désignées ? Ainsi, dans l'hypothèse précédente du majeur protégé ne respectant pas son obligation de jouir paisiblement des lieux loués, diverses conséquences sont susceptibles de résulter d'un tel comportement : l'expulsion de son logement, la destruction de sa santé physique et mentale, le risque d'un abus de faiblesse. L'ordre public de protection ne permet pas en toute occasion de protéger la personne contre elle-même, même en limitant la disposition qu'elle a d'elle-même.

163. La nécessité de limiter la libre disposition de la personne protégée, y compris en matière personnelle, a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agissait du cas d'un homme finlandais, dont l'âge mental avait été évalué entre six et neuf ans, qui voulait à tout prix rejoindre son ancienne famille d'accueil dans une région isolée de la Finlande. Son tuteur avait pris la décision de lui refuser ce déplacement en privilégiant un lieu de villégiature dans sa ville natale où résidaient plusieurs membres de sa famille et où se trouvaient ses lieux de travail, de loisirs ainsi que l'ensemble des intervenants qui l'aidaient au quotidien. Cette décision avait été confirmée par l'intégralité de la hiérarchie judiciaire nationale, avant d'être portée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a considéré que ladite décision était fondée sur des motifs légitimes, et que le refus de déplacement du lieu de vie du majeur concerné était proportionné au but recherché, à savoir son intérêt bien compris car ce dernier n'était pas capable d'embrasser l'intégralité des conséquences de son désir[213]. L'ordre public de protection a bien son rôle à jouer, y compris en matière personnelle.

164. En conclusion, l'ultra-libéralisme personnel ne doit pas faire florès, au détriment du bien-être des personnes protégées. Celles-ci se sentiront parfois frustrées, voire persécutées, mais l'objectif de protection justifie les moyens employés. Dans la majorité des cas, les décisions prises au profit des majeurs protégés le sont en effet dans leur strict intérêt, nonobstant l'avis de la famille ou de la société. Par exemple, le majeur alcoolique et bruyant sera déplacé

[213] CEDH, A-MV contre Finlande, 23 mars 2017, requête n°53251/13, paragraphes 89 à 91.

de logement social en logement social, aux fins qu'il conserve un toit sur la tête, même si cela se fait au détriment de la tranquillité de ses voisins. Le majeur récalcitrant qui met en échec les mesures de suivi malgré plusieurs changements de tuteur ou de curateur verra sa mesure de protection levée, dans le but de le laisser réaliser par lui-même les limites de ses capacités personnelles, ce même si, dans l'entre-deux, il commet des infractions à type de dégradations ou de violences.

165. Le majeur protégé est donc dorénavant au centre du dispositif de protection. La difficulté réside dans l'ajustement de la protection à lui apporter. Finalement, tout se résume dans le faire et le laisser faire. Protéger les majeurs lorsque cela s'avère nécessaire et proportionné à leur état, mais laisser la situation en l'état, voire même se dégrader lorsqu'une intervention dénierait à ces derniers leur statut d'être humain ou que la protection se transformerait en enfermement. Tel est le quotidien d'un juge d'instance en charge des mesures de protection. Quel est celui du juge en charge des hospitalisations forcées ?

B. Les personnes aliénées

166. Le traitement, en France, des personnes atteintes d'une pathologie mentale est une matière dominée par l'ordre public. C'est tout d'abord au nom d'un ordre public de direction que l'intérêt de la société a primé sur celui des patients, justifiant une mise à l'écart de ces derniers dans des conditions d'hygiène physique et mentale déplorables. Une évolution vers un ordre public de protection a toutefois eu lieu (1). Aujourd'hui, l'ordre public de protection des personnes malades d'une part, et le respect de la libre disposition de ces derniers d'autre part, constituent des objectifs concurrents des hospitalisations sous contrainte (2).

1. L'évolution du traitement des personnes aliénées

167. Auparavant, « les fous [étaient] pris en charge dans leur famille, ou dev[enaient] sinon des vagabonds. Après, les pensionnaires [des maisons asilaires] sont de plus en plus enfermés dans des cachots, aux conditions d'hygiène lamentables, surtout les plus « incurables » : les folles incurables [...] qui n'ont pu être sauvées, celles-là sont jetées dans les cachots, dans les basses loges, tout près de la Seine ; elles ne reçoivent l'air et le jour que par le guichet dont la porte est percée, l'atmosphère y est glacée, humide, nauséabonde, leur cou, leur taille, encerclés d'anneaux reliés par des chaînes fixées aux murs, leurs mains, leurs pieds attachés, assises à

même le sol sur de la paille à moitié nues, grelottantes, laissées dans leur crasse au milieu de leurs excréments, de leur puanteur (...) »[214].

168. L'objectif poursuivi par les autorités était alors de cloisonner une frange de la population estimée dangereuse pour la majorité. Face à l'incompréhension des crises psychotiques, l'on réagissait par la mise à l'isolement, sans penser un seul instant à tenter de soigner ces malheureux. C'est donc l'ordre public de direction qui impose sa voix dans le traitement des personnes malades, imposant leur mise à l'écart pour protéger la société des méfaits qu'elles sont susceptibles de commettre. En conséquence, les malades mentaux ne sont pas en mesure de disposer librement d'eux-mêmes mais sont remis entre les mains de représentants de l'Etat. Leur libre disposition est diminuée dans des proportions considérables, écrasée par l'objectif de maintien de l'ordre public de direction.

169. La possibilité du soin, et donc la prise en compte tant d'un ordre public de protection que d'une libre disposition de soi retrouvée, sera envisagée postérieurement à la Révolution Française, sans néanmoins que la situation matérielle des aliénés ne s'améliore de manière visible[215]. Puis, « la création du secteur s'emploiera à rééquilibrer la situation au bénéfice du soin, en déployant une étonnante inventivité en termes de structures extra-hospitalières, supposant dès lors un renversement de paradigme : la psychiatrie ne se contente plus de sécuriser le patient et la société »[216].

170. Actuellement, le traitement des personnes aliénées est centré sur le soin, mais l'intérêt de la société est toujours présent. En effet, si l'hospitalisation sans contrainte est la forme privilégiée de soins[217], le représentant de l'Etat dans le département prononce par arrêté, au vu

---

[214] Élie WINTER, *Pour des soins sans contrainte*, dans Jean-Charles PASCAL et Cécile HAMON (sous la direction de), *Consentement et contrainte dans les soins en psychiatrie*, Doin éditeurs (2014), page 71.

[215] Élie WINTER, *Pour des soins sans contrainte*, dans Jean-Charles PASCAL et Cécile HAMON (sous la direction de), *Consentement et contrainte dans les soins en psychiatrie*, Doin éditeurs (2014), page 73 : « Le développement de la psychiatrie commence par « la crue des internements » avec une progression de plus en plus rapide de 1690 (environ 1500 internés) à 1834 (10 000) jusqu'à 1931 (88 000), également valable en proportion de la population totale (de 0,0007% à 0,21% d'internés). La mortalité des asiles est dramatique : 50% des « insensés » avant la Révolution de 1789, chiffre inchangé dans l'étude sur 18 107 internements au Bon-Sauveur entre 1838 et 1925 ». Voir également Isabelle VON BUELTZINGSLOEWEN, *Les soins contraints en psychiatrie et la question de l'intervention du juge : héritages, enjeux, débats (1838-1990)*, dans Natalie GILOUX, Marion PRIMEVERT (sous le direction de), *Les soins psychiatriques sans* consentement, LEH Edition (2017), pages 51-52 : « L'entre-deux guerres est une période très riche en débats sur l'internement. (...) Quant à la loi de 1838, elle continue de concentrer les attaques. « La loi de 38 n'a pas pour base l'idée de soigner et de guérir des hommes atteints d'une maladie mentale, mais la crainte que ces hommes inspirent à la société. C'est une loi de débarras », écrit Londres qui ajoute un peu plus loin : « la loi de 1938, en déclarant le psychiatre infaillible et tout-puissant, permet les internements arbitraires et en facilite les tentatives [...]. Sous la loi de 1838, les deux tiers des internés ne sont pas de véritables aliénés. D'êtres inoffensifs, on fait des prisonniers à la peine illimitée » ».

[216] Élie WINTER, *Pour des soins sans contrainte*, dans Jean-Charles PASCAL et Cécile HAMON (sous la direction de), *Consentement et contrainte dans les soins en psychiatrie*, Doin éditeurs (2014), page75.

[217] Article L3211-2 du Code de la santé publique.

d'un certificat médical circonstancié, l'admission en soins psychiatriques des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public[218]. Par ailleurs, en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, attesté par un avis médical, le maire arrête, à l'égard des personnes dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes, toutes les mesures provisoires nécessaires, à charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au représentant de l'Etat dans le département qui statue sans délai et prononce, s'il y a lieu, un arrêté d'admission en soins psychiatriques[219]. Des hospitalisations sous contrainte continuent donc d'être décidées. Mais à présent, l'objectif consistant à protéger les tiers se double de celui de protéger la personne malade elle-même contre tout acte auto-agressif qu'elle pourrait commettre. L'ordre public est nommément désigné pour fonder un placement en hospitalisation et protéger contre eux-mêmes les patients aliénés qui ne retrouvent donc pas une totale libre disposition d'eux-mêmes.

171. La dichotomie était auparavant la suivante : soit la personne aliénée demeurait au milieu des siens, qui géraient ses crises, les contenaient au mieux et les acceptaient, sans avoir la capacité de les atténuer ; soit la personne était placée sous l'égide de l'Etat, à l'écart de la société, enfermée et enchaînée, traitée comme un rebus malfaisant. En d'autres termes, l'aliéné était dans un cas contenu avec plus ou moins de succès par ses proches, soit nié par la société dans son existence même. Aujourd'hui, les personnes psychotiques décompensées ou gravement névrosées sont toutes prises en charge par l'Etat de manière bien plus bienveillante, soit par le biais des interventions du secteur, soit par le biais de l'hospitalisation complète. Le soin est au centre du traitement des patients aliénés dont le régime d'admission en hôpital est affilié à un ordre public de protection, en sus d'un ordre public qui reste de direction. Ainsi les intérêts du patient et de la société sont-ils de fait entremêlés de manière si intriquée qu'il est parfois difficile de les départager. Marie-Noëlle VACHERON et Xavier LAQUEILLE l'expliquent par le fait que la société est traversée par deux mouvements contradictoires, consistant d'une part dans la peur du malade mental, la volonté de l'écarter de la vie commune, et d'autre part dans le fait que « l'hospitalisation psychiatrique est perçue comme un enfermement au même titre que l'incarcération »[220]. Par exemple, l'on considère que le soin

[218] Article L3213-1 I du Code de la santé publique.
[219] Article L3213-2 du Code de la santé publique.
[220] Marie-Noëlle VACHERON, Xavier LAQUEILLE, *L'admission en soins psychiatriques sous contrainte : apports et limites de la loi du 5 juillet 2011*, Laennec, 2012/1 (Tome 60), p. 10-23. DOI : 10.3917/lae.121.0010. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-laennec-2012-1-page-10.htm. Voir également, Ana MARQUES, Véronique DAOUD, Laurence STAMATIADIS *et al.*, *La loi du 5 juillet 2011 : protection des usagers ou question de formalité ?*, L'information psychiatrique, 2013/2 (Volume 89), p. 171-177. DOI : 10.3917/inpsy.8902.0171. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-l-information-psychiatrique-

psychiatrique sans consentement, « résulte du postulat selon lequel certains patients ont perdu leur autonomie et donc leur capacité à décider de manière cohérente et efficace, mais aussi que la société se doit de protéger les plus vulnérables de ses membres »[221]. Au soutient de ce raisonnement, demeure indubitablement une once d'ordre public de protection : si la personne anosognosique ne se soigne pas, elle peut représenter un danger pour elle-même et doit donc être soignée, même à l'encontre de sa volonté certes déformée, mais également affirmée.

172. Ainsi, malgré une nette évolution tendant à positionner le soin au centre du traitement des personnes aliénées, la matière demeure dominée par un ordre public de protection venant limiter la libre disposition de soi, en s'appuyant sur l'incapacité du malade à prendre des décisions avisées par lui-même.

2. La prise en charge actuelle des personnes aliénées

173. Un pas supplémentaire vers la prise en considération de la personne malade a été franchi avec l'intervention du juge des libertés et de la détention dans le domaine du soin psychiatrique. Ceci est apparu aux yeux de certains comme une avancée notable dans la prise en compte de l'intérêt individuel des personnes affectées d'une pathologie, et donc dans la prise en compte de leur libre disposition d'elles-mêmes puisque ce magistrat intervient sur le fondement de l'article 66 de la Constitution selon lequel « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Le juge judiciaire vérifie donc que les médecins ne bafouent pas impunément le principe de liberté individuelle et que les limitations imposées à la libre disposition de soi ne sont pas disproportionnées au regard du double objectif de maintien de l'ordre public et de soin des malades.

174. Ce processus est intervenu en deux temps. Le 26 novembre 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré nécessaire l'intervention d'un juge dans les quinze jours de l'admission d'un patient en hospitalisation sans consentement[222]. Il a considéré qu'il résultait

2013-2-page-171.htm : « Plus récemment, les deux tendances coexistent : la sécuritaire, tendant à l'enfermement considéré comme une forme de protection des personnes, mais privilégiant particulièrement la protection de la société ; et celle de défense des droits des usagers, qui veille à éviter les enfermements abusifs ».

[221] Carol JONAS, *Les soins sans consentement : des principes juridiques forts soutenant une éthique pragmatique du soin*, dans Jean-Charles PASCAL et Cécile HAMON (sous la direction de), *Consentement et contrainte dans les soins en psychiatrie*, Doin éditeurs (2014), page 25.

[222] CC, n° 2010-71 QPC, Melle Danièle S. : « 25. Considérant que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que, toutefois, les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai ; qu'en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction

de l'article 66 de la Constitution que « la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ». Il a ajouté qu'il incombait « au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public (...) et, d'autre part, (...) la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée (...) ainsi que la liberté individuelle (...) ». Il a conclu en indiquant que « les atteintes portées à l'exercice de ces libertés d[evaient] être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »[223]. Une fois de plus, les objectifs de sauvegarde de l'ordre public, et à travers ce dernier de l'intérêt de la société d'une part, et celui de garantie des intérêts privés au travers de la liberté d'aller et venir ainsi que de respect de la vie privée d'autre part, s'entremêlent, le juge judiciaire intervenant pour qu'elles ne s'entrechoquent pas mais cohabitent paisiblement.

175. Une loi a conséquemment été élaborée et promulguée le 5 juillet 2011. Elle a notamment permis l'introduction d'un article L 3216-1 dans le Code de la santé publique, selon lequel « la régularité des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV du présent titre [admissions en soins psychiatriques] ne peut être contestée que devant le juge judiciaire. Le juge des libertés et de la détention connaît des contestations » relative à ladite régularité. « Dans ce cas, l'irrégularité affectant une décision administrative (...) n'entraîne la mainlevée de la mesure que s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet ». Le rôle dévolu au juge judiciaire, garant des libertés et susceptible d'ordonner la mainlevée d'une hospitalisation sous contrainte qui s'avèrerait malavisée, paraît essentiel. Le juge intervient donc aux fins de contrôler l'activité médicale et empêcher les médecins d'exercer leur art dans la toute-puissance et en toute impunité. L'autorité judiciaire indépendante devait restaurer le principe de libre disposition de soi au sein de l'univers médical de l'enfermement.

176. Néanmoins, il faut écrire ce qui demeure une évidence : le juge n'est pas un médecin. Il en résulte que ce dernier « n'a pas à évaluer les troubles psychiatriques ni la capacité de consentir ; mais il doit rechercher dans les certificats médicaux et avis motivés si l'existence de

---

de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L. 337 méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution; qu'en outre, ni l'obligation faite à certains magistrats de l'autorité judiciaire de visiter périodiquement les établissements accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux, ni les recours juridictionnels dont disposent ces personnes pour faire annuler la mesure d'hospitalisation ou y mettre fin ne suffisent à satisfaire à ces exigences ; 26. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'aucune disposition législative ne soumet le maintien de l'hospitalisation d'une personne sans son consentement, en application de l'article L. 337 du code de la santé publique, à une juridiction judiciaire dans des conditions répondant aux exigences de l'article 66 de la Constitution; qu'il s'ensuit que cet article doit être déclaré contraire à la Constitution ».

[223] CC, n° 2010-71 QPC, Melle Danièle S., paragraphe 16.

ces troubles et cette impossibilité de consentir aux soins sont bien rapportées »[224]. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle infirmé un arrêt en se fondant sur le fait que le juge d'appel s'était contenté de citer l'existence des certificats médicaux sans en citer le contenu permettant de « constater que la personne hospitalisée souffrait de troubles mentaux compromettant la sûreté des personnes ou portant gravement atteinte à l'ordre public »[225].

177. Le fonctionnement de cette nouvelle alliance entre monde médical et judiciaire ne se fait pas sans heurts. Le magistrat semble se trouver entre les mains des avis donnés par le corps médical, puisqu'il ne peut que s'appuyer exclusivement sur leurs certificats, sans avoir, généralement, dans le dossier, les éléments concrets qui ont amené à l'hospitalisation, tels « les signalements des services sociaux, des services de tutelle en charge des patients, des services de police ou en provenance de l'entourage familial ; alors que fréquemment, à l'origine de l'hospitalisation, il y a un passage à l'acte qui a nécessité l'intervention des pompiers ou des forces de l'ordre »[226]. En outre, avant d'ordonner une mainlevée de l'hospitalisation sous contrainte, le juge devra caractériser une atteinte aux droits de la personne. Or, un flottement jurisprudentiel existe en la matière, en ce que, « pour certains juges, la question est celle de la preuve d'un grief (...) tandis que d'autres estiment que la seule irrégularité affectant l'acte administratif ou la procédure administrative fait nécessairement grief »[227]. Enfin, certains médecins demeurent fort réticents face à cette intrusion judiciaire. Par exemple, les Docteurs Anne PARIAUD-MARTIN et Emmanuel VENET écrivent que « lorsque la décision médicale (et donc le projet thérapeutique) est remise en cause par la décision de mainlevée, il y a un désaveu de la connaissance médicale. Pour moi, psychiatre, forcé de cohabiter avec d'autres « supposés sachant », la leçon d'humilité qui en découle peut avoir un effet édifiant. Mais pour le patient psychotique, ce désaveu risque d'altérer gravement le capital confiance qu'il a placé en son thérapeute et aura un effet délétère sur l'alliance thérapeutique »[228].

178. Nonobstant, le juge ne demeure pas sans ressources puisqu'il a la possibilité d'évaluer par lui-même l'amplitude des dégâts psychiatriques lors de l'audience qui se tiendra devant lui.

---

[224] Marion PRIMEVERT, *Le Rôle du* juge, dans Natalie GILOUX, Marion PRIMEVERT, *Les soins psychiatriques sans consentement*, LEH Edition (2017), page 37.
[225] Civ 1°, 18 mars 2015, n°14-15613.
[226] Blandine FRESSARD, *Approche judiciaire*, dans Natalie GILOUX, Marion PRIMEVERT, *Les soins psychiatriques sans consentement*, LEH Edition (2017), page 143.
[227] Blandine FRESSARD, *Approche judiciaire*, dans Natalie GILOUX, Marion PRIMEVERT, *Les soins psychiatriques sans consentement*, LEH Edition (2017), page 141.
[228] Anne PARRIAUD-MARTIN, Emmanuel VINET, *Regards de psychiatres sur les mainlevées d'hospitalisations sous contrainte*, dans Natalie GILOUX, Marion PRIMEVERT, *Les soins psychiatriques sans consentement*, LEH Edition (2017), pages 156-157. Voir également Marie-Noëlle VACHERON, Xavier LAQUEILLE, *L'admission en soins psychiatriques sous contrainte : apports et limites de la loi du 5 juillet 2011*, Laennec, 2012/1 (Tome 60),

Ceux-ci sont en effet généralement apparents, et ressortent du domaine des hallucinations acoustico-visuelles, ou d'une parole visiblement délirante. En outre, concernant la forme même de la décision, le juge est alors en terrain connu puisque juridique. Finalement, il apparaît que dans le domaine de l'hospitalisation sous contrainte, le juge soit celui de l'évidence : il contrôle, au travers des certificats médicaux, mais également de l'audience, que la folie est bien avérée et le discernement aboli ou sérieusement altéré, que la procédure d'enfermement est procéduralement régulière et qu'elle ne malmène pas outre mesure la libre disposition du malade.

179. Une fois de plus, en ce domaine, l'intérêt de la personne et la sauvegarde de l'ordre public sont entremêlés pour justifier la mise à l'écart plus ou moins temporaire de l'individu aliéné, ce même contre son consentement. Un équilibre a été trouvé par l'inclusion d'une autorité tierce dans le processus médical. Quand bien même le juge n'est pas un médecin, il a son rôle à jouer aux fins de garantir que les droits de la personne aliénée n'ont pas été bafoués de manière manifeste, évidente. Le médecin assume son propre rôle sous le contrôle de l'autorité judiciaire, garante de la libre disposition de soi. Etant entendu que les hospitalisations sous contrainte sont réservées aux cas psychiatriques les plus graves, et qu'elles ne peuvent plus revêtir le caractère de mesure arbitraires, c'est à juste titre que l'ordre public s'arroge le droit de remplacer ponctuellement la volonté de l'individu premier concerné.

180. En conclusion de cette partie, les personnes aliénées ayant un discernement aboli ou gravement altéré par leur pathologie, il est légitime de leur assurer des soins médicaux, même si elles n'en manifestent pas le désir. A l'instar d'un jeune enfant que les adultes doivent protéger et guider, la personne aliénée doit être accompagnée dans un processus de guérison ou au moins de stabilisation de son état. Le domaine des soins psychiatriques est donc sous le double patronage de l'ordre public de protection et de la libre disposition de soi, l'un prévalant sur l'autre en fonction des données particulières de chaque dossier médical.

181. Au terme de cette section, il apparaît que l'ordre public de direction demeure toujours présent en droit des personnes et de la famille, malgré les avancées notables de la libre

p. 10-23. DOI : 10.3917/lae.121.0010. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-laennec-2012-1-page-10.htm : « L'intervention systématique du juge des libertés et de la détention, disposition centrale de la nouvelle loi, vise à offrir au patient les avantages d'une procédure ouverte et d'un débat contradictoire. Mais cette procédure n'a souvent que peu de sens pour des personnes vulnérables, encore envahies par leur pathologie. Beaucoup de patients, non encore stabilisés, ne comprennent pas cette comparution devant le juge et se trouvent déstabilisés par l'audience. Certains ont l'impression d'avoir commis un délit, peut-être celui d'être malade. Le rôle de l'avocat commis d'office est ambigu ; il n'aide pas le patient lorsqu'il s'attache davantage à la sortie d'hôpital qu'à la nécessité des soins ».

disposition de soi en la matière. Les individus sont donc toujours sous son patronage, ce qui se vérifie également dans les domaines où s'applique l'ordre public de protection. Les personnes au discernement incertain doivent en effet être sauvegardées contre les tentatives de spoliation par autrui, mais également contre elles-mêmes. Leur libre disposition s'amenuise mais dans leur intérêt bien compris. Parce qu'elle contrebalance ce mouvement de limitation de la libre disposition de soi, il convient à présent d'étudier la dignité subjective.

SECTION II LA DIGNITÉ SUBJECTIVE, INSTRUMENT DE PROTECTION DE LA LIBRE DISPOSITION DE SOI

182. Dans le droit français, la dignité est devenue le porte-étendard des plus faibles, des laissés pour compte ou des personnes discriminées. Dans cette acception, la dignité quitte la sphère des principes généraux pour se transformer en un véritable droit subjectif que la personne concernée brandit contre autrui aux fins de voir la libre disposition d'elle-même reconnue. L'on recense dans la jurisprudence deux manifestations de la libre disposition de soi soutenue par la dignité subjective : d'une part, la liberté d'agir sans entraves (§1), d'autre part, la protection contre les atteintes à la disposition de soi ou liberté négative (§2).

§1 La liberté positive de disposer de soi

183. Dans la balance entre la libre disposition par la femme de son corps et la sauvegarde de la dignité de l'embryon, c'est la première qui prévaut. C'est ainsi que le Conseil d'Etat refuse de voir une violation du principe de dignité édicté à l'article 16 du code civil, dans l'autorisation de mise sur le marché d'une pilule contraceptive[229].

184. Favorisant également la libre disposition du corps féminin, après l'autorisation de l'interruption volontaire de grossesse sous condition par la loi Veil du 17 janvier 1975, la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 a allongé la période durant laquelle l'I.V.G. est praticable, lorsque la femme se trouve en situation de détresse du fait de son état[230]. Le Conseil Constitutionnel a considéré que « la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la

[229]Conseil d'Etat, 25 avril 2001, n° 216521. Sur cet arrêt, lire Jérôme PEIGNÉ, *Légalité de l'autorisation de mise sur le marché de produits constituant des " pilules du lendemain "*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 23 Janvier 2002, II 10017. Le Conseil d'Etat avait déjà eu à connaître de la pilule dite du lendemain dans une décision du 30 juin 2000, par laquelle il avait annulé une partie du Protocole national sur l'organisation des soins et des urgences dans les écoles et les établissements d'enseignement public locaux d'enseignement, lequel permettait aux infirmières scolaires d'administrer, en cas d'urgence, un contraceptif hormonal aux lycéennes, sans consulter leurs parents (Conseil d'Etat, 30 juin 2000, n°216130).

[230] Article 2212-1 du code de la santé publique.

personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »[231].

185. Les réactions de la doctrine face à cette évolution ont été contrastées. Selon Bertrand MATHIEU, « dans sa décision n° 94-343-344 DC, le Conseil constitutionnel avait implicitement indiqué que le principe de dignité de la personne humaine était un principe absolu. (...) Or, dans la décision [du 27 juin 2001], le Conseil, pour la première fois, concilie le principe de dignité avec celui de la liberté. Le principe de dignité n'est plus alors le principe fondateur des droits fondamentaux, mais un principe éthique mal défini et plastique propre à couvrir toutes les dérives »[232]. Clotilde BRUNETTI-PONS considère que le législateur a fait naître un droit à l'avortement et a ainsi occulté le débat sur la nature juridique de l'embryon[233]. Claude FRANCK affirme de manière neutre que « la Haute Instance admet implicitement mais sûrement que douze semaines après la fécondation, le fœtus n'a pas encore d'existence propre, distincte de celle de la mère. Cette dernière reste donc seule juge de la question de savoir si l'avortement présente un caractère dégradant ou attentatoire à sa dignité. Mais sa liberté à cet égard n'est pleine et entière que si son consentement a été donné en parfaite connaissance de cause »[234]. Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX, Laurence BAGHESTANI-PERREY, Frédéric SAUVAGEOT précisent enfin que la liberté d'avorter « n'est pas entendue comme un droit. En effet, le recours à l'article 2 comme fondement à cette liberté marque la volonté du Conseil de la rattacher à la notion de liberté personnelle qui vise une liberté-autonomie et non une liberté-droit », avant de critiquer la décision du Conseil qui met en balance la dignité avec

[231] Conseil Constitutionnel, décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001, considérant 5. Sur cette décision, lire Christian BYK, *bioéthique -Législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 26, 26 Juin 2002, doctr. 146 ; Claude FRANCK*, Constitutionnalité de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 48, 28 Novembre 2001, II 10635 ; Guylène NICOLAS, *Conformité à la Constitution de la loi allongeant le délai légal d'interruption volontaire de grossesse*, Dalloz 2002, page 1948.

[232] Bertrand MATHIEU, *Une jurisprudence selon Ponce Pilate (constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception),* Dalloz, n° 31 du 13 septembre 2001, page 2336.

[233] Clotilde BRUNETTI-PONS, *Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Droit de la famille n° 11, Novembre 2001, chronique 23.

[234] Claude FRANCK, *Constitutionnalité de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, JCP G, n° 48 du 28 novembre 20111, page 2218.

une liberté, ce qui revient à « accepter, dans certaines conditions, la torture pour protéger les droits fondamentaux d'autres personnes »[235].

186. La loi n° 2014-873 du 04 août 2014 a parachevé l'édifice en supprimant la référence à la "situation de détresse de la femme"[236], ne faisant quoi qu'il en soit qu'avaliser la pratique déjà existante[237]. Il est à présent spécifié dans le texte que la femme peut se faire pratiquer une IVG lorsqu'elle "ne veut pas poursuivre une grossesse". Le Conseil Constitutionnel a estimé que cette modification "ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle"[238]. Il faut cependant tempérer l'apport de la loi de 2014. Cette « modification [quant à l'état de la femme qui souhaite avorter] est conçue comme devant affirmer un véritable droit des femmes à avorter. Est ici reprise la première recommandation d'un récent rapport du Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes. Cet objectif n'est cependant pas totalement atteint. L'évolution est certes symboliquement importante puisqu'elle fonde la liberté d'avorter sur la seule volonté des femmes et non sur une compassion pour leur supposé état de détresse. Mais l'article L. 2211-2

---

235 Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX, Laurence BAGHESTANI-PERREY, Frédéric SAUVAGEOT, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 27 (janvier-juin 2001*), Les Petites affiches, 28 décembre 2001, n°259, page 10.

236 Article L 2212-1 du code de la santé publique : "La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse".

237 Jean-Christophe GALLOUX et Hélène GAUMONT-PRAT, *Droits et libertés corporels février 2014 - février 2015,* Dalloz, 02 avril 2015, n° 13, page 756 : "l'appréciation de la détresse appartient exclusivement à l'intéressée à laquelle nul ne saurait se substituer", avait-il été avancé lors des débats parlementaires d'alors" (JOAN CR 1974, p. 1705)". Dans le même sens, lire Véronique TELLIER-CAYROL*, L'actualité récente de l'interruption volontaire de grossesse*, Gazette du Palais, 11 août 2015, n°223, page 5 : « Déjà en 1975, Simone Veil n'avait accepté qu'à contrecœur cette condition de détresse. Elle s'était opposée aux amendements proposés par la commission des lois qui visaient à faire référence non seulement à « une situation de détresse » mais à « une situation de détresse grave et insurmontable ». Cinq ans plus tard, le 31 octobre 1980, le Conseil d'État rendait à ce sujet un arrêt fondamental, l'arrêt ***Lahache***[4] Il devait répondre à la question de savoir si un établissement hospitalier devait vérifier la « situation de détresse » de la femme enceinte souhaitant avorter. Le commissaire du Gouvernement, Bruno Genevois, s'opposa à cette vérification : « L'état de détresse (…) n'est pas une notion à caractère objectif qui serait soumise à l'appréciation d'un tiers (…). L'état de détresse mentionné dans la loi de 1975 est une notion purement subjective que la femme apprécie souverainement ». Cette position fut consacrée par le Conseil d'État : la femme est seule juge de son état de détresse. En pratique donc, cette suppression de la référence à la situation de détresse ne changera rien. Elle a été justifiée par une crainte d'un retour en arrière (crainte née de l'évolution régressive de certains pays voisins) : en maintenant la condition de situation de détresse, on laissait envisageable un revirement dans le sens d'une appréciation objective de la détresse par un tiers ».

238 Conseil Constitutionnel, décision n° 2014-700 DC, 31 juillet 2014, considérant 4 : "Considérant que la loi du 17 janvier 1975 a autorisé une femme à demander l'interruption volontaire de sa grossesse lorsque « son état » la « place dans une situation de détresse » ; que ces dispositions réservent à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation ; que la modification, par l'article 24, de la rédaction des dispositions de la première phrase de l'article L. 2212-1, qui prévoit que la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut en demander l'interruption à un médecin, ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle ; que, par suite, cet article doit être déclaré conforme à la Constitution ". Pour une lecture critique de cette décision, lire Bertrand MATHIEU, *Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l'IVG*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 37, 8 Septembre 2014, 917 : « De même qu'en 2001, le Conseil avait admis l'allongement de dix à douze semaines du délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse que des garanties légales visant à protéger l'embryon soient supprimées ou limitées, il admet, sans plus de précisions, que la référence à l'état de détresse de la mère soit abrogé. Le contrôle devient alors purement virtuel ».

du code de la santé publique reste inchangé : l'IVG consiste toujours textuellement en une atteinte au respect de la vie, en raison d'une situation « de nécessité » »[239].

187. L'interruption volontaire de grossesse apparaît dorénavant comme une liberté reconnue à chaque femme. Ainsi que l'indique Ruwen OGIEN, "même si on admet que les fœtus sont des personnes, au moins potentiellement, n'est-il pas possible, néanmoins, d'envisager des cas dans lesquels il serait légitime de prendre des mesures pour contrer la menace qu'ils représentent sur l'existence de la mère ou la qualité de sa vie?"[240]. Dans la jurisprudence constitutionnelle, la dignité est finalement contrebalancée par la libre disposition de soi qui lui est jugée supérieure. Elle ne constitue plus le principe supérieur absolu que le législateur avait cru ériger au frontispice de l'édifice bioéthique. A la suite de Stéphane MOUTON, il convient néanmoins de constater que « cette hiérarchie permet d'assurer l'autorité de la dignité de la personne humaine tout en assurant à la législation les conditions de son évolution nécessaire »[241]. C'est parce que la dignité est considérée comme un principe contingent, susceptible d'être limité au nom de la libre disposition de soi qu'il s'adapte aux évolutions de la société, ici à la libération de la femme.

188. Avorter n'est donc plus un acte indigne de l'humanité tant de la femme que de celle en devenir de l'embryon et celle-ci peut ainsi librement disposer de son corps. La législation relative à l'interruption volontaire de grossesse n'épuise cependant pas les hypothèses dans lesquelles la dignité protège l'homme concret dans la libre disposition qu'il souhaite avoir de lui-même.

§2 La liberté négative de disposer de soi

189. La libre disposition de soi serait un vain mot si autrui pouvait agir sur nous en un sens que nous ne souhaitons pas. C'est pourquoi il est primordial de protéger l'homme des atteintes contre sa dignité subjective. C'est en ce sens que la dignité est devenue dans la jurisprudence

---

239 REGINE (Recherches et études sur le genre et les inégalités en Europe), Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n° 2014-873 du 4 août 2014, Dalloz 2014, page. 1895. Pour un commentaire neutre de la loi, lire François TAQUET, *Les nouvelles dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (loi no 2001-588 du 4 juillet 2001)*, Gazette du Palais, n°047, 16 février 2002, page 5.

240 Ruwen OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Grasset (2011), page 173 à 176 et spécialement pages 174-175.

241 Stéphane MOUTON, *La force de la loi : entre déclin et renaissance (à propos de cons. const. 27 juin 2001, 2001-446 DC)*, Droit de la Famille, septembre 2001, page 6. Pour une autre analyse favorable à la position du Conseil constitutionnel, lire Jean-Eric SCHOETTL, La nouvelle législation relative à l'interruption volontaire de grossesse, Les Petites affiches, n°136, 10 juillet 2001, page 25.

une composante de plusieurs crimes (A) et que certains actes commis à l'encontre les personnes privées de leur liberté et donc vulnérables, ont été condamnés (B).

A. La dignité composante des infractions pénales

190. En sus des infractions classées dans le Code pénal au titre des atteintes à la dignité de la personne, et des délits de harcèlement moral et sexuel, la dignité est définie par la jurisprudence comme une composante de l'infraction de viol. La Cour de cassation approuve ainsi une chambre d'accusation d'avoir renvoyé un prévenu devant la Cour d'Assises « en rel[evant] que [celui-ci] aurait imposé à cette jeune femme des rapports sexuels "si attentatoires à sa dignité qu'elle a tenté de se suicider" ; (..) qu'en se prononçant ainsi par des motifs exempts d'insuffisance et de contradiction, la chambre d'accusation a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués »[242]. Les Cours d'appel citent également l'atteinte à la dignité de la victime que constitue le crime de viol[243]. Au titre de l'inventivité judiciaire, la Cour de cassation ainsi que les juridictions du fond retiennent la dignité comme permettant de définir des actes de torture et de barbarie[244].

191. Les juridictions mettent ici en relation le corps violé ou torturé et la perte, par la victime, du sentiment de sa propre dignité, pour faire ressortir le caractère ignominieux de l'infraction et la nécessité de sa sanction. L'acte est tellement avilissant qu'il fait perdre à la victime sa volonté d'appartenir à la société humaine.

192. La Chambre criminelle retient enfin que la dignité est l'un des objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il a défini le délit d'expérimentation biomédicale sur une personne sans son consentement[245]. Le fait de nier aussi totalement que l'individu a une emprise sur son corps est contraire au principe de dignité de la personne humaine.

C'est donc bien la dignité subjective de la victime qui est ici protégée contre les assauts vindicatifs de la personne finalement condamnée. La dignité est également présente dans le régime juridique applicable aux personnes privées de leur liberté.

B. La dignité protectrice des personnes privées de leur liberté

193. Si les personnes condamnées à de l'emprisonnement sont conduites en détention du chef de leur comportement délictueux, elles n'en deviennent pas moins, du fait de la privation de liberté, des individus vulnérables qu'il convient de protéger contre les agissements de leurs codétenus ou de l'Administration pénitentiaire. Le législateur et les juges jonglent donc en

[242] Cour de cassation, Crim, 25 octobre 1995, n° 95-84211. Le 5 septembre 1990, la Cour de Cassation (Crim, n°90-83786) reprend les motifs de la Chambre d'accusation, en énonçant que " l'absence de consentement de la victime est l'élément caractéristique du crime de viol, la loi du 23 décembre 1980 ayant voulu ne considérer que la meurtrissure psychique résultant d'une atteinte à la dignité de la victime, femme mariée ou non "

[243] Par exemple, Crim, 10 janvier 2018, n°17-81314 citant l'arrêt de la Cour d'assises : « les sentiments de peur, de honte, de crainte de ne pas être crue qui les ont empêchées de dénoncer plus tôt les faits dont elles étaient victimes s'analysent comme des obstacles de poids, d'ailleurs couramment décrits par de nombreuses victimes de viols conjugaux, résultant de l'emprise de l'accusé sur elles ainsi que de l'humiliation, de l'avilissement et de la perte de dignité que les actes et le climat de la vie commune avaient induit dans leur esprit ».

[244] La chambre criminelle (22 février 2011, n° 10-88209) reprend, en les approuvant, les motifs retenus par une chambre de l'instruction : « que, le fait d'attacher la victime à un rail, de lui bander les yeux, de lui poser des pinces sur les seins et le clitoris reliées à une chaîne, constitue des actes de torture et de barbarie dépassant de simples violences et occasionnant à la victime une douleur ou une souffrance aiguë, avec la volonté de nier dans la victime la dignité de la personne humaine ». Lire également, Crim 8 avril 2010, n°10-80240 : « qu'en infligeant à Inès B... et à Jennifer A... des brûlures multiples sur leur corps, qui ont laissé des cicatrices ineffaçables, Cyril X... a voulu les marquer à vie, se les approprier comme un objet, les déshumaniser et porter atteinte à leur dignité, en recourant à une pratique proche de l'esclavagisme à laquelle s'ajoute un indéniable plaisir ». Lire également, la chambre criminelle (4 octobre 2017, n°15-80367 17-84516) approuvant la chambre de l'instruction qui avait énoncé que « les tortures et actes de barbarie supposent la démonstration d'une part d'un élément matériel consistant dans la commission d'un ou plusieurs actes de violence d'une gravité exceptionnelle qui dépassent de simples violences et occasionnent à la victime une souffrance aigüe et prolongée, et d'autre part d'un élément moral consistant dans la volonté de nier dans la victime la dignité de la personne humaine ». Lire également Crim 3 novembre 2016, n°15-84000, approuvant la Cour d'Assises d'avoir écrit que « en lui infligeant tous ces traitements inhumains et dégradants, Mme Y... avait clairement la volonté de nier dans Cindy la dignité de la personne humaine (notamment quand elle lui jetait la nourriture dans le sable, la faisait dormir sur le balcon et lui jetait des seaux d'eau glacée à la figure pour la réveiller, l'obligeait à se laver avec de l'eau de javel et une éponge métallique ou encore lui rasait la tête), plaçant ainsi une mineure dans une position d'asservissement et la considérant telle une esclave ». Lire également Crim approuvant la motivation de la chambre de l'instruction, 8 juillet 2015, n°15-82495 : « ces multiples sévices, particulièrement graves et cruels, intentionnellement infligés à la victime, ont dépassé les violences ordinaires, porté gravement atteinte à la dignité de M. Y... et ce d'autant que ces agissements ont été photographiés et filmés, ce qui a entraîné chez l'intéressé une souffrance psychologique particulièrement sévère ; que ces actes sont constitutifs de tortures ou d'actes de barbarie ».

[245]Cour de cassation, chambre criminelle, 24 février 2009, n° de pourvoi 08-84436 : "que l'article 223-8 du code pénal punit le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement préalable, libre, éclairé et exprès de l'intéressé ; que ces exigences sont cumulatives ; que le législateur a voulu protéger l'intégrité physique et la dignité des personnes sur qui des recherches médicales sont pratiquées, en faisant du consentement une décision unilatérale de l'individu libre et éclairée ; que les conditions dans lesquelles le consentement doit être recueilli sont définies par l'article L. 209-9 applicable au moment des faits devenu l'article L. 1122-1-1 du code de la santé publique ; qu'aux termes dudit article « le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers ; ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur " ; qu'il résulte des déclarations mêmes du prévenu que ce dernier a commencé l'application du protocole une heure environ après l'arrivée du patient dans son service, alors même que ce dernier, très affaibli, était manifestement dans l'impossibilité de donner un consentement libre éclairé et exprès ; que Jonas Y... n'a jamais donné son consentement par écrit ; qu'aucun élément du dossier ne permet de démontrer qu'il ait exprimé d'une autre façon son consentement ; qu'en effet, les déclarations, d'ailleurs confuses, de l'externe Bernard Z..., ne peuvent être considérées comme étant celles d'un témoin indépendant ; que le prévenu a pris le risque de ne pas respecter les modalités de recueil du consentement de son patient, en toute connaissance de cause, puisqu'il a tenté en vain les jours suivants d'obtenir un écrit de ce dernier".

permanence entre d'une part la préservation de la dignité des personnes détenues tendant à protéger leur libre disposition d'eux-mêmes et d'autre part l'impératif de sécurité publique.

194. C'est pourquoi la Cour de cassation énonce qu'« il incombe [à l'autorité judiciaire] de veiller, notamment en faisant application des dispositions de l'article 147-1 du code de procédure pénale, à ce que la privation de liberté, durant laquelle la qualité et la continuité des soins sont garanties dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficie l'ensemble de la population, soit mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne et reste en toutes circonstances exempte de tout traitement inhumain ou dégradant »[246] . De même, précise-t-elle qu' « il appartient à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, de veiller à ce que la privation de liberté des personnes détenues soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne, et de s'assurer que cette privation de liberté, dont les modalités sont adaptables à la personnalité et à l'état de santé du mis en examen, est exempte de tout traitement inhumain ou dégradant, la prise en compte de l'état mental des détenus étant assurée en application de l'article L. 3214-1 du code de la santé publique »[247]. Elle estime néanmoins que la nécessité de se voir prodiguer des soins en détention n'est pas attentatoire à la dignité de la personne incarcérée[248]. Il en va de même de la détention provisoire d'un individu affecté de la double pathologie de surdité et de mutisme[249]. Dans les deux derniers arrêts cités, La Cour de cassation privilégie donc l'impératif de sécurité, après avoir rappelé dans les deux

[246] Crim, 9 janvier 2018, n°17-86231. Dans le même sens, Crim, 22 février 2017, n°16-87270 et Crim, premier février 2017, n°16-86691.
[247] Crim, 30 septembre 2014, n°14-84638.
[248] Voir par exemple, Crim, 12 juin 2018, n°18-81928 : « Attendu que, pour infirmer la décision de placement sous contrôle judiciaire et placer M. Z... en détention provisoire, la chambre de l'instruction (…) énonce que le fait de devoir bénéficier de soins en détention n'est pas, par nature, contraire à la dignité ; (…) Attendu qu'en statuant ainsi, et dès lors qu'elle a apprécié, au vu des éléments communiqués, sans insuffisance ni contradiction, que l'état de santé du mis en examen n'était pas incompatible avec le placement en détention provisoire (…), la chambre de l'instruction a justifié sa décision ».
[249] Crim, 24 octobre 2018, n°18-84545 : « Attendu que, pour confirmer l'ordonnance entreprise et répondre aux termes du mémoire déposé par l'avocat du mis en examen, qui soutenait qu'au regard des dispositions de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le placement en détention provisoire de ce dernier, compte tenu de son niveau de handicap et de vulnérabilité, constituait en soi un traitement inhumain ou dégradant, l'arrêt attaqué relève que selon les éléments d'information recueillis par le ministère public auprès de la direction de l'établissement pénitentiaire, auxquels l'avocat de l'appelant a pu avoir accès car figurant au dossier, sur les conditions de détention de M. X..., celui-ci a été placé en cellule avec un détenu calme d'un profil proche du sien, n'a pas manifesté la volonté de travailler ni de pratiquer une activité sportive, se rend régulièrement en promenade et ne pose pas de réel problème de prise en charge ; Attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, la chambre de l'instruction, qui a effectué les vérifications nécessaires sur la compatibilité de la détention du mis en examen avec la situation physique et mentale dont souffre l'intéressé au regard des exigences de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, a pu conclure que le placement en détention provisoire de M. X... ne porte pas atteinte à sa dignité ».

premiers arrêts, la nécessité de respecter la dignité des détenus, spécialement de ceux souffrant d'une pathologie physique ou psychiatrique.

195. Quant au Conseil d'Etat, il affirme dès le 6 décembre 2013 que « tout prisonnier a droit à être détenu dans des conditions conformes à la dignité humaine, de sorte que les modalités d'exécution des mesures prises ne le soumettent pas à une épreuve qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention ; qu'en raison de la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de leur vulnérabilité, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements eu égard aux exigences qu'impliquent le maintien de la sécurité et du bon ordre dans les établissements pénitentiaires, la prévention de la récidive et la protection de l'intérêt des victimes »[250].

196. « Pour résumer, « cette appréciation dépend de deux séries de facteurs. Les premiers ont trait à la plus ou moins grande vulnérabilité du prisonnier : son âge, son état de santé, sa personnalité, son handicap. Les seconds ont trait à la gravité des manquements et aux conditions dans lesquelles ils ont été commis, en tenant notamment compte du fait que l'administration doit veiller à garantir la sécurité de l'établissement, éviter les évasions » (concl. L. Dutheillet de Lamothe, CE 16 mars 2018, n° 407857, AJDA 2018. 1430). La faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat est caractérisée dès qu'une atteinte à la dignité est constatée »[251]. L'ordre public de direction attaché à la détention l'emporte, mais à la condition que la santé physique et mentale du détenu soit préservée. La privation de liberté ne s'accompagne donc pas d'un renoncement aux droits fondamentaux essentiels. La jurisprudence vient rappeler ici l'importance du respect de la dignité de la personne, en toutes circonstances.

197. Le Conseil d'Etat affine enfin son appréciation dans un arrêt du 13 janvier 2017, en affirmant que « les conditions de détention s'apprécient au regard de l'espace de vie individuel réservé aux personnes détenues, de la promiscuité engendrée, le cas échéant, par la sur-occupation des cellules, du respect de l'intimité à laquelle peut prétendre tout détenu, dans les limites inhérentes à la détention, de la configuration des locaux, de l'accès à la lumière, de l'hygiène et de la qualité des installations sanitaires et de chauffage. Seules

[250] CE, 6 décembre 2013, n° 363290, *Thévenot*. Dans le même sens, CE, 3 décembre 2018, n°412010 ; CE 21 juin 2017, n°402379.
[251] Yannick FAURE, Clément MALVERTI, *Conditions indignes de détention : le prix du temps*, AJDA 2019, page 279.

des conditions de détention qui porteraient atteinte à la dignité humaine, appréciées à l'aune de ces critères (…), révèlent l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique. Une telle atteinte, si elle est caractérisée, est de nature à engendrer, par elle-même, un préjudice moral pour la personne qui en est la victime »[252].

198. De la même manière et dès le 26 octobre 2000, la Cour européenne des droits de l'homme énonce que « l'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis »[253]. « Une analyse plus fine de la jurisprudence permet néanmoins de dégager un critère purement factuel : 3 m^2 apparaissent comme le standard minimum en deçà duquel une violation de l'article 3 est quasi automatiquement constatée (…) Lorsque l'insuffisance d'espace est moins sévère (entre 3 et 4 m^2) et que la surpopulation n'est pas importante au point de soulever, pour la Cour, à elle seule un problème sous l'angle de l'article 3, cette dernière intègre d'autres aspects des conditions matérielles de détention pour apprécier la conformité d'une situation donnée à l'article 3 de la Convention, tels que l'impossibilité de bénéficier d'une douche plus d'une fois par semaine, l'absence de ventilation dans la cellule, l'absence de lumière naturelle, le manque de facilités sanitaires ou encore l'absence totale d'intimité »[254].

199. Puis, le 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que « les mesures privatives de liberté s'accompagnent inévitablement de souffrance et d'humiliation. S'il s'agit là d'un état de fait inéluctable qui, en tant que tel et à lui seul n'emporte pas violation de l'article 3 de la Convention, cette disposition impose néanmoins à l'État de s'assurer que toute personne est détenue dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités de sa détention ne la soumettent pas à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à une telle mesure et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, sa santé et son bien-être sont assurés

[252] CE, 13 janvier 2017, n°389711. Sur cet arrêt, lire Julia SCHMITZ, *Responsabilité de l'Etat en raison de conditions de détention*, AJDA 2017, page 637.
[253] CEDH, affaire *Kudla contre Pologne,* 26 octobre 2000, n°30210/96, paragraphe 94.
[254] Jean-Paul CÉRÉ, Le contrôle des conditions matérielles de détention. Une protection efficace du droit européen?, AJ pénal 2018, page 336.

de manière adéquate (...) »[255]. Il s'agit là d'une formulation constante que l'on retrouve dans d'autres affaires où les conditions de détention ont été jugées indignes[256], formulation qui a d'ailleurs été reprise par la Cour de cassation[257]. Sous le couvert de la protection de la dignité, c'est bien la libre disposition de soi qui est reconnue, et dont l'intégrité doit être préservée, nonobstant l'existence d'une incarcération. Les détenus doivent en effet disposer d'un espace vital minimum, avoir accès à des conditions d'hygiène satisfaisantes…, en définitive voir leurs besoin physiques vitaux reconnus. Or, ces derniers constituent bien le fondement sur lequel s'érige la libre disposition de soi.

200. Par ailleurs, à titre de garantie supplémentaire de la protection de la libre disposition de soi, le caractère fautif des faits reprochés à la personne détenue est susceptible de faire l'objet d'un contrôle de qualification juridique de la part du juge de cassation. Le Conseil d'Etat invalide par exemple la sanction disciplinaire retenue par les juges du fond au motif que ces derniers avaient pris en considération le comportement du détenu depuis le début de son incarcération alors que cet élément ne devait être pris en compte que pour la détermination du quantum de la sanction disciplinaire[258]. Sous le contrôle du juge de la cassation, les personnes

[255] CEDH, 26 juin 2014, n°2134/12 et 2161/12, paragraphe 42. La Cour européenne en tire notamment pour conséquence que « le manque de soins médicaux appropriés, et, plus généralement, la détention d'une personne malade dans des conditions inadéquates, peut en principe constituer un traitement contraire à l'article 3. (…) En l'espèce, (…) la Cour estime que la détention d'une personne handicapée dans un établissement où elle ne peut se déplacer et en particulier quitter sa cellule, par ses propres moyens constitue un « traitement dégradant » au sens de l'article 3 de la Convention » (CEDH Vincent contre France, 24 octobre 2006, n°6253/03).

[256]Voir notamment *Jeronovičs c. Lettonie*, premier décembre 2009, requête n° 547/02, paragraphes 37 à 39 : « le Gouvernement ne conteste pas qu'après son arrivée à la prison de Daugavpils, le requérant fut enfermé dans une cellule extrêmement exiguë (mesurant environ 1,5 m²), dépourvue de fenêtres, d'installations sanitaires et de meubles, sauf une banquette sur laquelle il dut rester assis pendant cinq heures sans pouvoir dormir, et ce, malgré le fait d'avoir été réveillé à 2 heures du matin. Le 4 mai 2005, avant son retour à la prison de Grīva, il passa environ huit heures dans cette même cellule (d'environ 19 heures à 3 heures du matin). (...)Le deuxième épisode dénoncé par le requérant a eu lieu en octobre 2005, lorsqu'il fut transféré de la prison de Daugavpils où il était alors détenu, à l'audience de la cour régionale de Latgale qui se trouve à Rēzekne. Le requérant a d'abord été enfermé dans la même cellule d'isolement de la prison de Daugavpils que celle visée au paragraphe précédent. Il y a passé environ dix-sept heures sans pouvoir dormir ni manger, puis transféré à la cellule d'isolement provisoire de Rēzekne où il a dû attendre l'audience de la cour régionale. (...)En outre, le Gouvernement n'a pas démenti l'assertion du requérant selon laquelle il a été privé de nourriture et de sommeil pendant vingt-sept heures de suite (...).En résumé, la Cour estime que, même si leur durée a été relativement courte, les conditions critiquées par le requérant étaient objectivement de nature à porter atteinte à la dignité du requérant et lui inspirer un sentiment d'humiliation. Certes, rien n'indique une intention quelconque, de la part des autorités pénitentiaires lettonnes, d'humilier ou de rabaisser le requérant. Toutefois, le manque d'une telle intention ne saurait passer pour décisif pour dire si le seuil minimum de gravité caractérisant un traitement contraire à l'article 3 de la Convention a été atteint ».

[257] Crim, 9 janvier 2018, n°17-86231 : « qu'il appartient à l'autorité judiciaire de veiller, notamment en faisant application des dispositions de l'article 147-1 du code de procédure pénale, à ce que la privation de liberté, durant laquelle la qualité et la continuité des soins sont garanties dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficie l'ensemble de la population, soit mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne et reste en toutes circonstances exempte de tout traitement inhumain ou dégradant ».

[258] Conseil d'Etat, 15 décembre 2017, n°403701.

détenues bénéficient donc d'une protection ténue contre les agissements de tiers, au nom de la protection de leur dignité.

201. Enfin, alors qu'en vertu de l'article R 57-7-81 du Code de procédure pénale, « les personnes détenues ne peuvent être fouillées que par des agents de leur sexe et dans des conditions qui, tout en garantissant l'efficacité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine », une fouille intégrale avant les parloirs peut néanmoins être autorisée en fonction du profil, plus ou moins dangereux de la personne concernée[259]. Il en va de même du menottage pendant un examen médical[260]. C'est donc ici l'impératif d'ordre public de direction qui l'emporte sur la libre disposition de leurs corps par les personnes détenues.

202. A rebours de cette jurisprudence nationale, la Cour européenne des droits de l'homme considère que « s'agissant spécifiquement de la fouille corporelle des détenus, la Cour n'a aucune difficulté à concevoir qu'un individu qui se trouve obligé de se soumettre à un traitement de cette nature se sente de ce seul fait atteint dans son intimité et sa dignité, tout particulièrement lorsque cela implique qu'il se dévêtisse devant autrui, et plus encore lorsqu'il lui faut adopter des postures embarrassantes (...).(...) Les fouilles corporelles doivent, en sus d'être « nécessaires » pour parvenir à l'un de ces buts [la sécurité dans une prison, la défense de l'ordre, la prévention des infractions], être menées selon des « modalités adéquates », de manière à ce que le degré de souffrance ou d'humiliation subi par les détenus ne dépasse pas celui que comporte inévitablement cette forme de traitement légitime. A défaut, elles enfreignent l'article 3 de la Convention »[261]. En l'espèce, la Cour considère que les fouilles, qui ont eu lieu plusieurs fois par jour, pendant plus d'un jour, sans qu'elles n'aient eu pour but la sécurité dans une prison, la défense de l'ordre, la prévention des infractions, « ont pu provoquer chez le requérant un sentiment d'arbitraire, d'infériorité et d'angoisse caractérisant un degré d'humiliation dépassant celui – tolérable parce que inéluctable – que comporte inévitablement la fouille corporelle des détenus »[262]. La violation de l'article 3 est donc caractérisée et la libre disposition de soi protégée.

203. La dignité est également utilisée aux fins de protection des personnes gardées-à-vue, similairement privées de leur liberté. Le 10 janvier 1995, la Cour de cassation avance que "les énonciations de l'arrêt attaqué [la] mettent en mesure de s'assurer que la chambre d'accusation,

[259] Conseil d'Etat, 06 juin 2013, n° 368875 ; Conseil d'Etat, 08 décembre 2000, n° 162995.
[260] Conseil d'Etat, 15 octobre 2007, n° 281131.
[261] *EL SHENNAWY c. France*, 20 janvier 2011, Requête n° 51246/08, paragraphes 36 et 38.
[262] *Ibidem*, paragraphe 46.

par des motifs exempts d'insuffisance ou de contradiction, et répondant aux articulations essentielles des mémoires dont elle était saisie, a caractérisé les traitements humiliants infligés à une personne gardée à vue et les atteintes portées à la dignité humaine par Gilbert Y... et Jean D... ", la personne mise en cause ayant été interrogée par les officiers de police judiciaire alors qu'elle se trouvait nue au centre de la pièce. La Cour de Cassation confirme donc l'interdiction d'exercer les fonctions d'officier de police judiciaire et celles de délégué du juge d'instruction pendant une période d'une année sur l'ensemble du territoire national, prononcé par la Chambre d'accusation à l'encontre des représentants des forces de l'ordre concernés[263]. A l'inverse, la Cour de cassation reconnaît que « pour écarter le moyen de nullité pris de l'incompatibilité avec la dignité humaine de la garde à vue et de la rétention, dans l'attente de sa comparution devant le tribunal, de M. X..., l'arrêt attaqué énonce que le prévenu a bénéficié de quatre examens médicaux successifs, ainsi que des soins appropriés, et que les médecins requis ont tous attesté de ce que la poursuite de sa garde à vue était compatible avec son état de santé ; attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées »[264]. Il s'agit donc, une fois de plus, de trouver un équilibre entre l'ordre public de direction et la libre disposition de soi.

204. Au terme de cette section, il apparaît que la dignité subjective constitue un rempart contre les agissements fratricides des tiers. Elle permet en effet soit d'agir conformément à son désir, telle la femme qui décide de ne pas mener sa grossesse à terme pour des raisons qui lui appartiennent, soit de ne pas être abaissé à un rang inférieur à l'Humanité, ce qui constitue la raison d'être notamment des infractions pénales à caractère sexuel ou du régime de droit applicable aux personnes détenues.

205. En conclusion de ce chapitre, un équilibre a été trouvé pour respecter la libre disposition de soi, entre un ordre public classique qui continue d'encadrer celle-ci et une dignité subjective qui la protège contre les assauts hostiles des tiers. Tant le législateur que les juges jonglent avec d'une part la nécessité de limiter la libre disposition de soi pour que vive la cohésion sociale et d'autre part l'urgence constante de rappeler l'égale humanité de chacun pour que la libre disposition de soi puisse être sauvegardée.

206. Ceci explique que les éléments de la vie privée des individus – vie familiale, état civil- demeurent sous le contrôle, certes tempéré, de l'ordre public de direction et que les personnes au discernement incertain ne se voient pas reconnaître une totale libre disposition d'elles-

[263] Cour de cassation, Crim, 10 janvier 1995, n° 94-82198.
[264] Crim, 19 mars 2014, n°13-82810.

mêmes au égard à leur vulnérabilité. Ici, ce sont bien des motifs d'ordre public qui génèrent ces solutions pour que l'unité sociale soit préservée. Dans le même temps, les individus doivent se voir reconnaître un espace de respiration et de protection contre les agissements des tiers ou de l'Etat. C'est ici qu'intervient la dignité subjective pour soutenir les libertés positive et négative de disposer de soi. Chaque femme peut dorénavant avorter, dans les limites temporelles fixées par la loi, tandis que les victimes de crimes odieux voient leur détresse reconnue par le juge pénal et que les personnes détenues ne se voient pas privées de leurs droits fondamentaux.

207. Il convient à présent d'examiner le sort de la libre disposition de soi laissée entre les seules mains de l'ordre public classique.

CHAPITRE II

L'ÉCHEC DE l'ORDRE PUBLIC CLASSIQUE LIVRÉ À LUI-MÊME

208. Il a déjà été écrit que la société est devenue à la fois hyper-individualiste et dominée par l'économie néo-libérale. De cette double influence, sont nées des volontés qui refusent la limitation de leurs désirs. C'est ainsi que les athlètes continuent de se doper, malgré les tentatives de répression de l'ordre public sportif, ce aux fins de contenter leur propre désir de gloire financière et personnelle, ainsi que celui des spectateurs qui réclament un spectacle toujours renouvelé. Il en va de même des consommateurs de stupéfiants qui refusent de cesser leur usage illicite, malgré les obligations judiciaires de soin dont ils font l'objet. Or, face à ces extrémismes individuels, l'ordre public est démuni. L'ultime solution réside dans la mise à l'écart de la société par l'exclusion du sportif dopé de sa ligue et par l'emprisonnement du consommateur régulier de stupéfiants. Il n'en demeure pas moins que cette privation de liberté ne saurait être infinie et qu'à leur sortie du purgatoire social, ces résistants d'un nouveau genre peuvent réitérer exactement le même comportement illégal. Ceci explique que, contrairement à ce qui a été étudié dans le premier chapitre, l'ordre public de direction soit ici mis en échec par le jeu des volontés individuelles.

209. Par ailleurs, l'ordre public de protection demeure nécessaire dans la société actuelle, où peu gardent encore en ligne de mire l'intérêt général. Dans cette jungle nouvelle, l'ordre public doit intervenir pour protéger les personnes économiquement démunies qui ne peuvent défendre à elles-seules leurs intérêts matériels. Si l'on s'est intéressé, dans le premier chapitre, aux personnes qui nécessitaient une protection du fait de l'altération de leurs facultés intellectuelles, il s'agit à présent de se pencher sur le cas des individus qui sont en possession de toutes leur faculté de discernement, mais qui éprouvent des difficultés dans la gestion de leur budget et se retrouveraient, de ce fait, mis au banc de la société si l'ordre public n'intervenait pas en leur faveur. La protection de l'ordre public n'aura néanmoins pas lieu à tout prix, et en tout cas pas en faveur des individus de mauvaise foi, qui tentent de tourner les règles protectrices du système à leur unique profit. Ici également, l'ordre public est potentiellement mis en échec par cette minorité de personnes auto-centrées qui ne respectent pas l'Etat de droit. Ceux qui appliquent

les lois n'ont en conséquence d'autre solution que d'exclure ces passagers clandestins du mécanisme protecteur de l'ordre public, et de les renvoyer à leurs propres responsabilités.

210. Il conviendra en conséquence d'étudier les mécanismes à l'œuvre dans le débordement de l'ordre public de direction (section I), avant de s'intéresser aux difficultés que rencontrent l'ordre public de protection face aux passagers clandestins (section II).

SECTION I L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION SUBMERGÉ PAR LES VOLONTÉS INDIVIDUELLES

211. Un paradoxe réside dans le fait que l'ordre public a pour fonction, aux fins de protéger les libertés, de les limiter. Une liberté sans entraves ne génère que du chaos social et personnel, peu propice au développement des droits et libertés fondamentaux. La liberté doit donc trouver des frontières indépassables. C'est de cette manière que l'ordre public, notion mouvante et adaptable, permet de maintenir une certaine cohésion sociale qui ne nie pas pour autant la réalité des désirs individuels.

212. Face audit ordre public se trouve en effet l'immensité du désir humain qui ne recherche que sa propre satisfaction. Or, force sera de constater dans cette section que l'ordre public rencontre ici les propres limites de son action car si les individus sont prêts à supporter toutes les conséquences judiciaires de leurs comportements illégaux, rien ne peut les empêcher de disposer librement d'eux-mêmes.

213. Deux exemples seront considérés permettant de démontrer que la libre disposition peut défaire l'ordre public classique. La première illustration concerne le droit du sport qui tente de mener une bataille contre le dopage, bataille perdue d'avance car l'ordre public n'est pas le levier adapté à la matière. Il est en effet tout bonnement renversé par les volontés individuelles dédiées à la compétition et en conséquence à la libre disposition de soi (§1). Le deuxième exemple sera emprunté à un bastion de l'ordre public de direction, le droit pénal, dans le domaine particulier des obligations de soins. Il y sera démontré que la législation est impuissante à canaliser la libre disposition de soi des consommateurs de stupéfiants, bien décidés à ne pas se départir de leur addiction (§2).

§1 L'ordre public sportif

214. « La définition du dopage c'est administrer des aides artificielles à la performance, autrement dit repousser les seuils naturels d'aptitudes, de capacités. C'est tout simplement l'une

des définitions de la médecine : intervenir sur la nature grâce aux connaissances acquises et accumulées, pour ne pas la laisser faire, ou pour l'améliorer. Au-delà, c'est tout simplement la définition même de l'activité humaine, c'est tout simplement par quoi l'on peut définir l'activité de l'homme – dont la culture, le travail et la connaissance tendent à modifier la nature. Voilà pourquoi la question du dopage est difficile à conceptualiser. La lutte antidopage nous oblige tout à coup à récuser ce qui nous apparaît comme le destin de l'homme sur terre et est le sens propre de son activité, par quoi l'on définit souvent son humanité : ne pas laisser faire la nature »[265].

215. Si l'ordre public sportif s'affine et se renforce (A), il demeure impuissant à endiguer le phénomène du dopage dans les spectacles sportifs, tout simplement parce qu'il n'est pas le remède adapté au problème (B). La libre disposition du corps des sportifs triomphe des impératifs d'ordre public, non pas parce qu'elle correspond au destin de l'Humanité, ainsi que l'écrit Paul YONNET, mais parce qu'elle correspond aux idoles de la société contemporaine que sont l'hyper-compétition et la productivité à tout crin.

A. La répression du dopage :

216. L'ordre public s'est véritablement déployé au cours des années aux fins d'encadrer la libre disposition du corps des sportifs qui continuent de se doper pour atteindre des performances toujours plus impressionnantes à destination du public du sport spectacle. Au vu du panel des mesures existantes dans le cadre de la lutte contre le dopage, l'on pourrait penser de prime abord que l'ordre public triomphe de la libre disposition de soi engagée dans un processus destructeur de consommation à haute dose de substances toxiques pour atteindre une gloire éphémère.

217. Sont ainsi constitués, chaque année, des « groupes cibles », soumis à des exigences particulières. Ceux-ci doivent fournir des renseignements précis et actualisés sur leur localisation[266], aux fins de pouvoir être, si nécessaire, contrôlés. « Dans une notice destinée aux sportifs, il est précisé que le sportif doit préciser sa localisation tous les jours et les endroits

[265] Paul YONNET, *Huit leçons sur le sport*, Editions Gallimard (2004), page 219. Lire également Patrick LAURE, *La prévention du dopage et des conduites dopantes : le rocher de Sisyphe*, Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem, 2011/1 (N° 5), p. 159-177. DOI : 10.3917/ccgc.005.0159. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-les-cahiers-du-centre-georges-canguilhem-2011-1-page-159.htm : « « Avec l'invocation des puissances divines ou magiques, la consommation de substances compte parmi les plus anciens moyens de l'homme pour améliorer ou préserver ses performances physiques, mentales, voire sociales. Les plantes aux vertus stimulantes constituent l'essentiel de l'arsenal destiné, depuis la nuit des temps, à répondre au mieux à ses besoins fondamentaux ».

[266] Article L 232-15 du Code du sport.

où il dort. Il est donc fortement conseillé au sportif même en vacances de ne pas découcher au dernier moment… et d'avoir une vie soigneusement programmée à l'avance. (…) Le sportif doit mentionner une plage de contrôle de 60 min par jour comprise entre 6 h du matin et 11 h du soir. De surcroît, il doit mentionner la nature des activités qu'il mène… »[267]. Les sportifs ne disposent donc plus librement d'eux-mêmes lorsqu'ils font partie d'un groupe-cible puisque leur emploi du temps est exposé aux autorités de contrôle du dopage.

218. En outre, s'« il existe à l'encontre [du sportif] des soupçons graves et concordants qu'il a contrevenu ou va contrevenir aux dispositions du présent chapitre [lutte contre le dopage], ainsi qu'un risque de disparition des preuves »[268], un contrôle peut avoir lieu, au domicile de l'athlète, entre 23 heures et 6 heures du matin, aux fins de prélèvement d'échantillons. Aux termes de ce même article du Code du sport, les opérations de contrôle doivent être effectuées dans le respect de l'intimité du sportif et doivent être proportionnées « entre les atteintes portées aux droits du sportif et les enjeux de la lutte contre le dopage en termes de loyauté des compétitions et de protection de sa santé ». Ceci paraît constituer un vœu pieux, dans la mesure où l'intrusion en pleine nuit du personnel d'une autorité anti-dopage est difficilement compatible avec le respect de la vie privée englobant le respect du domicile. Tout aussi peu protecteur de la vie privée du sportif est le consentement, dont la liberté est sujette à caution, que celui-ci a dû donner préalablement au contrôle nocturne[269]. Ici encore, l'impératif d'ordre public l'emporte sur la libre disposition de soi du sportif qui est dans l'obligation d'accueillir en pleine nuit les agents chargés de le contrôler.

219. Nonobstant cette limitation de la libre disposition de soi, le Conseil d'Etat a validé l'existence des groupes-cibles aux doubles motifs que la liberté d'aller et venir était préservée et que l'atteinte à l'intimité de la vie privée était justifiée par l'importance de la lutte contre le dopage[270]. « Pour le formuler simplement, cela fait partie du statut de sportif et c'est un choix

---

[267]Jean-Christophe LAPOUBLE, *Le suivi à la trace : les contraintes des sportifs appartenant aux groupes cibles,* Movement & Sport Sciences, 2016/2 (n° 92), p. 15-19. DOI : 10.1051/sm/2015010. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-movement-and-sport-sciences-2016-2-page-15.htm

[268]Article L 232-14-1 du Code du sport.

[269]Article L 323-14-2 du Code du sport.

[270]Conseil d'Etat, 18 décembre 2013, n°364839 : « considérant que en premier lieu, que les dispositions précédemment citées du code du sport, relatives aux obligations imparties aux sportifs désignés dans le groupe " cible ", ne portent atteinte ni à la liberté d'aller et venir ni à la liberté de circulation garantie par l'article 2 du protocole additionnel n° 4 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'elles encadrent strictement la détermination des lieux dans lesquels les contrôles sur les sportifs appartenant au groupe " cible " peuvent être diligentés ainsi que les périodes et horaires durant lesquels ces contrôles peuvent être effectués ; qu'elles excluent que les contrôles puissent avoir lieu au domicile des sportifs hors leur consentement ; (…) que, si le dispositif ainsi défini se révèle contraignant pour ces sportifs, notamment en les soumettant à l'obligation de fournir des renseignements précis et actualisés sur leur localisation, les dispositions législatives en cause sont justifiées par les nécessités de la lutte contre le dopage, qui implique notamment de pouvoir diligenter

de madame Longo que de faire du cyclisme de haut niveau »[271]. Saisie à son tour, la Cour européenne des droits de l'homme[272], tout en ne sous-estimant pas « pas l'impact que les obligations de localisation ont sur la vie privée de la requérante », estime que les objectifs tenant à la protection de la santé ainsi que des droits et liberté d'autrui[273] justifient les atteintes portées à la vie privée de l'athlète.

220. Par ailleurs, un contrôle inopiné peut avoir lieu, en journée, que le sportif fasse ou non partie d'un groupe cible, « dans tout lieu, y compris le domicile du sportif, permettant de réaliser le contrôle dans le respect de la vie privée du sportif et de son intimité »[274], ce sans qu'aucun

---

des contrôles inopinés afin de déceler efficacement l'utilisation de certaines substances dopantes qui peuvent n'être décelables que peu de temps après leur prise alors même qu'elles ont des effets plus durables ; que ces dispositions ne portent ainsi au droit au respect de la vie privée et familiale des sportifs concernés, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que des atteintes nécessaires et proportionnées aux objectifs d'intérêt général poursuivis par la lutte contre le dopage, notamment la protection de la santé des sportifs ainsi que la garantie de l'équité et de l'éthique des compétitions sportives ». Sur cet arrêt, lire Centre de droit et d'économie du sport, « Droit du sport », Dalloz 2014, page 396.

[271] Eric PECHILLON, *Le sportif surhomme et sous citoyen : faut-il renoncer à sa liberté individuelle pour faire du sport de compétition ?*, Movement & Sport Sciences, 2016/2 (n° 92), p. 5-13. DOI : 10.1051/sm/2015009. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-movement-and-sport-sciences-2016-2-page-5.htm.

[272] CEDH, *Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS) et autres contre France*, 18 janvier 2018, n° 48151/11 et 77769/13. Sur cette décision, lire Jean-Marc PASTOR, *La lutte contre le dopage peut s'immiscer dans la vie privée des sportifs – Cour européenne des droits de l'homme 18 janvier 2018*, AJDA 2018, page 135 ; Thomas VIALLA et François VIALLA, *Respect de la vie privée (dopage des sportifs) : conformité de l'obligation de localisation – Cour européenne des droits de l'homme 18 janvier 2018*, Dalloz 2018, page 1424 ; Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les obligations de localisation des sportifs au nom de la lutte antidopage sont compatibles avec la Convention*, Gazette du Palais 2018, n°9, page 34. Pour une approche critique de cette jurisprudence, lire Jean-François RENUCCI, *Efficacité des contrôles antidopage et respect des droits fondamentaux* : la quadrature du cercle ?, Dalloz 2018, page 1424 : « malgré la pertinence de l'argumentation européenne, il est difficile de lever tout doute à cet égard, ce qui pose problème. L'atteinte à la vie privée est réelle et l'on peut déplorer qu'en l'espèce les juges européens aient quelque peu délaissé l'analyse des situations personnelles des requérants, alors pourtant que l'interprétation *in concreto* s'impose à eux et que cela aurait permis de mettre en lumière une certaine disproportion entre l'atteinte aux droits et le but poursuivi. Le déplacement ainsi opéré par les juges européens sur le terrain des seules garanties procédurales est réducteur ». Dans une approche critique Frédéric SUDRE, *Priorité au contrôle antidopage sur la vie privée du sportif*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 8, 19 Février 2018, 225 : « La légitimité de la lutte antidopage ne se discute pas mais on ne peut nier que l'obligation de localisation emporte des restrictions très sévères au droit au respect de la vie privée et du domicile des sportifs du groupe cible. La Cour en convient, d'ailleurs, puisqu'elle « ne sous-estime pas l'impact » qu'a cette obligation sur la vie privée des requérants. Mais en énonçant que « toutefois » ces restrictions sont rendues nécessaires par « la particulière importance » des motifs d'intérêt général *(§ 191)*, l'arrêt laisse le sentiment que la « balance des intérêts » est quelque peu faussée. En bref, que la fin justifie les moyens… ». Pour une appréciation plus nuancée de la décision de la CEDH, lire Fabien MARCHADIER, *Commentaire - Droit européen - La Cour européenne des droits de l'homme consolide la lutte contre le dopage*, Jurisport 2018, n°187, p.35 : « Du point de vue de la proportionnalité de l'ingérence, le raisonnement de la Cour est globalement convaincant. Elle répond à l'ensemble des critiques, aussi diverses que variées, adressées au système de localisation depuis une dizaine d'années ».

[273] Paragraphe 166 : « Or, la Cour estime que ce que le Gouvernement qualifie de morale, s'agissant de la recherche d'un sport égalitaire et authentique, se rattache également au but légitime que constitue la « protection des droits et liberté d'autrui ». En effet, l'usage de substances dopantes pour obtenir des résultats dépassant ceux des autres sportifs, d'abord, écarte injustement les compétiteurs de même niveau qui n'y recourent pas, ensuite, incite dangereusement les pratiquants amateurs, et en particulier les jeunes, à utiliser de tels procédés pour capter des succès valorisants et, enfin, prive les spectateurs d'une compétition loyale à laquelle ils sont légitimement attachés».

[274] Article L 232-13-1 du Code du sport.

avis préalable n'ait été effectué au principal intéressé. La question du respect de la libre disposition de soi passe donc de nouveau au second plan par rapport à l'impératif d'ordre public de contrôle du dopage.

221. Au surplus, les sportifs font l'objet d'un véritable fichage. Selon l'article L 232-12-1 du Code du sport, « les prélèvements biologiques (...) peuvent avoir pour objet d'établir le profil des paramètres pertinents dans l'urine ou le sang d'un sportif aux fins de mettre en évidence l'utilisation d'une substance ou d'une méthode interdite (...). Les renseignements ainsi recueillis peuvent faire l'objet, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, d'un traitement informatisé par l'Agence française de lutte contre le dopage (...) ». « À ce titre, les sportifs ont moins de droits que les délinquants sexuels ou que les malades mentaux. En effet, pour être surveillé un délinquant sexuel doit être passé à l'acte et avoir commis une infraction. Dans ce cas seulement, sa liberté pourra être limitée uniquement par un juge (injonction de soins, localisation électronique…). Le malade mental bénéficie également, depuis les lois de 2011 et 2013, d'un passage systématique devant le juge judiciaire qui doit vérifier le bien-fondé de la mesure de protection de l'ordre public prise à son encontre. L'administration doit ainsi démontrer que les moyens de contrainte sont adaptés, nécessaires et proportionnés à l'état de la personne »[275]. Ici, point de passage devant une autorité judiciaire indépendante. Le fichage des sportifs est entièrement laissé entre les mains de l'Agence française de lutte contre le dopage

[275]Eric PECHILLON, *Le sportif surhomme et sous citoyen : faut-il renoncer à sa liberté individuelle pour faire du sport de compétition ?,* Movement & Sport Sciences, 2016/2 (n° 92), p. 5-13. DOI : 10.1051/sm/2015009. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-movement-and-sport-sciences-2016-2-page-5.htm.Voir également: Jean-Christophe LAPOUBLE, *Le suivi à la trace : les contraintes des sportifs appartenant aux groupes cibles*, Movement & Sport Sciences, 2016/2 (n° 92), p. 15-19. DOI : 10.1051/sm/2015010. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-movement-and-sport-sciences-2016-2-page-15.htm"Il convient d'ailleurs de préciser que parmi les rares autres obligations de localisation qui existent en droit français, des dispositions concernent les auteurs d'infractions sexuelles pour lesquels les articles 706-53-2 et suivants du Code de procédure pénale ont prévu la mise en place d'un fichier particulier. Toutefois, ce fichier n'est pas tenu pas une autorité administrative mais par un magistrat, le Conseil constitutionnel a déterminé la cadre de mise en place d'un tel fichier". L'atteinte aux droits des athlètes a été renforcée par un décret du 18 mai 2018 (Nicolas BLANCHARD, *Lutte contre le dopage - Contrôle - Le profil biologique désormais applicable à tous les sportifs*, Jurisport 2018, n°187, p.7) : « Un décret du 18 mai 2018 modifie les dispositions du code du sport relatives à l'établissement du profil biologique des sportifs (et au traitement automatisé de données à caractère personnel associé). Objectif : permettre la mise en œuvre effective de l'élargissement du champ des sportifs susceptibles d'être soumis à ce dispositif, qui permet de détecter des cas de dopage à partir de variations anormales de paramètres biologiques déterminés. Cette possibilité était initialement réservée (jusqu'à la loi n° 2016-1528 du 15 novembre 2016) aux seuls sportifs visés à l'article L. 232-15 du code du sport (sportifs de haut niveau, espoir ou professionnels licenciés d'une fédération agréée notamment - v. *Jurisport* n° 170/2016, p. 7).L'Agence française de lutte contre le dopage est ainsi désormais autorisée aux termes de l'article R. 342-41-1 (issu de ce décret pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés) à mettre en œuvre un traitement de données personnelles visant à faciliter l'établissement du profil biologique de sportifs au sens de l'article L. 230-3 (et non plus uniquement des sportifs visés à l'article L. 232-15) et à orienter les contrôles. Il s'agit ici de toute personne qui participe ou se prépare à une manifestation sportive organisée par une fédération agréée ou autorisée par une fédération délégataire ou donnant lieu à une remise de prix en argent ou en nature ou à une manifestation sportive internationale ».

qui exerce un contrôle étendu sur le comportement des sportifs qui ne disposent en conséquence plus librement d'eux-mêmes.

222. Enfin, les sanctions prévues dans le cas d'un dépistage de dopage peuvent s'avérer lourdes de conséquences puisqu'en vertu de l'article L 232-23 du Code du sport, l'Agence Française de Lutte contre le Dopage (AFLD) a la possibilité de prononcer «une interdiction temporaire ou définitive de participer à toute manifestation sportive donnant lieu à une remise de prix en argent ou en nature », ce qui constitue potentiellement la mort de la carrière d'un sportif.

223. L'ordre public sportif paraît donc se donner les moyens de vaincre la libre disposition de soi matérialisée par l'usage de substances dopantes. A l'issue de ce panorama, l'on pourrait raisonnablement penser que l'ordre public a triomphé de la libre disposition de soi. Cependant, Patrick LAURE explique que la stratégie de la peur, reposant sur les postulats que les sportifs sont des êtres rationnels et qu'ils ne sont pas suffisamment informés, est un échec. « Ainsi, six mois après une action de prévention auprès de 1 155 lycéens sportifs en Suisse, les intervenants constatent certes une réduction de moitié du pourcentage de sujets désirant se doper, mais aussi une augmentation de la proportion d'usagers de substances interdites (de 9% à 11%) »[276]. Qu'en est-il véritablement ?

B. Critique de la réglementation

224. Il apparaît que ni la répression, ni la légalisation ne constituent des réponses pertinentes à la problématique du dopage (1), ce qui se vérifiera dans le cas particulier du cyclisme (2). La libre disposition de soi a donc encore de beaux jours devant elle, même si elle se déploie au détriment de la santé des sportifs.

1. Les échecs annoncés des modes de traitement du dopage

225. Bette KARL-HEINRICH utilise le terme de « constellation » pour décrire les différents acteurs contribuant à la dérive du sport-spectacle. Il y a tout d'abord la logique du sport de compétition, symbolisé par le « code inter--individuel de la victoire et de la défaite ». Il y a ensuite le public sportif, fasciné par la « *tension* issue de l'incertitude de la concurrence et de ses résultats ». En font également partie les médias. En effet, ces derniers « préfèrent des

[276]Patrick LAURE, *La prévention du dopage et des conduites dopantes : le rocher de Sisyphe,* Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem, 2011/1 (N° 5), p. 159-177. DOI : 10.3917/ccgc.005.0159. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-les-cahiers-du-centre-georges-canguilhem-2011-1-page-159.htm.

informations qui possèdent une haute valeur en nouveautés, qui promettent des conflits, qui permettent des compensations quantitatives, qui montrent des rapports locaux, nationaux et internationaux, et qui, en plus, peuvent être personnalisées et moralisées. Le sport de haut niveau satisfait ces besoins d'une manière particulière ». La conséquence de l'installation de cette constellation est que « ceux qui font respecter d'une manière énergique les règles officielles de la lutte antidopage et les comportements exigés par les règles, ceux qui mettent les sportifs déviants hors d'état de se doper afin de protéger les sportifs respectant les règles d'une adaptation par déviance, seront punis de privation de ressources et d'attention par les acteurs externes. L'argent, l'attention des médias et du public ne seront pas donnés en permanence pour une lutte efficace contre le dopage ; ils seront donnés à ceux qui auront des médailles lors des championnats internationaux – et cela dans un sport professionnel d'envergure mondiale où le dopage est monnaie courante »[277].

226. Cet auteur pense encore qu'une lutte collective contre le dopage pourrait être efficace, si tous les acteurs conjuguent leurs efforts en ce sens, les médias en retransmettant les informations relatives aux sportifs dopés, les sponsors devant refuser de soutenir ces derniers et les spectateurs s'en désintéresser. Néanmoins, la logique de marché fait barrage à un changement des mentalités, chaque acteur ne se déterminant qu'au regard de son intérêt égoïste bien compris: les spectateurs souhaitent assister à un spectacle trépidant, sans se soucier de ses coulisses, tandis que les médias, les sponsors et les sportifs eux-mêmes ne sont motivés que par l'appât du gain. Aucun acteur ne s'intéresse en définitive à la probité de la compétition, de telle sorte qu'il existera toujours des agents d'incitation au dopage. En d'autres termes, le système quand bien même il met en danger la santé des athlètes, est tout entier dédié à la libre disposition de soi qui seule permet la satisfaction à court terme de tous les acteurs agissant dans la sphère sportive.

227. Dominique BODIN et Gaëlle SEMPÉ se font, le temps d'un article[278], les porte-paroles des dysfonctionnements de la politique répressive : elles notent tout d'abord que les présidents de fédérations sportives ne sont jamais inquiétés par les affaires de dopage des compétiteurs. Pourtant lesdits présidents sont responsables de ce système « qu'ils promeuvent et sur lequel ils feignent d'ignorer le fonctionnement et les dérives ». « Jamais n'est remise en cause, non plus,

[277]Bette KARL-HEINRICH, *Le dopage : entre culpabilité individuelle et responsabilité collective*, Staps, 2011/1 (n°91), p. 87-99. DOI : 10.3917/sta.091.0087. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-staps-2011-1-page-87.htm

[278] Dominique BODIN, Gaëlle SEMPÉ, *Faut-il légaliser le dopage* ?, Revue du MAUSS, 2012/2 (n° 40), p. 321-334. DOI : 10.3917/rdm.040.0321. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-du-mauss-2012-2.htm-page-321.htm.

la transformation des sports au plus haut niveau. (…) La logique des records a introduit non pas la reconnaissance du sportif mais une obligation de rentabilité. Il ne suffit plus d'être le meilleur mais de faire chaque fois mieux que les autres ou soi-même. Les charges d'entraînement demandées aux athlètes pour se préparer augmentent avec cette logique de la performance alors que les périodes de récupération diminuent sans cesse ». Elles en concluent que « les lois, règles et normes, loin de faire reculer le recours aux produits dopants, induisent une amélioration des stratégies déviantes. Sociologues, philosophes et criminologues ont montré depuis très longtemps que le « principe utilitariste de la peine » (l'affichage d'une peine sévère et l'application de celle-ci) n'est pas opérant sur les individus (…) déjà engagés dans une carrière déviante et faisant de la déviance un style de vie « normal ». Est donc démontrée à l'aide d'autres arguments l'échec prévisible de la politique répressive qui ferait prédominer l'ordre public au détriment de la libre disposition de soi. Si celle-ci est un échec, il convient d'envisager un autre mode d'encadrement de la liberté de se doper.

228. Cette autre alternative, que soutient Pierre STEINER, est celle de la régulation officielle du dopage. Il part du postulat que les substances dopantes ne sont pas nécessairement nocives pour la santé[279]. Il sape ensuite la croyance selon laquelle le dopage serait une rupture dans l'égalité entre athlètes de haut niveau. Il met en effet en exergue qu'existent des inégalités qui ne sont pas sanctionnées : les avantages que certains sportifs possèdent naturellement comme un taux d'hématocrite anormalement élevé ; les possibilités financières offertes à certains qui leur permettent d'accéder à un entraînement scientifiquement et techniquement plus performant que d'autres[280]. Or, Pierre STEINER affirme que « légalisé et en principe accessible à tous, l'usage de produits ou de procédés aujourd'hui dits « dopants » pourrait faire figure d'opérateur partiel de neutralisation de ces inégalités économiques et naturelles. La légalisation, dans de nouvelles formes de sport, de l'usage de certains produits aujourd'hui dopants pourrait même permettre de rétablir une égalisation (...) des ressources de performance et d'entraînement dans

[279]Pierre STEINER, *Le dopage sans duperie*, Edition Les Belles Lettres (2016), pages 99-100 : « Celui qui condamne le dopage au nom de la santé est dès lors confronté au dilemme suivant : *soit* la santé est définie à partir d'une moyenne purement statistique, et dans le cas du dopage, mais aussi le [sport de haut niveau] en général, en raison du caractère anormal des exigences de performance, ont mauvais pour la santé, et on ne voit pas pourquoi le dopage serait *spécifiquement* condamnable ; *soit* la santé est vue comme une capacité d'instaurer et de maintenir de nouvelles normes de vie dans un milieu, et dans ce cas le dopage contribue à la santé et il est fourvoyant d'en faire un danger sanitaire ».

[280] Dans la même veine, lire Bertrand FINCOEUR, *L'instrumentalisation de l'éthique dans la lutte antidopage en cyclisme sur route*, Movement & Sport Sciences, 2016/2 (n° 92), p. 49-56. DOI : 10.1051/sm/2015015. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-movement-and-sport-sciences-2016-2.htm-page-49.htm: « On peut dès lors affirmer que le dopage pose problème avant tout parce qu'il a été décidé qu'il posait problème dans un espace-temps déterminé, autrement dit parce que son usage a préalablement été jugé « hors-jeu ». Sa condamnation est donc le résultat d'une construction socio-culturelle sujette à des réinterprétations par les acteurs en situation, au gré des interactions vécues avec d'autres acteurs ».

le sport de compétition. Les avantages qu'un athlète obtiendrait en raison de ses pouvoirs financiers et techniques, un autre athlète les obtiendrait par l'usage de produits dopants, dont la légalisation pourrait d'ailleurs diminuer les coûts d'achat et d'usage »[281]. Il estime que les athlètes auraient alors le choix entre leur santé à long terme et l'usage de substances dopantes leur garantissant succès et richesse immédiats. Mais il a été constaté, avec Bette KARL-HEINRICH, que les athlètes sont pris dans une véritable toile d'araignée dont ils peineront à sortir de leur plein gré dès lors qu'ils auront fait le choix de la professionnalisation. En conséquence, le choix mentionné par Pierre STEINER est, dans la vaste majorité des cas, contraint et n'apporte nulle liberté aux sportifs. La volonté individuelle laissée à elle-même sans aide extérieures est impuissante à lutter contre un système qui prône la compétition à tout prix. La légalisation du dopage n'apparaît en conséquence pas une bonne approche de la libre disposition déviante de soi appliquée au domaine sportif.

229. Ni la légalisation ni la répression ne paraissent à même de combattre la libre disposition de leur corps par les sportifs, ce même si l'utilisation qu'ils en font est déviante et conduit à leur propre destruction physique. L'échec des modes de traitement du dopage se vérifie ensuite dans le domaine particulier du cyclisme.

2. L'exemple du cyclisme

230. Les athlètes de cette sphère sont de fait confrontés à une situation professionnelle difficile, née de la précarité de leur emploi et de sa difficulté physique. La fragilité de leur position vient en partie de la médiatisation de ce sport[282], des sponsors[283] qui demandent en

[281]Pierre STEINER, *Le dopage sans duperie, op.cit*., pages 123-124.

[282]Christophe BRISSONNEAU, Olivier AUBEL, Fabien OHL, *L'épreuve du dopage. Sociologie du cyclisme professionnel*, PUF (2008), pages 90-91 : « Toute la mesure des enjeux peut être prise quand on considère l'explosion des droits de retransmission dont s'acquittent les chaînes publiques à l'occasion du Tour de France. Ainsi, comme nous avons pu le signaler plus haut, le RTF en 1956 s'acquittait de 5 millions de francs, soit l'équivalent de 82000 euros de 2002 qu'elle revendait pour partie à l'étranger. En 1990, les droits s'élèvent à 2,2 millions d'euros puis à 13,7 millions d'euros en 1998. (...) En 2009, les droits de retransmission sont de 23 millions d'euros selon *l'Equipe*. En un peu plus de cinquante ans (1956-2009), les droits de retransmission ont donc été multipliés par 280. Entre 1947 et 2003, la mise en spectacle commerciale du cyclisme va échapper pour une grande part à la presse écrite qui en fut pourtant l'acteur historique. La télévision, productrice d'une information instantanée et planétaire, supplante rapidement cette dernière. Soumise à des impératifs économiques importants, elle se trouve dans l'obligation de rentabiliser son investissement dans la captation de recettes publicitaires, logique que rencontrent aussi les organisateurs des épreuves assujettis, eux aussi, à des contrainte d'équilibre financier, voire de rentabilité ».

[283] Olivier AUBEL, Fabien OHL, *De la précarité des coureurs cyclistes professionnels aux pratiques de dopage. L'économie des coproducteurs du WorldTour*, Actes de la recherche en sciences sociales, 2015/4 (N° 209), p. 28-41. DOI : 10.3917/arss.209.0028. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-actes-de-la-recherche-en-sciences-sociales-2015-4.htm-page-28.htm : « Une équipe cycliste est une petite ou moyenne entreprise qui prend le nom de son principal financeur, son sponsor, le temps que dure le contrat avec ce dernier. (…) À la différence des clubs de football et plus généralement de sports collectifs, les équipes cyclistes ont une structure de revenus peu diversifiée. Elles ne peuvent enregistrer de recettes de billetterie, l'accès au bord des routes étant libre,

conséquence des résultats sportifs tangibles ainsi qu'un véritable spectacle de nature à satisfaire le public, à l'attirer aux fins de récolter des gains publicitaires[284]. Par ailleurs, le salaire d'un cycliste, au-delà de sa partie fixe qui ne représente qu'une partie de ses gains, dépend directement des performances sportives de l'athlète[285]. « Enfin, si la condition du coureur cycliste est précaire, cela tient aussi à la nature de son travail. Le corps est le principal outil de production de la performance et il est difficile de maîtriser les états de forme dans le contexte concurrentiel de la pratique sportive qui impose une sollicitation fréquente et importante du corps. (...) Le moindre ennui de santé signifie, au mieux, l'arrêt temporaire du métier ; au pire, ce qui n'est pas si rare, l'arrêt total de l'activité. Le plus souvent, les blessures ou les douleurs qui pourraient sembler insignifiantes pour d'autres emplois sont vécues comme des maladies chroniques »[286].

231. Dans ce contexte de médiatisation combinée à la compétition, le cyclisme se médicalise dès les années 1970[287], ce aux fins, bien évidemment, d'augmenter et de rationaliser les performances des athlètes. C'est ainsi que s'effectue le glissement vers le dopage et vers une libre disposition de soi déviante car vouée à la destruction du sujet auquel elle s'applique.

---

et les droits télévisuels sont captés par les organisateurs de courses. De fait, les équipes professionnelles sont essentiellement financées par leur sponsor qu'il soit unique (Sky, FDJ, Katusha, etc.) ou multiple (Garmin Sharp, Lotto-Bellisol, Giant-Shimano, etc.) ». Lire également Christophe BRISSONNEAU, Olivier AUBEL, Fabien OHL, *op. cit.,* pages 94-95 : « Les firmes [du cycle] ne peuvent plus supporter le coût de l'entretien d'une équipe qui peut aller de 2 à 5 millions de francs en 1978. (...) ces firmes [extrasportives] deviendront, à partir de 1956, les principaux financeurs des équipes professionnelles mais aussi des clubs amateurs. Les sponsors d'équipe proviennent d'univers industriels divers : l'automobile, l'alimentation, l'électroménager, les pétroliers. (...) Il s'établit dès lors une division du travail parmi les partenaires. Les industriels du cycle fournissent matériel et assistance technique, les capitaux hors branche assurant le reste, soit l'essentiel du financement (masse salariale, hébergement, déplacement et engagement de l'équipe et des coureurs) ».

[284]Christophe BRISSONNEAU, Olivier AUBEL, Fabien OHL, *op. cit.*, page 96 : « 96 Si la crise économique (débutée en 1974) perdure jusqu'à la fin des années 1980, en revanche, le marché du spectacle sportif redresse sa situation à l'aube des années 1980, à la faveur du développement commercial de la télévision et de la recherche par les annonceurs de voies publicitaires distinctives. Le sport est alors doublement intéressant pour les annonceurs comme pour les médias. Il s'agit d'un spectacle au coût de production plus intéressant que les films et/ou les variétés. Les annonceurs peuvent s'offrir une visibilité via le sponsoring sans pour autant acquérir des espaces publicitaires traditionnels bien plus onéreux ».

[285]Par exemple, voir Christophe BRISSONNEAU, Olivier AUBEL, Fabien OHL, *op. cit.* , page 125 : « La deuxième partie de la rémunération est composée des prix distribués aux vainqueurs puis aux coureurs les mieux classés. Cette partie est directement indexée sur la performance du coureur mais aussi sur celle de son équipe ».

[286]Christophe BRISSONNEAU, Olivier AUBEL, Fabien OHL, *op. cit.,* pages 127-128.

[287]Christophe BRISSONNEAU, Olivier AUBEL, Fabien OHL, *op. cit.,* pages 137-138 : « La discipline des corps mise en place à la fin des années 1970 repose sur des indicateurs externes, qui quadrillent le corps par des procédures d'entraînement de plus en plus complexes, et des données internes visant à décrire le fonctionnement du corps et à agir sur lui par une médicalisation de la préparation. C'est en effet à cette même période que certains médecins du sport intègrent les équipes cyclistes et se mêlent de l'entraînement des coureurs au point de se substituer en certains cas aux entraîneurs eux-mêmes. La rationalisation des corps se poursuit au cours des années 1980 et 1990, les instruments se perfectionnent, de nouveaux produits pharmacologiques sont mis sur le marché et testés, différentes méthodes sont expérimentées et la circulation de l'information, des expériences et des personnes favorise la généralisation d'approches « scientifiques » du corps sportif ».

« L'injonction à se doper est souvent diffuse. Personne n'oblige les coureurs à se doper mais cela semble inéluctable dans ce milieu professionnel. Ne pas suivre les nouvelles normes reviendrait à s'exclure du groupe, à faire face à des fatigues que les autres ne connaissent pas et, forcément à être moins performant. L'espérance de rester dans le milieu diminuerait considérablement non seulement en raison de performances potentiellement moins bonnes, mais aussi parce qu'en refusant le dopage le coureur s'exclut du groupe et il renonce à pouvoir se servir du précieux capital social en cours de constitution. Or la précarité de la profession et l'instabilité des équipes (...) peuvent être partiellement compensées par les réseaux de relations et une bonne réputation dans le métier »[288].

232. Il faut en effet prendre conscience que les cyclistes n'ont souvent pas entrepris de faire des études, se dédiant exclusivement et précocement à la pratique de leur sport. Leur objectif est donc de gagner suffisamment d'argent pour s'assurer un avenir personnel et familial paisible et prévenir l'insécurité liée à une reconversion qui n'est pas assurée d'advenir. Le dopage devient alors une question secondaire face à la nécessité de se prémunir contre leur fragilité économique. Ils se dirigent apparemment volontairement vers une plus grande disposition d'eux-mêmes, mais sont de fait contraints de le faire. Seule une sortie de la compétition apparaît comme une solution pour sortir de cet enfermement que l'ordre public classique ne parvient pas à déjouer.

3. La sortie de la compétition au service de l'ordre public

233. Dans le cadre juridique existant, l'ordre public est vaincu par une libre disposition de soi inféodée à l'appât du gain. Ce dernier demeure plus fort que l'attrait d'une compétition honnête. La preuve en est que, malgré les mesures extrêmement coercitives et invasives étudiées dans les précédents paragraphes, le phénomène de dopage persiste.

234. La régulation dudit dopage ne paraît pas plus pouvoir prospérer. Le premier risque de cette dernière solution est d'augmenter les cas de dopages, notamment de jeunes athlètes, attirés par l'appât du gain et éventuellement rassurés par l'encadrement médical qui existerait alors[289]. Le second risque tient à une partition entre compétitions incluant des personnes dopées et

[288]Christophe BRISSONNEAU, Olivier AUBEL, Fabien OHL, *op. cit.,* page 207.

[289]Jean-François BOURG et Jean-Jacques GOUGUET, *La société dopée. Peut-on lutter contre le dopage sportif danss une société de marché*, Seuil (2017), pages 168-169 : « La première défaillance met en cause la capacité du corps médical à protéger la santé de l'athlète face à des impératifs de commercialisation du spectacle sportif. Dans sa recherche de performance, l'athlète peut aller jusqu'à mettre sa vie en danger par excès de dopage. (...) il ne faut pas négliger le fait que, en cas de libre accès aux produits, l'appât du gain risque de pousser de jeunes athlètes à négliger le contrôle médical ».

d'autres compétitions n'acceptant que les sportifs non dopés, tout l'intérêt des médias, du public et des sponsors se tournant vers le premier type de spectacle. « C'est certainement la dérive la plus fondamentale qui puisse résulter de la libéralisation du dopage. D'un côté, le sport marchandise devient une activité économique comme une autre et obéit à la logique du marché ; de l'autre, le sport authentique réunit des pratiquants plus préoccupés de plaisir, de culture, de convivialité que de performance »[290].

235. Ensuite, n'en déplaise à Pierre STEINER, la régulation du dopage ne permettrait pas de rétablir l'égalité entre athlètes. A une inégalité naturelle se substituerait une inégalité économique puisque les gagnants seraient ceux qui auraient les moyens financiers de s'offrir les produits les plus performants dans un encadrement médical le plus sophistiqué possible[291]. Enfin et surtout, « même si la santé de l'athlète est prise en compte, même si l'esprit du sport est respecté en ce sens qu'il faut toujours du talent et de l'effort pour faire un grand champion, l'individu est ravalé au statut de machine à battre des records. Le dopage, on l'a vu, devient alors obligatoire pour s'inscrire dans la course à la performance. (...) Il est donc quasiment impensable qu'on puisse empêcher des athlètes de se doper pour se dépasser, quand l'exigence de ceux qui les font vivre (sponsors, spectateurs...) est qu'ils battent des records et qu'ils gagnent »[292].

236. La seule solution envisageable est alors l'abandon de la compétition mortifère[293] au profit d'un sport à nouveau dédié au plaisir, à l'épanouissement, à la détente physique. Certains sportifs se tournent d'ores et déjà vers ce type de pratiques, telles que le footing, le sport de pleine nature... Dans ce nouveau cadre, le dopage perdrait de son intérêt car l'objectif premier des participants serait certes de concourir mais pas de gagner au détriment de leur santé. En conséquence, les sportifs retrouveraient une libre disposition d'eux-mêmes qui ne serait pas contrainte par les objectifs du sport-spectacle. L'ordre public pourrait y retrouver son rôle d'encadrement de la libre disposition de soi concernant les fauteurs de troubles qui tenteront de biaiser les nouvelles règles établies.

[290]Jean-François BOURG et Jean-Jacques GOUGUET, *op.. cit.*, page 171.
[291]Jean-François BOURG, Jean-Jacques GOUGUET, *op cit.,* pages 172-173.
[292]Jean-François BOURG, Jean-Jacques GOUGUET, *op cit.,* page 175.
[293]Jean-François BOURG, Jean-Jacques GOUGUET, *op cit., ,* page 179-180 : « La pensée économique orthodoxe a toujours considéré que l'on pouvait repousser les limites grâce à la science et à la technique. C'est cette croyance en la possibilité d'une croissance infinie dans un monde fini qui est contestée aujourd'hui (...). Cette remise en cause d'une croissance sans limites entraînera inévitablement la remise en cause d'un sport lui-même rêvé sans limites, notamment à l'aide du dopage ».

237. En conclusion, il ne sert de rien que l'ordre public sportif tente de maîtriser le phénomène du dopage dès lors que l'esprit du productivisme sera toujours vivant et qu'il réclamera victoires et records. Vouloir s'attaquer à un symptôme sans se préoccuper des racines mêmes du mal ne fait que reporter les effets délétères sans les éradiquer. Si le phénomène du dopage n'est pas anodin, c'est parce que les sportifs n'ont guère le choix dans le système actuel. Il leur faut gagner des trophées pour se voir verser des subsides. Tant que ce tandem ne sera pas brisé, les sportifs disposeront d'eux –mêmes suivant un principe de liberté apparente, pour se doper. Mais ils seront également de ce fait laissés à la merci d'un système mercantiliste et mortifère.

238. Le domaine sportif n'est pas le seul qui éprouve des difficultés à contenir la libre disposition de soi. Il en va également de même avec l'ordre public pénal.

§2 l'ordre public pénal

239. Le droit pénal est le domaine privilégié d'application de l'ordre public puisque son but est de réprimer les infractions à la loi et au règlement, en d'autres termes, de maintenir l'ordre sur le territoire national. L'emprisonnement constitue d'ailleurs un exemple paradigmatique de la limitation de la disposition de soi.

240. « Aux termes de sa définition, le droit pénal est la branche du droit à l'occasion de laquelle une sanction spécifique, la peine, est prononcée au nom de la société, suite à l'atteinte d'une norme tenue pour essentielle. L'atteinte à l'ordre public, lors de la commission d'une infraction, est donc le fondement de l'application du droit pénal (...). L'ordre public est par conséquent partie intégrante du droit pénal »[294]. Dans un tel cadre, il paraît raisonnable de penser que la libre disposition de soi ne peut supplanter l'ordre public pénal. C'est bien pourtant la tendance actuelle, en tout cas dans le cadre des obligations de soins.

241. Il conviendra donc dans un premier temps de détailler les modalités par lesquelles l'ordre public pénal tente de restreindre la libre disposition de soi (A). Puis l'on évaluera dans un deuxième temps la pertinence et l'efficience du cadre législatif ainsi posé (B).

[294]Audrey DARSONVILLE, *Ordre public et droit pénal*, dans *L'ordre public*, sous la direction de Charles-André DUBREUIL, éditions CUJAS (2013), page 287.

A. Les obligations de soins

242. Sans prétendre à l'exhaustivité, il y a lieu de donner des exemples tirés de tous les stades de la procédure pénale, exemples qui permettront de démontrer que l'ordre public paraît réduire la libre disposition de soi à peau de chagrin, dès lors que la réalité du consentement aux soins y est plus que douteuse. Si les délinquants concernés se sont rendus coupables d'une consommation illicite de stupéfiants, d'aucuns penseront qu'ils n'ont fait que disposer librement d'eux-mêmes sans qu'autrui ne soit directement atteint par l'usage par exemple de cannabis dans le secret de son domicile. Et pourtant, il a été décidé depuis de nombreuses années que l'impératif d'hygiène publique commande de réagir en obligeant les auteurs d'infractions à se soigner, quand bien même ces derniers n'ont pas donné leur consentement pour ce faire.

243. Avant toute décision de poursuite pénale, « s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits »[295], le Procureur de la République a l'opportunité d'orienter l'auteur des faits vers un stage spécifique à sa problématique[296]. Par exemple, le consommateur de stupéfiants devra consulter une structure de soins aux fins d'être mis au fait des méfaits de la substance illicite qu'il ingère et, peut-être, de l'aider dans une démarche d'abandon de toute consommation. Cette voie est généralement privilégiée pour les usagers modérés de cannabis dont le casier judiciaire ne porte pas trace de condamnation. Si le prévenu respecte cette obligation, la procédure est classée sans suite, la procédure n'étant pas transmise au casier judiciaire. Dans le cas contraire, il sera poursuivi devant un Tribunal Correctionnel. A ce stade, l'obligation de soin est néanmoins globalement respectée, car elle se porte sur un public de personnes qui ne sont pas fortement ancrées dans la délinquance et le refus de toute forme de contrainte. Dans ce cadre, aucune mention du consentement du prévenu au suivi du stage n'est prévue par les textes, si ce n'est l'incitation

[295]Article 41-1 du Code de procédure pénale : S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République (...) orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle ; cette mesure peut consister dans l'accomplissement par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage ou d'une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel, et notamment d'un stage de citoyenneté, d'un stage de responsabilité parentale, d'un stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels, d'un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes ou d'un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants ; en cas d'infraction commise à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur, cette mesure peut consister dans l'accomplissement, par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage de sensibilisation à la sécurité routière ».

[296]L'auteur d'un défaut d'assurance ou d'un défaut de permis de conduire devra accomplir un stage de sensibilisation à la sécurité routière.

implicite consistant à attirer le chaland par la promesse d'un classement sans suite de la procédure.

244. Toujours antérieurement à l'engagement de poursuites, mais dans le cadre plus contraignant de la composition pénale, le Procureur de la République a par ailleurs l'opportunité de proposer une mesure d'injonction thérapeutique. Par exemple, il pourra avoir recours à cette procédure pour une personne récidiviste de la consommation de cannabis ou pour un usager de drogues encore plus létales telles que la cocaïne ou l'héroïne. L'obligation de soins dans le cadre de la composition pénale a même été étendue aux auteurs de violences conjugales qui peuvent se voir proposer de « faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique [297]». Pour revenir à l'hypothèse spécifique d'une injonction de soins, le suivi est planifié et surveillé par un médecin coordonnateur qui rendra compte au Procureur de l'effectivité de la mesure et, notamment du degré d'adhésion aux soins de la personne concernée[298]. Il faut souligner que, quand bien même la composition pénale est inscrite au bulletin numéro un du casier judiciaire[299], le consentement aux soins n'est pas plus requis dans ce cadre que dans le précédent, sauf à considérer l'incitation à se voir appliquer une procédure alternative aux poursuites plutôt qu'une condamnation à de l'emprisonnement.

245. Ensuite, le prévenu peut se voir infliger, dans le cadre d'une condamnation à un emprisonnement avec sursis accompagné d'une mise à l'épreuve, l'obligation de suivre une mesure de soins[300]. Ce peut être le cas pour les personnes auteures de trafic de stupéfiants qui sont aussi des consommateurs, mais également des individus ayant commis de multiples infractions de conduite sous l'empire d'un état alcoolique. Dans cette hypothèse, si le juge de l'application des peines estime que la personne condamnée ne respecte pas son obligation de

[297]Article 41-2 14° du Code de procédure pénale.

[298]Article R 3413-14 du Code de la santé publique : « Le médecin relais contrôle le déroulement des modalités d'exécution de la mesure d'injonction thérapeutique. Au troisième et au sixième mois de la mesure, il procède à un nouvel examen médical de l'intéressé, puis, si la mesure se poursuit, à de nouveaux examens à échéance semestrielle. A l'issue de chaque examen, il informe l'autorité judiciaire de l'évolution de la situation médicale de l'intéressé. Cette information figure dans un rapport écrit mentionnant le type de mesure de soins ou de surveillance médicale mis en place, la régularité du suivi et, sous réserve du secret médical, tous autres renseignements permettant d'apprécier l'effectivité de l'adhésion de l'intéressé à cette mesure».

[299]Article 41-2 du Code de procédure pénale : « Les compositions pénales exécutées sont inscrites au bulletin n° 1 du casier judiciaire».

[300]La juridiction de condamnation ou le juge de l'application des peines peut imposer spécialement au condamné l'observation de l'une ou de plusieurs des obligations suivantes : 3° Se soumettre à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation. Ces mesures peuvent consister en l'injonction thérapeutique prévue par les articles L 3413-1 à L 3413-4 du code de la santé publique, lorsqu'il apparaît que le condamné fait usage de stupéfiants ou fait une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques. Une copie de la décision ordonnant ces mesures est adressée par le juge de l'application des peines au médecin ou au psychologue qui doit suivre la personne condamnée. Les rapports des expertises réalisées pendant la procédure sont adressés au médecin ou au psychologue, à leur demande ou à l'initiative du juge de l'application des peines. Celui-ci peut également leur adresser toute autre pièce utile du dossier ;

soins car elle ne se rend pas chez le médecin qu'elle aura choisi pour poursuivre sa réhabilitation, il aura la possibilité, après un débat contradictoire, de révoquer une partie du sursis et en conséquence d'envoyer la personne concernée en incarcération[301]. Généralement, le sursis avec mise à l'épreuve est l'antichambre du prononcé d'un emprisonnement ferme, dans le cas d'une réitération ou d'une récidive des faits. Les juges estimeront en effet que la société a laissé à l'individu concerné une chance de se réhabiliter en liberté, chance qu'il n'a pas su saisir et que la seule solution constitue en conséquence la mise à l'écart de cette société qu'il met potentiellement en danger du fait de ses addictions. Il ne faut en effet pas oublier que l'auteur d'une conduite sous l'empire d'un état alcoolique est l'auteur en puissance d'un homicide involontaire, et que l'usager de stupéfiants est l'auteur possible de revente de ces produits prohibés et donc l'agent de leur propagation. Il faut souligner qu'une fois de plus, le consentement aux soins n'est toujours pas requis par les textes.

246. Il convient de ne pas oublier la mesure de suivi socio-judiciaire. Créée par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998, elle voit son champ d'application élargie par l'adoption de deux lois successives : « c'est d'abord la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, relative au traitement de la récidive, qui décide que le suivi socio-judiciaire sera désormais encouru par les personnes s'étant rendues coupables d'atteintes volontaires à la vie (C. pén., art. 221-9-1, renvoyant aux articles 221-1 à 221-5-3), d'enlèvement et de séquestration (C. pén., art. 224-10, renvoyant aux articles 224-1 à 224-5-2), de destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes (C. pén., art. 322-18, renvoyant aux infractions définies aux articles 322-6 à 322-11). C'est ensuite la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 portant sur la prévention de la délinquance qui étend de nouveau le domaine du suivi socio-judiciaire aux infractions de violences (C. pén., art. 222-48-1) : violences mortelles aggravées de l'article 222-8, violences suivies de mutilation ou d'infirmité permanente aggravée de l'article 222-10, violences aggravées ayant entraîné ou non une incapacité de travail des articles 222-12 et 222-13, violences habituelles commises sur un mineur de l'article 222-14 »[302].

247. Le suivi socio-judiciaire « emporte, pour le condamné, l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines et pendant une durée déterminée par la juridiction de jugement, à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive. (...) La décision de condamnation fixe également la durée maximum de l'emprisonnement encouru

[301] Article 742 du Code de procédure pénale.
[302] Philippe SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie ?,* Droit pénal n° 2, Février 2010, étude 3.

par le condamné en cas d'inobservation des obligations qui lui sont imposées »[303]. « Sauf décision contraire de la juridiction, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins dans les conditions prévues aux articles L. 3711-1 et suivants du code de la santé publique, s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, après une expertise médicale ordonnée conformément aux dispositions du code de procédure pénale[304]. Le président avertit alors le condamné qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement, mais que, s'il refuse les soins qui lui seront proposés, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 pourra être mis à exécution »[305]. Dans un tel cadre, la question se pose de la réelle liberté de consentement de la personne condamnée[306]. Participant du même mouvement dévaluant la libre disposition de soi,

[303]Article 131-36-1 du Code pénal.

[304] La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 a imposé le prononcé d'une injonction de soins dans chaque mesure ainsi infligée. Lire Jacques-Henri ROBERT, *Le plancher et le thérapeute. Commentaire de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, Droit pénal n° 10, Octobre 2007, étude 20 : « Quel que soit le support juridique qui soutient l'injonction de soins (suivi socio-judiciaire, libération conditionnelle, surveillance judiciaire, réduction supplémentaire de peine et, désormais, sursis avec mise à l'épreuve), l'autorité judiciaire doit obligatoirement considérer la possibilité de la prononcer. Mais il s'agit que de cela et la loi s'est gardée d'imposer aux juges l'obligation d'enjoindre des soins aux intéressés, et réserve toujours la « *décision contraire de la juridiction* » ou du « *juge de l'application des peines* ». Sur une appréciation plus critique de la réforme, lire Evelyne GARÇON, *Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal. Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 17 Octobre 2007, doctrine 196 : « Il y a incontestablement là la preuve d'une réelle méfiance à l'égard du juge qui perd l'une de ses prérogatives classiques en matière d'expertise, à savoir celle de la libre détermination de la mesure à prescrire une fois informé des résultats de l'expertise. Le juge se trouve donc contraint d'une part à solliciter l'accomplissement d'une expertise médicale en vue d'établir l'aptitude de la personne à un traitement, et d'autre part à entériner les conclusions de cette expertise sous réserve de la possibilité pour lui d'exprimer une volonté contraire ». A noter que la loi de 2007 avait également instauré une injonction de soins obligatoire dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve infligé pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire était encouru, mais « n'a eu qu'une existence éphémère puisqu'il a été abrogé par la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 » (Jean-Yves MARÉCHAL, JurisClasseur Code Pénal, fascicule 20 : sursis avec mise à l'épreuve, N°47).

[305]Article 131-36-4 du Code pénal. Lire à ce sujet Damien ROETS, Jurisclasseur Code pénal, Art. 131-36-1 à 131-36-8 - Fascicule 20 : suivi socio-judiciaire, n°49 : « au stade du jugement, l'injonction de soins ne revêt aucun caractère d'automaticité puisque, d'une part, la juridiction de jugement ne la prononce que s'il est établi, après expertise médicale, que l'intéressé est susceptible de faire l'objet d'un traitement et que, d'autre part, même dans ce dernier cas, la juridiction de jugement peut décider de ne pas la prononcer. La loi du 10 août 2007 n'oblige donc pas la juridiction de jugement à prononcer une injonction de soins dans le cadre du suivi socio-judiciaire mais se contente de l'y inciter plus fortement qu'auparavant ».

[306] Si Martine HERZOG-EVANS affirme que « la loi a supprimé la règle du consentement du condamné lui-même, qui était antérieurement prévue à l'alinéa 2 de l'article 131-36-4 » (Martine HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz Action (2016), chapitre 428 le suivi socio-judiciaire, n°428.111), il faut pointer que le texte précise bien que le président de la juridiction rappelle qu'aucun traitement ne pourra être prodigué à la personne condamnée sans son consentement. La liberté dudit consentement est certes douteuse, mais la règle est maintenue. Du même auteur, lire *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale*, AJ pénal 2007, page 357 : « la loi a supprimé la règle du consentement du condamné lui-même, qui était antérieurement prévue à l'alinéa 2 de l'article 131-36-4. Jusque-là le législateur avait systématiquement pris position pour l'incitation, parfois très forte, au soin ; jamais il n'avait franchi le pas du soin totalement contraint ».

la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 a supprimé l'obligation de recueillir le consentement de la personne condamnée avant de lui faire subir un traitement inhibiteur de la libido[307] .

248. Concernant le suivi socio-judiciaire, la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 a imposé le prononcé d'une injonction de soins dans chaque mesure ainsi infligée[308]. Néanmoins, si Martine HERZOG-EVANS affirme que « la loi a supprimé la règle du consentement du condamné lui-même, qui était antérieurement prévue à l'alinéa 2 de l'article 131-36-4 »[309], il faut pointer que le texte précise bien que le président de la juridiction rappelle qu'aucun traitement ne pourra être prodigué à la personne condamnée sans son consentement. La liberté dudit consentement est certes douteuse, mais la règle est maintenue.

---

[307]Ancien article L 3711-3 du Code de la santé publique : « Lorsqu'il a été agréé à cette fin, le médecin traitant est habilité à prescrire au condamné, avec le consentement écrit et renouvelé, au moins une fois par an, de ce dernier, un traitement utilisant des médicaments dont la liste est fixée par arrêté du ministre de la santé et qui entraînent une diminution de la libido, même si l'autorisation de mise sur le marché les concernant n'a pas été délivrée pour cette indication. [souligné par nous] ». Article L 3711-3 après la réforme de 2010 : « Le médecin traitant peut prescrire tout traitement indiqué pour le soin du condamné y compris des médicaments inhibiteurs de libido ». Pour une appréciation nuancée de cette réforme, lire Jacques-Henri ROBERT, *Récidive législative. Commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale*, Droit pénal n° 5, Mai 2010, étude 8 : « À ce point surgit la grave question de la « castration chimique » dont l'appellation juridique est « traitement inhibiteur de la libido », formulation qui, dans le dernier alinéa de l'article L. 3711-3 du Code de la santé publique, remplace une circonlocution moins explicite : *« Traitement utilisant des médicaments dont la liste est fixée par arrêté du ministre de la santé et qui entraînent une diminution de la libido »*. La contribution de M. le sénateur Nicolas About aux travaux parlementaires a, en la matière, été décisive . Il a rappelé aux sénateurs et députés, ceux-ci fort entichés des drogues anti-libido, que, pour être efficaces, les soins supposent que les relations entre le praticien et son patient soient aussi proches que possible de ce qu'elles sont en dehors de toute ambiance judiciaire et pénitentiaire ; il les a notamment mis en garde contre la tentation d'investir l'autorité judiciaire du pouvoir d'ordonner ou même de recommander l'administration des médicaments dont il s'agit. La loi conserve donc un principe précieux selon lequel la seule personne habilitée à les prescrire est le médecin traitant *(CPP, art. 706-47-1, al. 2 modifié et C. santé publ., art. L. 3711-3, in fine)* et non pas les juridictions judiciaires, de jugement ou d'application des peines *(C. santé publ., art. R. 3711-18, al. 2)*, ni les juridictions régionales de la rétention de sûreté, et pas davantage le médecin coordonnateur qui assure la liaison entre les autorités judiciaires ni même le psychologue qui peut être substitué au médecin traitant *(C. santé publ., art. L. 3711-4-1, al. 2)*. On peut donc continuer d'affirmer la maxime écrite dans la partie réglementaire du Code de la santé publique, selon laquelle « *les relations entre la personne et le médecin traitant sont régies (...) par le Code de déontologie médicale » (C. santé publ., art. R. 3711-18)*, sauf les aménagements nécessaires du secret médical ».

[308] Lire Jacques-Henri ROBERT, *Le plancher et le thérapeute. Commentaire de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, Droit pénal n° 10, Octobre 2007, étude 20 : « Quel que soit le support juridique qui soutient l'injonction de soins (suivi socio-judiciaire, libération conditionnelle, surveillance judiciaire, réduction supplémentaire de peine et, désormais, sursis avec mise à l'épreuve), l'autorité judiciaire doit obligatoirement considérer la possibilité de la prononcer. Mais il s'agit que de cela et la loi s'est gardée d'imposer aux juges l'obligation d'enjoindre des soins aux intéressés, et réserve toujours la « *décision contraire de la juridiction* » ou du « *juge de l'application des peines* ». Sur une appréciation plus critique de la réforme, lire Evelyne GARÇON, *Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal. Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 17 Octobre 2007, doctrine 196 : « Il y a incontestablement là la preuve d'une réelle méfiance à l'égard du juge qui perd l'une de ses prérogatives classiques en matière d'expertise, à savoir celle de la libre détermination de la mesure à prescrire une fois informé des résultats de l'expertise. Le juge se trouve donc contraint d'une part à solliciter l'accomplissement d'une expertise médicale en vue d'établir l'aptitude de la personne à un traitement, et d'autre part à entériner les conclusions de cette expertise sous réserve de la possibilité pour lui d'exprimer une volonté contraire ». A noter que la loi de 2007 avait également instauré une injonction de soins obligatoire dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve infligé pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire était encouru, mais « n'a eu qu'une existence éphémère puisqu'il

249. L'obligation de soins a également infiltré les modalités d'exécution des peines. Ainsi, l'article 732-4 du Code de procédure pénale prévoit-il que « le juge de l'application des peines peut subordonner l'octroi au condamné du placement à l'extérieur, de la semi-liberté ou de la permission de sortir au respect d'une ou plusieurs obligations ou interdictions prévues par les articles 132-44 et 132-45 du code pénal [renvoi aux obligations du sursis avec mise à l'épreuve dont l'obligation de soins fait partie] » tandis que l'article 729 du Code de procédure pénale dispose que « lorsque la personne a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, une libération conditionnelle ne peut lui être accordée si elle refuse pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé par le juge de l'application des peines ».

250. L'obligation de soins est donc omniprésente en procédure pénale. Elle restreint de manière notable la libre disposition qu'ont d'elles-mêmes les personnes délinquantes, dès lors que le consentement de ces dernières à la poursuite des soins n'est pas requis ou demeure contraint. C'est bien au nom de l'ordre public pénal que ces dispositifs obligatoires ont été mise en place. Néanmoins, face à cette négation de la libre disposition de soi, se pose la question de la réelle efficience des obligations pénales de soins.

B. L'efficience contestée des soins contraints

251. En matière civile, il est clairement énoncé, à l'article 16-3 du Code civil, que « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». De même, selon l'article 1111-4 du Code de la santé publique, « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement ».

252. La situation des incapables majeurs et mineurs n'est pas différente. En effet, selon l'article L 1111-4 du Code de la santé publique, « le consentement du mineur ou du majeur sous

a été abrogé par la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 » (Jean-Yves MARÉCHAL, JurisClasseur Code Pénal, fascicule 20 : sursis avec mise à l'épreuve, N°47).

[309] Martine HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz Action (2016), chapitre 428 le suivi socio-judiciaire, n°428.111 : « Le législateur s'est inscrit dans le cadre d'une véritable religion du soin que l'on retrouve dans l'ensemble de la réforme de 2007 ». Du même auteur, lire *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale*, AJ pénal 2007, page 357 : « la loi a supprimé la règle du consentement du condamné lui-même, qui était antérieurement prévue à l'alinéa 2 de l'article 131-36-4. Jusque-là le législateur avait systématiquement pris position pour l'incitation, parfois très forte, au soin ; jamais il n'avait franchi le pas du soin totalement contraint ».

tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables ». A contrario, ces dispositions soulignent l'importance du consentement aux soins puisque d'une part, il est énoncé que ledit consentement doit être recherché de prime abord, et d'autre part, ce n'est que dans l'hypothèse où la personne incapable n'est pas douée de discernement et que son représentant prend une décision malavisée « ayant des conséquences graves » que l'autorité médicale reprend le pas sur la libre disposition de soi. Les conditions pour passer outre le consentement sont donc multiples et nous apprennent par-là l'importance de celui-ci.

253. Le refus de soins a d'ailleurs été promu au plus haut rang judiciaire européen par la Cour Européenne des Droits l'Homme, dans un arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*, dans lequel une femme, atteinte d'une maladie incurable dont les effets dévastateurs n'allaient qu'en s'aggravant, demandait l'assistance de son époux pour l'aider à mettre fin à ses jours, tout en ayant la garantie que les autorités ne poursuivraient pas ce dernier une fois l'acte accompli. Il a été précisément écrit que « sans nier en aucune manière le principe du caractère sacré de la vie protégé par la Convention, la Cour considère que c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification. A une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle. (...)La requérante en l'espèce est empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible. La Cour ne peut exclure que cela représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention [310]».

254. Tant le législateur que le juge européen protègent au maximum la libre disposition de soi, en imposant la recherche du consentement aux soins et en avalisant la légitimité du refus de ces soins. Nonobstant cette position, nul consentement aux soins n'est prévu en droit pénal, ou, s'il est indiqué dans les textes comme en matière de suivi socio-judiciaire, il est clairement contraint puisque son alternative est l'emprisonnement[311]. L'impératif d'ordre public se veut

[310] *Pretty contre Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n°2346/02, paragraphes 65 et 67.

[311] Le même raisonnement peut s'appliquer à l'injonction thérapeutique. Sur ce point, lire Patrick M. MISTRETTA, *L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal,* Revue internationale de droit pénal, 2011/1 (Vol. 82), p. 19-39 : « S'agissant de l'injonction thérapeutique exercée dans

plus fort que la libre disposition de soi. Toute la question reste de déterminer si cette position résiste à l'épreuve des faits.

255. En effet, nombreux sont les professionnels de la santé qui questionnent l'efficience de l'obligation de soins, principalement sur le fondement de l'absence de liberté du consentement auxdits soins, qui constitue pourtant la base même de tout acte thérapeutique. Le renoncement forcé à la libre disposition de soi n'est pas sans conséquence sur le traitement psychologique ou psychiatrique envisagé. Si par exemple la personne condamnée ne reconnaît pas la commission de l'infraction, ce qui est relativement courant notamment dans le domaine des mœurs, il sera difficile d'entamer un véritable travail thérapeutique avec elle.

256. Philippe SALVAGE aboutit à une conclusion nuancée concernant les obligations de soins, pointant le fait que certaines n'ont vocation à s'achever qu'avec la guérison du délinquant[312], ce qui entraîne une incertitude quant au « traitement dans le cadre de sciences encore bien hésitantes, dans les moyens dont elles disposent et dans leurs chances de succès »[313].

257. A l'unisson de ces doutes, les médecins quant à eux déplorent la venue de « patients » qui ne souhaitent que la délivrance du certificat médical attestant de leur présence et non la mise

---

le cadre du déclenchement des poursuites, si l'on ne peut guère douter que le consentement à l'acte médical intervient, il est permis néanmoins d'éprouver de sérieuses réserves quant à la liberté de ce consentement. En effet, au cours de l'audience d'injonction, le procureur de la République procède à un rappel à la loi et il indique à la personne ayant fait un usage illicite de stupéfiants que les poursuites pénales sont suspendues. (...) [Le] consentement [du prévenu] intervient après que le Parquet a rappelé à l'auteur que le classement sans suite est subordonné à la réussite de l'injonction ». Le consentement donné dans un tel cadre n'est immanquablement qu'apparent.

[312] Voir par exemple les dispositions relatives à la rétention de sûreté ; l'article 706-53-14 du Code de procédure pénale (« Si la commission [pluridisciplinaire des mesures de sûreté] conclut à la particulière dangerosité du condamné, elle peut proposer, par un avis motivé, que celui-ci fasse l'objet d'une rétention de sûreté dans le cas où :1° Les obligations résultant de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, ainsi que les obligations résultant d'une injonction de soins ou d'un placement sous surveillance électronique mobile, susceptibles d'être prononcés dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire, apparaissent insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 ; 2° Et si cette rétention constitue ainsi l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions ») et l'article 706-53-16 (« La rétention de sûreté peut être renouvelée, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, selon les modalités prévues par l'article 706-53-15 et pour la même durée, dès lors que les conditions prévues par l'article 706-53-14 sont toujours remplies »).

[313] Philippe SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie* ?, Droit pénal n° 2, Février 2010, étude 3. Son point de vue en 1997 était différent, lire en effet Philippe SALVAGE*, Les soins obligatoires en matière pénale*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 45, 5 Novembre 1997, doctrine 4062: « les soins obligatoires en matière pénale existent et sont d'ores et déjà largement pratiqués. Ils le sont dans l'intérêt objectivement apprécié du délinquant lui-même mais surtout dans l'intérêt général. On ne voit aucune raison définitive pour ne pas les étendre plus clairement aux délinquants sexuels, qu'ils soient en milieu libre ou même en milieu pénitentiaire, pourvu naturellement que toutes les précautions qui s'imposent soient effectivement retenues. Soigner ces délinquants, qui présentent pour autrui les risques que l'on sait, c'est faire en sorte qu'ils soient réinsérés et que les victimes potentielles ne soient plus en danger, c'est œuvrer à la sécurité de tous. On ne peut à la fois déplorer la récidive et ne pas tout faire pour l'éviter. Si le consentement aux soins est un principe

en place d'un réel traitement. « La notion de prise en charge n'est pas aisée pour les patients qui arrivent sur un CMP [centre médico-psychologique], enjoints par l'autorité judiciaire. (...) Leur premier but est tout simplement de venir chercher le « papier » pour le juge ou l'éducateur de probation »[314]. En outre, « ces patients-là, qui viennent parfois en urgence ou à reculons, car un avocat, un juge ou un conseiller de probation a dû insister pour que cette obligation soit tenue, ne se reconnaissent pas forcément malade ni souffrant, non plus que relevant d'un traitement »[315].

258. Un autre médecin se plaint de ce qu' « on entre progressivement dans un processus qui laisse entendre au public que la délinquance est une maladie qu'il faut soigner. Par cette confusion entre troubles mentaux et délinquance, on attribue au thérapeute un pouvoir imaginaire de guérir une conduite délinquante, ce qui lui échappe complètement. (...)De même que la justice se couvre par les expertises, elle instrumentalise les thérapeutes en décidant à ce à quoi doit servir le soin, en nous demandant de réduire les risques de dangerosité en vue d'un meilleur contrôle social »[316].

259. Par ailleurs, selon une étude menée sur le terrain en Seine-Saint-Denis, « trois grands groupes de patients ont été répartis selon trois diagnostics (critères de la CIM10) : troubles de la personnalité (28 %), troubles psychotiques (11 %), addictions (alcoolisme et toxicomanie) (11 %). (...) Ce qui semble remarquable, ce sont les 47 % de patients pour lesquels aucun trouble psychiatrique avéré n'a été trouvé au cours des entretiens»[317]. Il est donc difficile pour les

---

d'une indiscutable importance, il doit pouvoir éventuellement céder devant un intérêt général supérieur et incontestable ».

[314]Gabrielle ARENA, Frédérique MARETTE, *Enquête sur les obligations de soins en Seine-Saint-Denis EPS de Ville-Evrard*, L'information psychiatrique, 2007/1 (Volume 83), p. 23-28. DOI : 10.3917/inpsy.8301.0023. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-l-information-psychiatrique-2007-1-page-23.htm. Lire également Jean-Louis SENON, Un bilan en demi-teinte de l'interface santé justice, AJ pénal 2009 page 64 : « Les problèmes posés par la prise en charge des toxicomanes illustrent bien le fait que les équipes de soins restent dans notre pays réticentes pour l'injonction thérapeutique. Si celle-ci est reconnue comme facilitant l'initiation d'une prise de contact en vue de la prise en charge, les équipes de soins la voient comme source de manipulation avec une « course au certificat » et des pressions exercées sans demande réelle de soins ».

[315]Gilles VAN AERTRYCK, *Aux petits soins, bien soigné ! Soigner ou prendre soin des personnes placées sous main de justice*, VST - Vie sociale et traitements, 2015/2 (N° 126), p. 59-62. DOI : 10.3917/vst.126.0059. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-vie-sociale-et-traitements-2015-2-page-59.htm.

[316]Ritter Élisabeth CAILLAUD, *Psychothérapies sous contraintes*, L'information psychiatrique, 2009/8 (Volume 85), p. 715-718. DOI : 10.3917/inpsy.8508.0715. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-l-information-psychiatrique-2009-8-page-715.htm. Voir également, Renaud BOUVET – Marlène ABONDO – et Mariannick Le GUEUT, *Mission et statut du médecin coordonnateur dans l'injonction de soins. Bilan et perspectives quinze ans après la loi du 17 juin 1998* — AJ pénal 2014. 275: « À cet égard, nombre de coordonnateurs s'accordent à penser que si la psychiatrie est nécessaire à la compréhension du fonctionnement psychique du sujet et à l'évaluation du potentiel de risque d'une pathologie mentale, elle n'est pas suffisante pour l'appréciation du potentiel de risque de réitération ».

[317]Gabrielle ARENA, Frédérique MARETTE, *Enquête sur les obligations de soins en Seine-Saint-Denis EPS de Ville-Evrard*, L'information psychiatrique, 2007/1 (Volume 83), p. 23-28. DOI : 10.3917/inpsy.8301.0023. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-l-information-psychiatrique-2007-1-page-23.htm.Voir également,

médecins de concevoir et d'accepter cette transformation du délinquant en patient alors qu'il n'est pas nécessaire pour ce dernier de recevoir des soins.

260. L'on en revient ainsi à cette question fondamentale de savoir si une obligation de soins imposée par un tiers a un sens[318] ; en d'autres termes si l'ordre public peut légitimement brider la libre disposition de soi. La réponse ne saurait être que nuancée.

261. D'une part, les obligations de soins, même non consenties, peuvent s'avérer pertinentes[319]. En effet, l'on peut imaginer que, même en l'absence de pathologie psychiatrique avérée, l'ouverture d'un espace de paroles est certainement bénéfique pour des personnes généralement socialement carencées, qui n'ont jamais eu l'opportunité de s'exprimer sans être jugées par la société, représentée par les assistants sociaux, les services municipaux et autres représentants officiels. Devenir capable d'avoir un regard rétrospectif sur son parcours, de déterminer les raisons qui ont poussé au passage à l'acte, de travailler sur des perspectives d'avenir autres sont autant de moyens de prévenir les risques de récidive. Il ne faut pas négliger l'impact de la parole ainsi extraite de l'inconscient pour la construction d'un avenir meilleur.

Patrick M. MISTRETTA, *L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal*, Revue internationale de droit pénal, 2011/1 (Vol. 82), p. 19-39. DOI : 10.3917/ridp.821.0019. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-internationale-de-droit-penal-2011-1-page-19.htm : « Impuissant à remédier à ces maux, le droit pénal a recouru à la médecine pour tenter d'apporter une solution plus effective aux causes de cette criminalité, de sorte que la délinquance apparaît de plus en plus souvent conçue comme une maladie, alors même que la proportion de véritables malades se situerait autour de 2 à 5 % chez les auteurs d'homicide et de 3 à 5 % chez les auteurs d'infractions sexuelles ». Voir également, Jean-Louis SENON et Cyril MANZANERA*, L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive*, AJ pénal 2007. 367 : « Les bases du débat comme des critiques tiennent aux données actuelles de la clinique psychiatrique telles qu'elles se retrouvent dans la littérature internationale(2) : la plupart des crimes et délits ne sont pas commis par des malades mentaux et, par exemple, moins d'un homicide sur vingt est le fait d'un malade mental et moins de 1 % des auteurs de violences sexuelles présentent une pathologie psychiatrique avérée ». Dans le même sens, lire le rapport n° 358 (2006-2007) de M. François ZOCCHETTO, fait au nom de la commission des lois, déposé le 3 juillet 2007, dans le cadre du projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs : « M. Evry Archer, directeur du SMPR de Lille, a rappelé que tous les délinquants sexuels n'étaient pas susceptibles d'un traitement**.** Il a relevé que la conférence de consensus sur la mise en oeuvre de la loi du 17 juin 1998 avait exclu le traitement dans plusieurs hypothèses notamment lorsque l'intéressé ne reconnaissait pas les faits ou refusait les soins ».

[318] Sur ce point, lire Xavier LAMEYRE, *Pour une « poétique » des soins pénalement ordonnés*, Les cahiers de la justice 2008. 71 : des « tensions proviennent notamment de la présence concomitante de deux logiques d'action dont les sources et les visées opposées organisent les institutions pénales, sociales et médicales dans lesquelles ils [les médecins] œuvrent : d'une part, une logique collective et sécuritaire qui a pour axe prioritaire la protection et la défense sociale ainsi que la mise en place des moyens objectifs les garantissant ; d'autre part, une logique individuelle et humanitaire qui est principalement animée par la compréhension des personnes, par le souci de la singularité de rencontres porteuses de changement existentiel, par le respect de l'intersubjectivité reliant les individus, quel que soit leur statut pénal ou social ».

[319] En ce sens, lire Katherine CORNIER, *Les soins pénalement ordonnés*, Les Tribunes de la santé, 2007/4 (n° 17), p. 87-95. DOI : 10.3917/seve.017.0087. URL : https://www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante-2007-4.htm-page-87.htm: « Tous les praticiens, qu'ils soient juges ou médecins, ont eu à connaître de personnes qui, sans l'injonction judiciaire, n'auraient pas entrepris de démarche de soins, la jugeant par avance inutile, mais en ont tiré le plus grand bénéfice. Il existe donc un espace commun entre peine et soin, et nous pensons avec Denis Salas que si « assigner une finalité thérapeutique à la peine n'a pas plus de sens que de donner un sens punitif à la thérapie », la peine peut comporter « un espace pour que l'autonomie du soin conduise vers la réhumanisation ».

Le travail de la Justice consiste à forcer les portes de la libre disposition de soi pour tenter d'en sortir le meilleur et d'en extraire le pire. « Si, comme l'affirmait R. Badinter, « toute loi pénale est une loi de défense sociale », cette attention portée à la collectivité n'est pas antinomique relativement à celle concernant les personnes individuelles, la santé recouvrée de celles-ci ne pouvant être contraire aux intérêts de celle-là »[320].

262. D'autre part néanmoins, si le prévenu ou la personne condamnée se refuse à coopérer avec les médecins, parce qu'il ne reconnaît pas les faits, parce qu'il estime ne pas avoir besoin d'un traitement psychiatrique, l'obligation de soins est de manière certaine, vouée à l'échec. La thérapie implique plus que le consentement aux soins, elle en appelle à l'adhésion aux soins. Or, si l'individu décide de disposer autrement de lui-même en refusant le processus psychothérapique, nulle force humaine ne pourra le faire plier. C'est en ce sens que l'ordre public trouve sa limite dans la contention de la libre disposition de soi.

263. En conclusion, la libre disposition de soi paraît triompher ponctuellement de l'impératif de cohésion sociale portée par l'ordre public. Les individus demeurent souverains quant à la disposition qu'ils ont d'eux-mêmes, quitte à abréger leur vie à coup de substances dopantes ou stupéfiantes. Si ceux-ci sont en effet prêts à faire face aux conséquences pénales ou civiles de leurs actes, rien ne pourra en empêcher la survenance. Un constat différent altère l'avenir de l'ordre public de protection.

SECTION II LES LIMITES DE L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION FACE AUX PASSAGERS CLANDESTINS ÉCONOMIQUES

264. L'ordre public de protection s'est développé dans le but de garantir l'équité dans les relations contractuelles, là où régnait auparavant le principe d'autonomie de la volonté. Le législateur s'est en effet intéressé au sort des individus vulnérables, tels que le consommateur, le locataire, le fermier, pour leur assurer un minimum de sécurité juridique dans les transactions économiques. C'est ainsi par exemple que le droit de la consommation « vise à protéger les

[320]Xavier LAMEYRE, *Pour une éthique des soins pénalement obligés*, RSC 2001, page 521. Dans le même sens, lire Etienne VERGÈS, Cédric RIBEYRE, Anne-Gaëlle ROBERT, *Chronique législative*, RSC 2007, page 853 : « Si le principe du consentement aux soins correspond à un droit inhérent à toute personne humaine dont nul ne saurait être privé, quand bien même il serait l'auteur d'une infraction, il s'avère parfois difficilement conciliable avec les objectifs pénaux de lutte contre la délinquance. Tel est précisément le cas lorsque l'état de santé mentale d'une personne est, au moins partiellement, à l'origine de sa conduite criminelle ou constitue un frein à sa réadaptation sociale. L'intérêt objectivement apprécié du délinquant à être soigné se combine alors avec l'intérêt général qui commande, pour la sécurité de tous, de prévenir la récidive en combattant la cause même de la criminalité, autrement dit la maladie. La dialectique subtile entre soigner ou punir s'efface alors et laisse place aux soins pénalement soutenus ».

consommateurs « contre leur propre faiblesse », [il] prend en compte leur situation d'infériorité vis-à-vis des cocontractants professionnels »[321].

265. Cet ordre public limite donc la libre disposition de soi, dans un but altruiste de protection de la personne. La faiblesse de ce corps de règles législatives réside dans leur application indifférenciée à l'ensemble de la population, quand bien même une minorité de celle-ci a pour seule intention de déroger aux règles sociales. Ces individus réclament la protection de l'ordre public, alors même qu'ils ne respectent pas les règles juridiques en vigueur. En définitive, leur but est d'assouvir leurs désirs individuels, sans avoir égard aux conséquences économiques de leur comportement. Ils sollicitent en conséquence une totale libre disposition d'eux-mêmes, sous une forme qui apparaît dévoyée de sa figure originelle. Il appartient alors aux juges de jauger de la bonne foi des justiciables qui s'adressent à eux.

266. En conséquence, il y a ceux pour lesquels une protection est nécessaire (§1) et ceux que l'ordre public renvoie à leur responsabilité individuelle pour qu'ils cessent de tirer profit du système, au nom d'une libre disposition de soi auto-centrée (§2).

§1 La nécessité de l'ordre public de protection

267. « Il est devenu, depuis un certain nombre de décennies, banal d'observer un accroissement des contraintes, une multiplication des restrictions à la liberté contractuelle, un développement de divers corps de règles marqués par un souci de régulation propre à limiter le pouvoir de la volonté, là où l'on avait pu, pendant longtemps, croire celui-ci à l'abri des règles impératives »[322]. Dans ce cadre, la libre disposition de soi est limitée, ce dans le but de protéger

[321] Gérard COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Etudes offertes à Jacques Flour,* Defrénois (1979), page 95.

[322] François TERRÉ, « Rapport introductif » dans Thierry REVET (sous la coordination de), *l'ordre public à la fin du XXè siècle*, Dalloz (1996), page 3. Lire également, dans un langage quelque peu daté, Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil,* Montchrestien (1996), page 122 : « pour les rédacteurs du Code civil, *la notion d'ordre public* ne jouait guère qu'en ce qui concernait l'organisation de l'Etat, celle de la famille, la protection des incapables, l'interdiction de rétablir les règles de la féodalité. Mais l'évolution du droit vers le socialisme a élargi considérablement le domaine de l'ordre public, dont le rôle est aujourd'hui primordial dans le contrat de travail, les baux à ferme ou à loyers, plus généralement dans toutes les matières où l'Etat est intervenu pour imposer une réglementation et limiter les effets de la volonté des individus ». Lire également Rapport de M. Philippe MALAURIE, in *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française,* Eugène Doucet (1952) : « les transformations récentes de l'ordre public lui ont donné une ampleur nouvelle qui a ajouté à son obscurité. La liberté n'est plus l'objet même du droit ; l'ordre public n'a plus pour seul but et justification de préserver la liberté. Tout autre apparaît son rôle aujourd'hui : il est devenu aussi une idée repoussant la liberté dont il délimite sans cesse plus étroitement les frontières ». Lire également Gérard COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Etudes offertes à Jacques Flour,* Defrénois (1979), page 95 : « au cours de la dernière période, *les lois* se sont multipliées, qui répondent à la définition de l'ordre public de protection – elles restreignent la liberté des conventions afin de protéger certains contractants faibles à l'encontre de contractants forts. On pense particulièrement au développement singulier de la législation protectrice des consommateurs ». Lire également Jacques MESTRE,

la partie faible au contrat, laquelle ne serait pas en mesure de défendre seule son point de vue dans l'arène juridique où les rapports sont frappés du sceau de l'inégalité en termes de connaissances et de richesses. L'ordre public de protection intervient en conséquence pour restreindre la libre disposition des deux parties aux contrat aux fins de protéger la personne la plus démunie et s'assurer que la convention ne sera pas trop inégalitaire. C'est la raison d'être notamment du formalisme informatif applicable aux contrats de crédit qui, s'il n'est pas respecté par le prêteur, entraîne sa déchéance du droit aux intérêts. L'établissement de crédit ne pourra mener ses relations contractuelles comme il l'entend, mais cette restriction est entièrement dédiée à la protection du consommateur qui ne sait pas lire avec l'œil aiguisé du spécialiste un contrat de crédit.

268. Ainsi, l'ordre public de protection constitue-t-il un rempart contre la société de marché où tout s'achète et se vend[323]. Sans ordre public, la libre disposition de soi apparaît totale. Mais ce n'est pas un projet de société à appeler de nos vœux, dès lors que demeure le risque de l'invasion de la société par le marché et l'apparition de l'homme « inutile » dont les autres personnes pourraient se passer sans perte de revenus, ni de « bien-être ». « La première catégorie d'hommes inutiles est donc constituée de ceux qui pour survivre ont besoin en permanence de l'assistance des autres, lesquels y consacrent donc une partie de leurs revenus (...). La seconde catégorie est constitué des working poors et tous les « précaires » qui enchaînent des « petits boulots » généralement peu qualifiés mais qui leur permettent de

Rapport français, in *Travaux de l'association Henri Capitant, L'ordre public*, LGDJ (2001), page 125 : « Depuis de nombreuses années, [le législateur] adopte des dispositions impératives, des dispositions d'ordre public, pour protéger l'un des contractants qu'il estime en situation de faiblesse et donc pour rééquilibrer une relations contractuelle qu'il juge inégale. Autrement dit, tout se passe comme si le recul de l'ordre public de direction tait largement compensé par une promotion de l'ordre public de protection, très présent dans les relations privées et souvent au services d'intérêts catégoriels (locataires, fermiers, consommateurs, surendettés …), dont la satisfaction apparaît au législateur comme nécessaire au maintien de la paix sociale ». Lire également Clotilde BRUNETTI-PONS, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », in *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud,* Litec (2007): « L'ordre public traditionnel était peu directif. Il n'imposait pas aux parties le contenu de leur contrat mais interdisait ceux dont l'objet était contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. (…) Il s'agissait alors surtout de préserver certains « principes permanents de civilisation ». L'ordre public économique et social qui fut ensuite développé répondit à une autre attente : une quête de justice sociale. (…) [Se développa notamment] un ordre public économique de protection, lequel (…) entr[e dans le domaine] de la justice « particulière » (…). Ce nouveau concept représenta un instrument de réforme sociale. (…) Apparut notamment l'idée que [l'Etat] peut jouer un rôle significatif dans la protection du contractant en situation de faiblesse. Cela entraîné l'introduction de dispositions impératives dans le Code civil. C'est ainsi également que fut adoptée, par exemple, la législation protectrice du consommateur ».

[323] Michael J. SANDEL, *Ce que l'argent ne saurait acheter*, Seuil (2014), page 34, 37. Michael J. SANDEL prend pour exemples l'emploi d'un étudiant ou d'une personne sans abri pour patienter toute la nuit dans une file d'attente à la place d'un lobbyiste qui souhaite assister à une audience parlementaire, la lecture d'un livre si vous êtes élève en CE1 dans une mauvaise école de Dallas, la perte de sept kilos en quatre mois si vous êtes obèse ». Selon cet auteur, « le plus funeste de tous les changements propres aux trois dernières décennies n'a pas résidé dans cette avidité accrue : il tient à ce que le marché et les valeurs marchandes ont envahi des sphères de la vie où ils n'ont pas leur place ».

survivre sans subventions autres que le soutien familial. (...) S'ils fournissent des services certes bon marché, ceux-ci sont de piètre qualité car rendus par du travail que l'intermittence et la précarité de l'emploi ne permettent pas d'améliorer. (...) Ils deviennent [ensuite] inutiles à eux-mêmes, dans l'incapacité d'évoluer et de s'arracher des « soutes » de la société dans laquelle ils sont piégés »[324].

269. Or, un « homme inutile » n'a plus la libre disposition de lui-même car un minimum de sécurité matérielle est nécessaire pour que l'individu puisse effectuer librement des choix sur ses modes de vie. Si l'on ne veut donc pas exclure, désaffilier les « hommes inutiles », il faut maintenir l'ordre public de telle sorte qu'un plancher social minimum soit assuré. C'est ce qui explique la floraison des ordres publics de protection, que ce soit en droit de la consommation, en droit du surendettement, en droit de l'incapacité juridique, en droit des locations à usage d'habitation, mais également en droit social ou en droit des assurances.

270. Quant à ce dernier exemple emprunté au droit des assurances, rappelons que la personne qui se voit opposer des refus unanimes de garantir les risques de sa conduite automobile peut saisir le bureau central de tarification qui fixera « le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé »[325]. Un ultime refus de l'assureur exposerait ce dernier à se voir retirer son agrément administratif. Il en va de même pour les assurances concernant la construction des maisons[326]. Ceci constitue une atteinte exceptionnelle à la liberté de contracter, aménagée dans l'intérêt et pour la protection des personnes qui ont occasionné un nombre conséquent d'accidents de la circulation et que plus aucune compagnie n'accepte d'assurer. Or, si l'on extrapole sur ce cas de figure, un tel refus peut conduire à une exclusion de la société. En effet, si la personne concernée n'habite pas dans un lieu proche des transports en commun, elle est susceptible de perdre son emploi, ne pouvant plus s'y rendre. Par ailleurs, elle aura bien du mal à maintenir

[324] Pierre-Noël GIRAUD, *L'Homme inutile. Du bon usage de* l'*économie*, Odile Jacob (2015), pages 235 à 237.
[325] Article L 212-1 du Code des assurances.
[326] Article L 243-4 du Code des assurances : « toute personne assujettie à l'obligation de s'assurer qui, ayant sollicité la souscription d'un contrat auprès d'une entreprise d'assurance dont les statuts n'interdisent pas la prise en charge du risque en raison de sa nature, se voit opposer un refus, peut saisir un bureau central de tarification (...) . Le bureau central de tarification a pour rôle exclusif de fixer le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé. I peut déterminer le montant d'une franchise qui reste à la charge de l'assuré ».

des liens sociaux, si elle ne peut prendre une voiture pour se déplacer et exercer par exemple un droit de visite et d'hébergement sur ses enfants.

271. L'on adoptera la conclusion suivante : « les difficultés actuelles du libéralisme, tant au plan national que, plus encore, international, suffisent (…) à montrer qu'un ordre, extérieur aux seules volontés individuelles (...), est indispensable. Le domaine de l'ordre public économique et social ne peut être exagérément réduit, pas plus d'ailleurs que la liberté contractuelle, tout l'art du législateur étant de trouver pour chaque période et chaque domaine l'équilibre le plus conforme à l'intérêt général, assurant à la fois l'utilité sociale et la justice contractuelle »[327]. La libre disposition de soi peut donc être légitimement bridée par l'ordre public, chaque fois qu'il est nécessaire de protéger un individu contre le système marchand qui lui ferait perdre toute autonomie. Si l'ordre public de protection apparaît comme une nécessité, il faut avoir égard, dans son application, aux passagers clandestins économiques.

§2 L'ordre public de protection à l'épreuve des passagers clandestins

272. Serge PAUGAM[328] a démontré, enquête de terrain à l'appui, le glissement sémantique et intellectuel qui s'opère entre « l'assistance différée » et « l'assistance revendiquée », en passant par « l'assistance installée ». Dans un premier temps, les personnes vivant de l'aide sociale éprouvent une répugnance contre leur situation, rechignent à demander des aides financières aux intervenants sociaux et se motivent pour retrouver un emploi. Puis, dans un second temps, ils rationnalisent leur absence d'emploi et leur statut associé d'assistés, en expliquant notamment qu'ils ne sollicitent de l'aide que pour leurs enfants[329] ou parce qu'ils sont malades. Ils se mettent à manipuler les assistantes sociales aux fins d'obtenir tous les financements qu'ils estiment nécessaires[330]. Et enfin, lorsque le processus de désocialisation est abouti, cette population n'émet plus aucun désir de chercher du travail et devient agressive lorsque les aides financières attendues ne viennent pas[331]. « La première raison de l'absence de

[327] Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : le contrat – le consentement*, LGDJ (2013), page 382.
[328] Serge PAUGAM, *La disqualification sociale*, PUF Quadrige (2013).
[329] Serge PAUGAM, *op. cit.,* page 98 : « C'est pour les enfants, c'est par pour ... pas pour nous, parce que c'est pour les enfants, c'est pour les enfants, c'est tout hein. Elle (l'assistante sociale) va dans les écoles ... Elle fait le tour des écoles. C'est pour les enfants, elle aide seulement les enfants, pas pour nous ... ». F., 32 ans, vie maritale, 5 enfants, mère au foyer, logement HLM, sans diplôme.
[330] Serge PAUGAM, *op. cit.*, page 105 : « Mais on peut citer aussi d'autres exemples où la coopération correspond en réalité à une stratégie e contrôle du domaine d'intervention de l'assistante sociale. Il s'agit alors d'une entente cordiale ou d'un acquiescement poli et opportuniste qui traduit une forte résistance à l'intention pédagogique du travail social ».
[331] Serge PAUGAM, *op. cit.*, page 111 : « les *assistés* n'ont plus aucun scrupule à demander une intervention sociale et on remarque que les travailleurs sociaux sont perçus par eux comme des agents à leur service. La relation

motivation à l'emploi est liée à l'âge. Ceux qui ont plus de quarante ans, assistés depuis plusieurs années, n'espèrent plus trouver un emploi. (...) Par ailleurs, ils ont intériorisé la logique de l'assistance et les services d'action sociale, dont ils connaissent désormais tous les rouages »[332]. Serge PAUGAM, tout en reconnaissant la nécessité d'un système d'aides financières en vient à déplorer cette situation en écrivant que l'assistance « porte parfois atteinte à la dignité de l'être humain et fait naître en lui une misère morale encore plus grande. Par ce dispositif, une grande partie de la population précarisée perd progressivement toute motivation à l'emploi et se destine à être perpétuellement prise en charge ».

273. Il s'agit donc ici de traiter des personnes certes financièrement démunies, mais dont la volonté est finalement biaisée car ils ont, ainsi que Serge PAUGAM l'a démontré, « intériorisé la logique de l'assistance ». Seront ici examinés deux exemples particulièrement topiques de la matière abordée : le surendettement (A), puis le contentieux des baux d'habitation (B). Dans ces deux domaines en effet, se logent des personnes de mauvaise foi qui, au nom d'une libre disposition d'elles-mêmes totalement auto-centrée, veulent tourner les règles du système à leur unique profit. Celles-là, quand bien même elles sont minoritaires, ne bénéficieront pas du parapluie juridique qu'est l'ordre public de protection. Leur libre disposition sera préservée, mais au détriment de leur bien-être financier.

A. Le surendettement

274. Les procédures de surendettement ont été construites aux fins de permettre aux personnes de bonne foi, dans " l'impossibilité manifeste (...) de faire face à l'ensemble de [leurs] dettes non professionnelles exigibles et à échoir"[333], de conserver un minimum vital de nature à préserver la libre disposition qu'ils ont d'eux-mêmes. Par exemple, le redressement personnel sans liquidation judiciaire « entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur (…) »[334]. Cette mesure s'applique globalement à des personnes ne bénéficiant plus que des minimas sociaux, sans emploi depuis de nombreuses années, dont les charges n'ont pas vocation à diminuer pour être réduites au paiement du loyer et de l'électricité. Ces dernières ont parfois déjà bénéficié d'une suspension d'exigibilité de leurs dettes, sans que leur situation ne

assistant-assisté prend la forme d'un rapport distributeur-consommateur. Dès lors, le jeu consister à tirer le meilleur profit possible de l'assistance ».

[332] Serge PAUGAM, *op. cit.,* page 108. Il donne ensuite comme exemple, sur cette même page, d'une femme sans emploi qui « fréquente désormais tous les services d'action sociale (...) et [qui] quand elle n'obtient pas entière satisfaction, (...) rend visite aux élus pour leur demander d'intervenir directement auprès des travailleurs sociaux ».

[333] Article L 711-1 du Code de la consommation.

[334] Article L 741-3 du Code de la consommation.

s'améliore. Aux fins de ne pas les laisser dans une situation où elles sont littéralement harcelées par leurs créanciers, le législateur leur donne une nouvelle chance de départ en effaçant la quasi-intégralité de leurs dettes. C'est une mesure radicale mais efficace face à la grande pauvreté, et qui permet aux débiteurs de retrouver le contrôle de leur vie financière. C'est en ce sens que le droit du surendettement est favorable à la libre disposition de soi. En cette matière en effet, se trouvent des instruments juridiques propres à protéger les individus contre leur propre imprévoyance et impécuniosité car le législateur a certainement estimé que la responsabilité ne leur en incombait pas réellement. En conséquence, les personnes surendettées de bonne foi se voient octroyer la possibilité d'un nouveau départ financier pour recouvrer la libre disposition de leur vie. Il existe cependant des limites à la protection de la personne surendettée. Dans certaines hypothèses bien circonscrites, celle-ci doit être renvoyée à sa liberté de disposer d'elle-même. Elle ne pourra bénéficier des effets bénéfiques de l'ordre public de protection qu'elle a tentés de détourner à son unique profit alors qu'elle n'y était pas éligible.

275. En premier lieu, il convient de s'intéresser au traitement de la notion de bonne foi[335]. L'approche juridictionnelle de cette notion est bienveillante puisque la bonne foi se présume et s'apprécie au jour où le juge statue[336]. Par exemple, des personnes déclarées de mauvaise foi dans une première procédure parce qu'elles ont signé, en l'espace de quelques semaines, de nombreux chèques sans provision pour des dépenses qui ne sont pas toutes de première nécessité, pourront être déclarées de bonne foi lorsqu'elles redéposent un deuxième dossier de surendettement en apportant la preuve de ce qu'elles ont débuté le remboursement de leurs dettes. La Cour de cassation a en effet posé que l'on ne juge pas « par voie de référence à des causes déjà jugées » mais que le magistrat doit « se déterminer, pour apprécier la bonne foi de la débitrice, d'après les circonstances particulières de la cause, au vu de l'ensemble des éléments qui lui [son]t soumis au jour où [il] statu[e] »[337].

276. En outre, nonobstant le fait que la Cour de cassation a affirmé que « l'appréciation de l'absence de la bonne foi du débiteur ne peut conduire à une recevabilité partielle de sa

[335] Sur ce thème, lire Catherine SÈVELY-FOURNIÉ, *Réflexions sur la décision de clôture pour motif d'irrecevabilité prononcée par les commissions de surendettement*, Dalloz 2017, page 2312 ; Valérie AVENA-ROBARDET, *Le débiteur qui ne recherche pas d'emploi peut être exclu de la procédure de surendettement*, Dalloz Actualité 18 janvier 2016 ; Béatrice VIAL-PEDROLETTI, *Paiement du loyer : appréciation de la bonne foi du locataire dans le cadre d'une procédure de rétablissement personnel*, Loyers et Copropriété n° 9, Septembre 2015, comm. 183.

[336] Pour une application de ce principe, lire Stéphane PIÉDELIÈVRE, Bonne foi et nouvelle demande, Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2017, comm. 172.

[337] Civ 2°, 10 mars 2005, n° 04-04012. Lire néanmoins, sur un possible infléchissement de la jurisprudence Guillaume PAYAN, *Surendettement : bonne foi du débiteur et omission de déclaration*, Dalloz Actualité 23 mai

demande »[338], rien n'empêche, puisque nous ne sommes pas dans un pays de Common Law, d'entrer en résistance et de retenir, lorsque cela est nécessaire, une mauvaise foi divisible. Par exemple, un débiteur pourra être déclaré de bonne foi, sauf pour ce qui concerne son bailleur parce qu'il a quitté son logement en laissant les lieux dans un état très dégradé[339]. Il devra donc rembourser ledit bailleur, tandis que ses autres dettes pourront être effacées s'il remplit les critères d'une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. Le même raisonnement est transposable au débiteur qui, sciemment, décide de ne pas régler ses loyers à deux bailleurs successifs[340].

277. Ainsi, la bonne foi constitue un instrument de refoulement des passagers clandestins qui chercheraient à profiter de la clémence législative pour creuser à plusieurs reprises leur déficit budgétaire personnel car ils seront déclarés de mauvaise foi et en conséquence évincés de la procédure de surendettement.

278. En second lieu, il arrive, dans le cadre du droit applicable jusqu'au 31 décembre 2017, que des couples de jeunes gens, situés dans la tranche d'âge des 20-35 ans, se voient proposer par la Commission de Surendettement une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire- soit un effacement complet de leurs dettes- alors qu'ils n'ont jamais exercé de travail rémunéré, et qu'ils ont nonobstant plusieurs enfants à charge. Faut-il protéger

2017 ; Stéphane PIÉDELIÈVRE, *Bonne foi et omission d'une dette*, Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2017, comm. 171 ;

[338] Civ 2°, 15 octobre 2015, n°14-22395. Le juge avoir alors retenu la mauvaise foi du débiteur pour une dette qui avait pour origine une infraction pénale mais avait retenu sa bonne foi pour les autres crédits. Sur cet arrêt, lire Valérie AVENA-ROBARDET, *Surendettement (bonne foi) : portée de la mauvaise foi des débiteurs – Cour de cassation, 2e civ. 15 octobre 2015*, Dalloz 2015, page 2124 ; Stéphane PIÉDELIÈVRE, B*onne foi et admission partielle*, Revue de Droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2016, comm. 32.

[339] Jugement TI Limoges, 15 décembre 2015 : « Le fait de dégrader ainsi le logement, dans des proportions non négligeables et en contravention avec les règles édictées par la loi du 6 juillet 1989, apporte la preuve de ce que Monsieur X a sciemment aggravé son endettement, alors même qu'il était déjà redevable de loyers et de charges, caractérisant ainsi sa mauvaise foi à l'égard de son ancien bailleur (Cour d'Appel de METZ, 9 avril 2015, RG 14/02126 ; Cour d'Appel d'AGEN, 25 novembre 2014, n° RG 13/01003). Cette dette devra donc également être exclue de toute remise ou effacement ».

[340] TI Limoges, 21 juin 2016 : « Par ailleurs, la créance de la SCI Y trouve son fondement dans un jugement en date du 13 décembre 2010, ayant condamné Monsieur X à lui payer notamment la somme de 921,42 euros, au titre des loyers impayés au 30 novembre 2010. Ladite créance est donc bien antérieure à l'ouverture de la procédure de surendettement. Il est néanmoins à noter que Monsieur X a créé une nouvelle dette locative subséquente, pour l'occupation et la dégradation d'un logement appartenant à l'ODHAC, des mois de novembre 2011 à mai 2014, d'un montant de 8.306,23 euros. Il ressort du décompte de cet organisme que le débiteur n'a tout simplement réglé aucun loyer. La conjonction de ces deux éléments met à jour la mauvaise foi du débiteur vis-à-vis de son ancien bailleur, la SCI Y, le paiement du loyer n'étant absolument pas une priorité pour celui-ci. Ce dernier a de ce fait volontairement aggravé son endettement en n'effectuant aucun effort pour payer ne serait-ce qu'une partie de son loyer. Il convient donc de dire que la créance de la SCI Y sera écartée de tout effacement. Concernant le reste des dettes, compte tenu de la situation financière de Monsieur X, le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire sera confirmé ».

ces individus contre leur propre manque de prévoyance ? Oui mais dans des limites raisonnables.

279. Il apparaît que, dans ce type d'hypothèses, il est adapté d'imposer aux débiteurs une suspension d'exigibilité de leurs dettes pendant une durée de deux ans, leur laissant ainsi le temps nécessaire pour tenter de se former et de trouver un travail, étant entendu qu'ils ont pour obligation, pendant cette période de temps, de ne pas aggraver leur endettement. Mais, avaliser la reproduction de modes de vie où les personnes ont baissé les bras et ne cherchent même plus à travailler, n'est pas une solution adaptée, même pour les individus concernés. Il s'agit certes d'une autre façon de les protéger d'eux-mêmes mais tout en les responsabilisant.

280. En outre, il existe des personnes qui transforment les redressements personnels sans liquidation judiciaire en mode de gestion budgétaire et bénéficient de ces procédures à plusieurs reprises. Si, dans de nombreux cas, il s'agit de personnes qui ne perçoivent tout simplement pas assez d'aides pour survivre[341], d'autres dépensent leur argent dans des domaines superflus puis se tournent vers la Banque de France parce qu'ils ne parviennent plus à se sustenter, compte tenu du montant mensuel de leurs crédits. Dans ces hypothèses, il convient d'enjoindre à la Commission de leur recommander un suivi budgétaire. Que l'on ne se méprenne pas sur le sens de ce paragraphe. Le pourcentage des passagers clandestins dans le flux des procédures de surendettement est infime, mais il existe.

281. Il faut certes protéger les personnes démunies, quitte à restreindre la libre disposition de leurs créanciers. Mais il convient également de leur insuffler l'idée qu'elles doivent dorénavant reprendre les rênes de leur vie budgétaire, et retrouver la libre disposition qu'elles ont d'elles-mêmes. La preuve en est que, sauf cas particuliers de mauvaise foi soulevée par un créancier ou par la Commission de Surendettement elle-même, le juge ne s'intéresse pas à l'objet de prêts contractés par les débiteurs. Si ces derniers ne parviennent pas, de bonne foi, à l'équilibre budgétaire, ils bénéficieront d'une nouvelle procédure de surendettement. Dans l'hypothèse

[341] « N'est pas de mauvaise foi la personne qui est dans l'incapacité de faire face à ses besoins élémentaires en raison de l'insuffisance chronique de ses ressources » (Cour d'Appel de GRENOBLE, 26 août 2015, Contrats, concurrence, consommation n°11, novembre 2015, commentaire 269).

inverse, il existe des moyens de contrer leur inertie. Il n'y a donc pas de protection à tout prix des débiteurs, ce qui est également le cas des locataires.

B. Les baux d'habitation

282. Compte tenu de l'importance cruciale pour tout un chacun de bénéficier d'un toit sur sa tête, le régime applicable aux baux d'habitation, telle qu'édicté par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, est en faveur des locataires. Ces derniers ont certes des devoirs, comme celui de régler certaines charges ou d'user paisiblement des lieux mis à leur disposition, mais ils ont également de nombreux droits comme celui de disposer d'une habitation décente, de voir renouveler leur bail de manière tacite, et même, dans certains secteurs tendus, de voir réglementer le prix de leur loyer. La réglementation de la matière fait écrire à Monsieur AUBERT que « le régime du contrat de location manifeste une réaction assez vive du droit aux inégalités affectant le locataire, réaction qui peut aller jusqu'à l'instauration d'une véritable inégalité juridique inverse »[342].

283. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'expulser un locataire, dans le cadre d'une procédure de référé, pour non-paiement du loyer ou défaut d'assurance locative, le Préfet doit en être informé, ainsi que, s'agissant des bailleurs personnes morales, la Commission de coordination des actions de prévention des expulsions locatives ou les organismes de délivrance des aides sociales (CAF). En outre, les locataires reçoivent un coup de semonce préventive, par le biais d'un commandement de payer qui doit être resté un ou deux mois sans effet pour que la procédure d'expulsion suive son cours. Enfin, le juge a la possibilité de suspendre les effets de la clause résolutoire pour accorder des délais de paiement au débiteur défaillant.

284. Une fois encore, se pose la question de savoir jusqu'à quel point l'ordre public de protection doit sauvegarder le locataire qui ne règle plus ses loyers d'une éventuelle expulsion. En d'autres termes, faut-il préserver à chaque affaire la libre disposition du débiteur de loyers ou bien est-il nécessaire de réserver les bons offices de l'ordre public de protection pour certains cas désespérés ?

285. Dans l'hypothèse où le locataire se présente à l'audience, des renseignements peuvent être utilement pris sur sa situation financière, sur les raisons de son endettement. Une meilleure compréhension de la situation permet de rendre une justice plus utile. Par exemple, même dans le cas d'une dette locative importante, des délais de paiement peuvent être octroyés à une femme

[342] Citation extraite de Jacques GHESTIN, *Les effets pervers de l'ordre public*, in *Les mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA. Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz (2001), page 125 et suivants.

démunie de titre de séjour régulier sur le territoire français et donc non attributaire des allocations de la CAF, mais qui a une enfant qui est scolarisée en France, ce sur le fondement du caractère fondamental du droit au logement, et à franchement parler, de la mansuétude dont on doit faire preuve devant des situations de réelle détresse.

286. Mais que faire lorsque le locataire ne se présente pas à l'audience : faut-il en déduire qu'il a baissé les bras, qu'il ne peut supporter l'humiliation d'une audience publique, ou qu'il a perdu tout intérêt pour sa propre situation ou encore qu'il compte sur l'attitude indulgente du juge face aux personnes indigentes ? Il faut tout de même souligner que certains locataires sont entrés dans les lieux et n'ont pas réglé un seul et unique loyer alors que le propriétaire, contrairement aux stéréotypes, n'est pas forcément une institution sociale, ou une personne riche disposant de multiples logements. Ce peut être tout simplement une personne retraitée pour laquelle il est nécessaire de percevoir son loyer aux fins de vivre elle-même décemment ou d'une SCI de particuliers qui ont vu une opportunité, dans l'acquisition d'un immeuble, de tirer quelques profits mais qui ont besoin des fonds issus des loyers pour rembourser leur prêt immobilier que sinon ils règlent sur leurs deniers personnels.

287. Plusieurs positions sont susceptibles d'être adoptées. La première consiste à octroyer des délais de paiement quelle que soit la situation, en estimant que la clause résolutoire reprendra ses effets si le locataire n'a pas su ou pu saisir cette chance de demeurer dans les lieux. Pour la seconde option, l'on peut se fixer un montant maximum, adapté au contexte local, au-delà duquel l'on considère que la dette a atteint un seuil irréversible rendant toute probabilité de remboursement totalement improbable et justifiant donc une expulsion sans octroyer de délais de paiement. Les deux solutions sont équivalentes en termes de résultat final et procèdent d'une même logique d'équité. Où l'on constate que, si les textes protègent la partie dite faible, c'est-à-dire le locataire, c'est l'autre partie à la convention qui nécessite parfois la compréhension judiciaire.

288. Parce que surendettement et expulsion locative marchent souvent main dans la main, un nouveau pas a été franchi dans le sens d'une meilleure protection des débiteurs. La loi n°89-462 du 6 juillet 1989 ainsi que le Code de la consommation ont été modifiés pour permettre au juge de l'expulsion de prendre en considération les décisions prises dans le cadre de la procédure de surendettement[343].

[343] Article 118 de la loi n° no 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. Sur cette loi, lire notamment Valérie AVENA-ROBARDET, *Impact de la loi ELAN sur les familles,* AJ famille 2018, page 638 ; Antoine GOUËZEL, *Mention manuscrite et cautionnement d'un bail*

289. En conclusion de cette section, il faut se garder des appréciations monolithiques de la situation sociale et prendre le risque d'une casuistique judiciaire, qui permet de mieux prendre en considération chaque cas individuel et de moduler en conséquence l'application de l'ordre public de protection. C'est à ce prix que les personnes vulnérables seront protégées, même contre leur propre gré. En effet, dans le cadre d'un plan de désendettement, les débiteurs seront tenus à une sobriété budgétaire très stricte, qu'ils le souhaitent ou non car s'ils ne respectent pas ledit plan, les poursuites des créanciers pourront reprendre. De façon similaire, le locataire sera astreint à suivre fidèlement les délais de paiement octroyés par voie de décision de justice, même si une telle obligation obère son budget, car sinon il encourra l'expulsion du logement qu'il occupe. Les personnes vulnérables se voient donc démunies de la libre disposition de leur vie, dans un but de protection. Les passagers clandestins économiques ne devraient en revanche pas bénéficier de ce même dispositif. Ils disposeront entièrement d'eux-mêmes, mais ne seront en conséquence plus protégés contre le système économique.

290. Il résulte de ce chapitre que tant l'ordre public tant de direction que de protection ont des difficultés à encadrer la libre disposition de soi. Le premier en effet est potentiellement débordé par le jeu des volontés individuelles. Si les athlètes décident en toute conscience de se doper pour accéder à une aisance financière pour eux bienvenue, si les consommateurs de stupéfiants tiennent plus à leurs paradis artificiels qu'à leur liberté individuelle et continuent leur usage illicite malgré des jours passés en emprisonnement, l'ordre public ne pourra rien contre cette explosion de la libre disposition de soi. Celle-ci sera toujours plus forte que le pouvoir étatique. Quant à l'ordre public de protection, s'il paraît nécessaire dans notre société ultra-libérale qui fait fi de l'intérêt individuel des plus vulnérables, il doit également faire face à des passagers clandestins qui, au nom de leur libre disposition, décident que le système doit tourner à leur unique avantage. Or, ces individus ne peuvent être sauvés de leur propre imprévoyance à tout prix. Ceux qui se présentent face au juge en étant de mauvaise foi ne sauraient en conséquence bénéficier de l'ordre public de protection. Ainsi, tant l'ordre public de direction que l'ordre public de protection doivent composer avec des volontés individuelles qui n'ont aucun égard ni pour l'intérêt général, ni pour leur propre sauvegarde. Les athlètes et les consommateurs de stupéfiants détruisent leur santé, tandis que les passagers clandestins économiques encourent la déconfiture financière, sans que les autorités publiques ne puissent

d'habitation : entre étonnement et interrogations, Dalloz 2018, page 2380 ; Xavier DELPECH, *Loi Élan : dispositions intéressant le droit des contrats*, AJ contrat 2018, page 500 ; Jacques LAFOND, *Les baux d'habitation (soumis à la loi du 6 juillet 1989) et loi Élan*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 49, 7 Décembre 2018, 1354 ; David BOULANGER, *La loi Élan et la lutte contre l'habitat indigne et les marchands de sommeil*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 51-52, 21 Décembre 2018, 1372.

endiguer ces mouvements. C'est pourquoi il a été écrit que l'ordre public classique, livré à lui-même, trouve ses limites dans la gestion de la libre disposition de soi.

291. En conclusion de ce premier titre, l'on aura posé qu'une libre disposition de soi sans limites n'est pas souhaitable car la vie en société nécessite immanquablement que des bornes soient posées aux désirs individuels, sous peine sinon de sacrifier la vie en commun. Par la combinaison entre l'ordre public classique et de la dignité subjective, la libre disposition de soi est cantonnée dans des limites acceptables sans perdre pour autant ce qui en fait la substance. Par exemple, il est possible de modifier son prénom, mais pour cela encore faut-il passer par le barrage judiciaire lequel permettra de déterminer si l'intérêt du demandeur est légitime et si le changement doit en conséquence être accepté. Il s'agit donc d'un équilibre à aménager de manière répétée entre la préservation d'une libre disposition de soi par le biais notamment de la dignité subjective et son cantonnement par l'ordre public classique dans des limites qui permettent à la vie en société de se dérouler paisiblement.

292. L'on s'est ensuite rendu compte que l'ordre public classique, laissé à lui-même, est mis en échec par la libre disposition de soi. C'est ainsi que l'ordre public de direction ne parvient pas à contenir l'individu ayant fermement décidé de franchir les limites de la légalité. L'ultime arme dudit ordre public est la mise à l'écart du délinquant sportif ou pénal, étant néanmoins entendu que ce dernier aura tout loisir, si sa volonté est inchangée, de repartir dans les mêmes errances qu'auparavant. La volonté individuelle, lorsqu'elle est ferme, surpasse l'ordre public. Par ailleurs, lorsqu'est appliqué l'ordre public cette fois de protection, il faut prendre garde à ne pas se laisser abuser par les individus ayant décidé d'user du système à leur unique profit, sans avoir d'égard pour l'intérêt commun. Cet autre ordre public est ainsi également mis en difficulté par le jeu des volontés individuelles, lorsque ces dernières sont déterminées à ne pas respecter les règles du jeu.

293. Il est à présent temps de s'intéresser à l'autre instrument juridique de contention de la libre disposition de soi, la dignité objective.

TITRE II LE MANICHÉISME DE LA DIGNITÉ OBJECTIVE

294. La dignité objective est un concept placé par certains au frontispice de l'ordre juridique, défini comme un principe indérogeable, hors de la portée de la volonté individuelle. Il est certes utile de rappeler à certains que l'être humain ne saurait être avili, rabaissé à un rang inférieur à celui de ses commensaux, mais il faut ensuite reconnaître que l'application d'un principe absolu à la réalité humaine, caractérisée par la nuance et le relativisme des sentiments, est dommageable, voire inacceptable. Avant de développer ce raisonnement brossé à grands traits, il convient d'arrêter le cheminement de la pensée sur la définition de la dignité objective.

295. Pour mieux comprendre la notion de « dignité objective », il faut en premier lieu se pencher sur la signification de l'expression "droit objectif". Il s'agit de l' « ensemble des règles de conduite régissant, dans une société donnée, les rapports entre les hommes »[344]. Christian LARROUMET et Augustin AYNÈS adoptent une définition similaire en écrivant que la règle de droit, dont le regroupement organisé et construit constitue le droit objectif, « est une règle de conduite. Elle s'adresse au sujet de droit en tant qu'être vivant en société pour qu'il se comporte de telle ou telle façon dans ses rapports avec ses semblables »[345]. « Mais, pour dégager l'originalité de la règle de droit par rapport à d'autres règles de conduite (...), il faut faire appel à la fonction et au but de la règle de droit. (..) La morale et la religion ont pour fin la perfection de l'individu envers lui-même ou envers les autres. (..) La fin du droit est beaucoup plus modeste. Il ne tend pas à la perfection de l'individu. Le droit n'est pas une morale et il ne tend à rien d'autre qu'à éviter l'anarchie dans les rapports entre les membres du groupe »[346].

296. Or, la dignité prise dans son sens objectif est bien une règle dirigeant les comportements individuels, puisqu'elle conduit à distinguer entre l'attitude, digne ou indigne, de la personne humaine. Par ce biais, elle dicte aux personnes la voie à emprunter, ce quel que soit l'expression de leur volonté individuelle[347]. En effet, l'homme n'est pas ici propriétaire de sa dignité, au sens où il aurait l'occasion de la manier à sa guise, de l'invoquer au moment où il le choisit et dans

[344] François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9ème édition (2012), page 195.
[345] Christian LARROUMET et Augustin AYNÈS, *Traité de droit civil, toma 1 Introduction à l'étude du droit,* Economica, 6ème édition (2013), page 23.
[346] *ibid.*, page 28.
[347] Voir la définition de Valérie DEPADT-SEBAG, *Droit et bioéthique*, Larcier, deuxième édition (2012), pages 80-81 : "à l'instar de nombre de droits, le principe de dignité est un droit à la fois objectif et subjectif. Il répond à la définition du droit objectif dans la mesure où il édicte une des règles de conduite qui, dans la société, régissent les rapports entre les personnes. Il est pour chacun une obligation qui lui interdit de porter atteinte à la dignité d'autrui. (...)Sous l'angle objectif, la dignité est un principe qui s'impose en dehors de la volonté des personnes".

les circonstances qu'il décide, mais n'en est que le « dépositaire »[348]. L'application de cette règle permet de maintenir la cohésion du groupe social en ce que ses citoyens ne sont pas autorisés à faillir aux devoirs afférents à leur Humanité et adoptent ainsi un comportement homogène.

297. Le point commun des auteurs s'attachant à définir la dignité objective est le lien de ce concept à celui d'Humanité. La personne n'est pas conçue comme un individu, pourvu de certaines habitudes de vie, d'un cercle particulier familial et amical, mais comme un représentant de l'Humanité. Il doit, en tant que tel, adopter certaines attitudes prédéterminées, jugées à l'aune de la dignité. Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ écrivent que « la dignité devient ici un concept absorbant les obligations générales de respect vis-à-vis d'une certaine représentation de ce qu'est l'humanité digne. La série d'obligations comprise dans cette approche incombe à tout individu quel qu'il soit et en tant qu'il appartient au genre humain »[349]. Robert SPAEMANN énonce que "cela revient à parler de ce que l'homme n'est pas un cas d'une entité universelle, un exemplaire au sein d'une espèce, mais que chaque individu est lui-même, en tant qu'individu, une totalité, qu'il est lui-même déjà l'universel"[350]. Emmanuel DREYER, de manière plus nuancée puisqu'il rattache la dignité objective aux droits de la personne, affirme que « la dignité paraît constituer un impératif universel permettant d'assurer la protection minimale à laquelle toute personne a droit en tant qu'être humain. Elle est attachée à cette qualité et garante du bon ordre social. (...) Cette dignité-là est susceptible d'appréciation objective »[351]. Sans adhérer à cette analyse, Olivier CAYLA énonce que les lois bioéthiques de 1994 opposent, selon certains, "la notion éthique de dignité dont le titulaire serait une humanité foncièrement indisponible car transcendant l'individu, et celle de liberté individuelle, qui renverrait à une conception égocentriste et monologique des droits de l'homme"[352]. Bertrand MATHIEU énonce que "l'homme a des droits qui doivent lui être reconnus parce qu'il est une personne humaine, marquée comme telle du sceau de la dignité. (...) La signification donnée ici à la dignité, c'est l'interdiction de tout acte inhumain, c'est-à-dire de tout acte qui tend à méconnaître en tout homme, en tout être humain, une personne

[348] Béatrice MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La documentation Française (1999), page 47.
[349]Introduction, Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (sous la direction de), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF (2005), pages 26-27.
[350] Robert SPAEMANN, cité par Thomas DE KONINCK, *Archéologie de la notion de dignité humaine*, dans Thomas DE KONINCK et Gilbert LAROCHELLE (coordonné par), *La dignité humaine. Philosophie, droit politique, économie, médecine*, PUF (2005), page 39.
[351] Emmanuel DREYER, *Les mutations du concept juridique de dignité*, RRJ 2005-1, page 19.
[352] Olivier CAYLA, *Le coup d'État de droit ?*, Le débat, n°100, mai-août 1998, Gallimard, page 108.

humaine (...) »[353]. Gilles LEBRETON affirme qu'il existe une conception spécifique de la dignité qui « consiste à définir la dignité comme la valeur éminente qui s'attache à l'être humain en sa qualité de membre de l'espèce humaine. Avec cette seconde conception, l'objectif de préservation de l'espèce prend le pas sur le souci de favoriser l'accomplissement de l'individu. Au fond, ici le véritable dépositaire de la dignité est l'humanité plus que l'homme, l'espèce plus que la personne »[354]. Hugues MOUTOUH enfin écrit que la dignité « est par essence la propriété de la collectivité. (...). Dans ces conditions, la dignité est fondamentalement une "dignité partagée", d'où découle l'idée d'un devoir de dignité de l'homme, au sens où chaque reniement individuel de sa dignité est supporté par la collectivité entière »[355].

298. L'un des défenseurs les plus ardents de la dignité objective est Bernard EDELMAN. Il énonce que les individus se doivent de restreindre leurs appétits et désirs pour être dignes de leur Humanité[356]. Il ne voit, dans les droits subjectifs, que « le ferment d'un narcissisme absolu, la dénégation de toute limite (...) »[357]. D'après lui, « il est avéré que les hommes, en tant qu'ils constituent l'humanité, sont désormais en danger : ce ne sont plus les individus eux-mêmes qui méritent protection, mais la communauté humaine, rassemblée autour de valeurs - le respect et la dignité-, de biens communs et d'une mémoire »[358]. Il prend pour exemple passé celui de Hitler, qui voulait imposer la supériorité, non pas d'individus, mais d'une race, raison pour laquelle les droits de l'homme auraient été impuissants à protéger l'Humanité, directement menacée, ces derniers ayant pour vocation de défendre les intrusions dans la sphère personnelle des individus, mais non de protéger une entité entière d'Hommes. « Seul le concept d'humanité pouvait rétablir ce qui était dénié »[359] ; et au centre de ce concept se situe celui de dignité.

299. Comment Bernard EDELMAN définit-il cette dignité, si essentielle et protectrice ? « En deux mots, si la liberté est l'essence des droits de l'homme, la dignité est l'essence de l'humanité »[360]. Il oppose en conséquence clairement les deux systèmes, et les fait évoluer dans deux sphères bien distinctes, si ce n'est incompatibles. Il écrit en effet plus loin que « si l'on se

[353] Bertrand MATHIEU, *la dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire?*, Dalloz, 1996, chronique, page 282.
[354] Gilles LEBRETON, *Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine*, dans *Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien (1999), page 53.
[355] Hugues MOUTOUH, *la dignité de l'homme en droit*, Revue de droit public et de la science politique (1999), n°1, page 159.
[356] Bernard EDELMAN, *La personne en danger*, PUF (1999), page 18.
[357] Bernard EDELMAN, *La personne en danger*, PUF (1999), page 22.
[358] Bernard EDELMAN, *La personne en danger*, PUF (1999), page 528.
[359] Bernard EDELMAN, *op. cit.*, page 529.
[360] Bernard EDELMAN, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau,* dans Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET (sous la direction de), *La dignité de la personne humaine*, Economica (1999), page29.

situe dans le paradigme de l'humanité, la personne change du tout au tout : la défense de la dignité n'a plus à faire à l'individu "libre" mais à l'individu qui appartient à l'humanité. Il en résulte que toute considération relative à sa plus ou moins grande liberté n'a plus de raison d'être »[361] .

300. Le véritable titulaire de la dignité objective est donc l'Humanité résidant en chaque individu, ce dont il résulte que les volontés individuelles sont de peu de valeur. Seul compte le respect de l'Homme idéal, au même titre que Platon chérissait le monde des Idées, de préférence au monde réel. Prise en ce sens, la dignité se trouve au fondement même du Droit, elle est le principe à l'aune duquel les droits individuels sont jugés.

301. Cette version absolutiste de la dignité permet tout d'abord de cantonner la libre disposition de soi dans des limites acceptables. Ainsi sera-t-il sera démontré qu'elle fonde la protection de l'individu contre les pulsions déraisonnables qui peuvent entraîner des dommages pour son auteur et qu'il est donc dommageable de constater qu'elle descend parfois trop profondément dans l'arène juridique, perdant de ce fait son pouvoir de régulation.

302. En effet, la libre disposition de soi, laissée en totale liberté, peut potentiellement dégénérer, en fonction de l'état névrotique du sujet, en une série d'actes maladroits, voire auto-destructeurs. Or, il n'est pas cohérent de prôner la valeur absolue de l'Humanité en chaque individu et de laisser total libre cours à une autonomie personnelle qui peut conduire ce dernier à sa perte. En d'autres termes, l'individu doit être parfois protégé contre lui-même. C'est ainsi par exemple que chaque conducteur d'une voiture se voit imposer le port de la ceinture de sécurité, quand bien même celui-ci aime diriger son véhicule de manière totalement irresponsable et contraire à toutes les règles du Code de la route. La dignité objective est donc bénéfique à la libre disposition de soi. L'on s'en rend d'autant plus compte lorsqu'elle ne tient plus son rôle de référent des conduites individuelles, comme c'est le cas dans le champ de la bioéthique.

303. Néanmoins, il faudra ensuite se rendre compte que la dignité objective peut devenir dangereuse pour la libre disposition de soi. Elle aboutirait, si son usage était généralisé à l'ensemble de la société, à un contrôle inédit, particulièrement intrusif des conduites individuelles, alors même qu'elle ne dispose d'aucune assise théorique solide. En outre, la principale conséquence de son application est la mise sous tutelle de la personne humaine. L'on songe au célèbre arrêt Commune de Morsang-sur-Orge, mais également au traitement que les

[361] Bernard EDELMAN, *op. cit.*, page 32.

autorités publiques réservent aux personnes sans domicile fixe présentes dans les centre-villes touristiques. En résumé, du fait même de son caractère objectif, la dignité manque de subtilité pour saisir les nuances de la psyché humaine et contraint de manière inadéquate la libre disposition de soi. L'ultime obstacle qui empêche de faire de la dignité objective un instrument pertinent de l'encadrement juridique de la libre disposition de soi, réside dans l'impossibilité de déterminer de manière pérenne une autorité légitime à discriminer entre les comportements dignes et indignes.

304. En conséquence, sera envisagé dans un premier temps le manichéisme acceptable de la dignité objective (chapitre I), avant d'aborder le manichéisme inacceptable de cette même dignité objective (chapitre II).

CHAPITRE I

LE MANICHÉISME ACCEPTABLE DE LA DIGNITÉ OBJECTIVE

306. Pour illustrer les bienfaits de la dignité objective, l'exemple sera pris de la jurisprudence du Conseil d'Etat, relative aux spectacles donnés par l'artiste Dieudonné. La dignité de la personne humaine y est utilisée à des fins de limitation de la liberté d'expression de l'artiste. En l'espèce, il était question de déterminer si le spectacle de l'artiste Dieudonné intitulé « Le Mur », pouvait, ou non, avoir lieu sur trois communes différentes, ce au regard du caractère fondamental de la liberté d'expression. A trois reprises, le Conseil d'Etat répond à cette interrogation par la négative, par des arrêts des 9, 10 et 11 janvier 2014[362].

307. Dans ces décisions de justice, le Conseil d'Etat passe rapidement sur les risques de troubles matériels à l'ordre public, en se contentant d'affirmer quelque peu péremptoirement qu'il résulte des pièces du dossier ainsi que des échanges tenus au cours de l'audience que ces derniers sont avérés[363]. Il ne les détaille pas[364] et s'attache en revanche à l'atteinte « au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine ».

308. Par ce biais, non seulement la Haute juridiction introduit de nouveau, après l'arrêt Commune de Morsang sur Orge, la dignité au sein de l'ordre public, mais elle établit encore un ordre immatériel[365], qui doit être protégé non du fait de l'existence de troubles physiques existants, mais au nom d'un irrespect de valeurs fondamentales, au rang desquelles se tient la dignité de la personne humaine. « Il n'y avait pas en l'espèce d'atteinte concrète au principe d'égalité, pas plus qu'il n'y avait de discrimination - le spectacle n'était pas fermé aux juifs -, ou de véritable provocation à la haine, mais il y avait une atteinte aux valeurs qui

[362] Conseil d'Etat, n°374508, n°274528, n° 374552.

[363] Gweltaz EVEILLARD, *Le Conseil d'Etat et l'affaire Dieudonné*, Droit Administratif n° 5, Mai 2014, commentaire 33 : « Le Conseil d'État s'est bien gardé de répondre sur ce point, qui apparaissait comme le « maillon faible » de l'argumentation des autorités de police : les « troubles à l'ordre public » auxquels ses ordonnances font référence de manière récurrente semblent désigner uniquement les propos de l'humoriste eux-mêmes, non les risques de troubles matériels dans la salle et à l'extérieur de celle-ci ».

[364] Dominique ROUSSEAU, *Les tourments juridiques des ordonnances Dieudonné*, Gazette du Palais, 20 février 2014 n° 51, page 9 : « il ressort, en effet, des commentaires que si le Conseil d'État avait « appliqué » sa jurisprudence traditionnelle appréhendant l'ordre public à partir des éléments matériels de tranquillité, de salubrité et de sécurité, il lui aurait été difficile de valider l'interdiction du spectacle dans la mesure où le risque d'affrontements physiques violents n'était pas apporté et qu'en tout état de cause la mobilisation des forces de police nécessaires aurait permis de les maîtriser. Il a donc fallu que le Conseil d'État trouve un autre fondement et ce fut le principe du respect de la dignité de la personne humaine que le Conseil constitutionnel a constitutionnalisé en 1994 et que son voisin du Palais-Royal a introduit dans la notion d'ordre public en 1995 ».

[365] Gweltaz EVEILLARD, *op. cit.* : « En l'espèce, c'est une dignité « intellectuelle » qui est protégée par le Conseil d'État : si les propos de Dieudonné sont attentatoires à la dignité de la personne humaine, c'est parce qu'ils banalisent des crimes commis contre l'être humain, voire en font l'apologie, et incitent à la haine raciale ».

découlent des différents textes qui fixent ces principes. Il en résulte qu'un individu ne peut pas user de ses droits et libertés fondamentaux pour porter atteinte aux valeurs de la tradition républicaine que le juge associe au respect de la dignité de la personne humaine »[366].

309. Le cap a été maintenu et, par une décision du 21 juin 2018, le Conseil d'état écrit, dans des termes dépourvus d'ambiguïtés, qu' « il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public. Le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public. L'autorité investie du pouvoir de police peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une manifestation qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine »[367]

310. Dans ce cas précis, il ne paraît pas regrettable que la ligne jurisprudentielle initiale soit maintenue, eu égard à la gravité des propos que cet artiste s'est autorisé à tenir devant un public qu'il parvenait à convaincre au fil de ses traits dits humoristiques. Certes, les libertés d'expression et de réunion sont et demeurent fondamentales. Reste que la dignité, en ce qu'elle représente, telle que l'a interprétée le Conseil d'Etat, la matrice des principes républicains, apparaît comme une limite raisonnable et raisonnée face à la barbarie, fût-elle uniquement verbale, et ce quelles que soient les circonstances locales. Ceci ne constitue pas une mesure de censure en ce que les spectacles vivants ne sont pas soumis à un régime d'autorisation préalable, mais une vigilance républicaine aux fins que la liberté d'expression ne soit pas détournée à des fins de démonstration politique anti-humaniste.

311. De façon similaire, la dignité objective attachée au contrôle de la libre disposition de soi recèle des bienfaits indéniables, en rappelant régulièrement la valeur intrinsèque et absolue de chaque être humain. Grâce à son indifférence au consentement, elle permet de protéger l'individu contre ses pulsions auto-destructrives, sans avoir égard au positionnement personnel de celui-ci sur la question (section I). En revanche, il apparaît que, dans le domaine de la bioéthique, le consentement prenne une valeur accru au détriment de la dignité objective, ce qui amène des conséquences dommageables qu'il convient de détailler (section II).

SECTION I LA LIMITATION DU CONSENTEMENT À LA MISE EN DANGER DE SOI-MÊME

312. Le consentement à se mettre en danger ne saurait être admis en toute occasion. Considérer celui-ci comme la voie d'accès à la liberté de disposer de soi n'est pas souhaitable

[366] Guillaume GLENARD, *La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ?*, RFDA 2015, page 869.
[367] CE, 21 juin 2018, n°416353.

car l'homme s'adonne volontiers à des activités qui lui sont délétères, la plus commune d'entre elles étant par exemple le tabagisme. Bien que les fumeurs ne peuvent aujourd'hui ignorer les méfaits de la cigarette sur la santé, ils s'abandonnent pleinement à cette addiction. Or, malgré le consentement ainsi donné, la lutte contre le tabagisme menée par l'Etat n'en est pas moins légitime.

313. La dignité objective est ici acceptable en ce qu'elle permet de fonder la protection de la personne contre son gré. En effet, ceux qui manipulent la notion ne se soucient guère de la volonté individuelle mais s'attachent à la juste concordance entre l'individu réel et l'Homme idéal. Au nom de la dignité de sa personne, l'individu peut donc voir sa libre disposition limitée car le choix qu'il a effectué n'est pas conforme à celui que l'on attend d'un homme raisonnable et pondéré.

314. La sûreté et la salubrité publiques sont les instruments juridiques les plus anciens ayant servi à limiter les hypothèses de mises en danger volontaires, en permettant de rendre obligatoire le port de la ceinture de sécurité, et en servant de base théorique à la lutte contre le tabagisme. Ils sont fondés sur la dignité objective en ce que les individus sont protégés de leur propre imprudence, nonobstant leur consentement à se mettre en danger, parce qu'ils sont tous des êtres humains méritant respect et attention (§1). L'on étudiera ensuite les raisons pour lesquelles l'autonomie personnelle, constituant la liberté européenne de disposer de soi, est heureusement limitée par la dignité objective. Ce n'est pas parce qu'une personne consent à sa propre déchéance qu'il faut accepter, respecter ce positionnement. Ceci permet notamment d'expliquer les raisons pour lesquelles il est passé outre le refus de personnes sans domicile fixe de regagner un centre d'hébergement lorsque les températures affichent un résultat négatif (§2).

§1 Le rôle des composantes de l'ordre public administratif

315. Selon l'article L 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment (...) le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique ». « On fait traditionnellement remonter [cette trilogie] au décret du 14 décembre 1789 qui prescrit, en son article 50, que l'une des fonctions du pouvoir municipal est de « faire jouir les habitants d'une bonne police, notamment de la propreté et de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics ». Cette première énumération (…) a ensuite été rapidement réduite aux trois composantes classiques dans d'autres textes révolutionnaires et enfin reprise successivement par l'article 97 de la loi communale du 5 avril 1884, puis par

l'article L. 131-2 du Code des communes »[368], et enfin à l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

316. Traditionnellement, cet ordre public administratif limite la libre disposition de soi car il a pour objectif la cohésion sociale et non la satisfaction des désirs individuels. Il convient donc d'envisager le rôle de la sûreté publique (A), puis de la salubrité publique (B) au regard de la libre disposition de soi. La troisième composante de l'ordre public administratif qu'est la tranquillité publique ne sera pas abordée en ce que les interdictions qu'elle fonde trouvent toujours leur justification dans le respect dû à autrui et non l'égard que l'individu doit avoir pour lui-même[369].

A. La sûreté publique :

317. « La garantie de la sûreté publique suppose la mise en œuvre de mesures capables de protéger la société contre tout ce qui menace l'intégrité de ses membres et de ses biens »[370]. Autrement dit, « cette composante de l'ordre public vise à sauvegarder la sécurité physique des personnes et l'intégrité matérielle des biens »[371].

318. Par exemple, en vertu de l'article R 412-1 du Code de la route, « en circulation, tout conducteur ou passager d'un véhicule à moteur doit porter une ceinture de sécurité homologuée (...) ». La légitimité du port de la ceinture n'est aujourd'hui plus contestée, à telle enseigne que ce sujet a fait l'objet d'une directive 91/671/CEE du 16 décembre 1991. Cette mesure européenne concerne « le rapprochement des législations des États membres relatives au port obligatoire de la ceinture de sécurité dans les véhicules de moins de 3,5 tonnes »**.** La directive ne vise certes pas expressément la protection des usagers de la route contre eux-mêmes, mais prend notamment pour motif le fait que « des études ont montré que les sièges arrière présentent presque autant de risques que les sièges avant pour les passagers sans ceinture et que les passagers arrière, lorsqu'ils ne portent pas la ceinture, augmentent le risque de

[368] Benoît DELAUNAY, *Faut-il revoir la trilogie des buts de la police générale ?*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 15, 16 Avril 2012, 2112.
[369] L'objectif de tranquillité publique se retrouve notamment dans le domaine sportif. Ainsi, il a été jugé que le Maire devait intervenir pour interdire l'activité d'un club de tir qui perturbait de manière disproportionnée la tranquillité publique (Conseil d'Etat, 8 janvier 1992, n°80775). De même, la limitation de l'utilisation d'un circuit de motocross a été jugée proportionnée à l'objectif de tranquillité publique des riverains (CAA Bordeaux, 16 mai 2006, n° 03BX01069**).** Et encore, le préfet de région, qui autorise à titre précaire et révocable la création d'une plate-forme pour aérodrones ultralégers motorisés sans assortir l'autorisation d'aucune prescription de nature à limiter les nuisances phoniques portant une atteinte grave à la tranquillité publique du voisinage de la plate-forme, entache sa décision d'excès de pouvoir (Conseil d'Etat, 30 décembre 1998, n°172807).
[370] Michel de VILLIERS et Thibault de BERANGER, *op. cit.*, page 585.
[371] Vincent TCHEN, Jurisclasseur Administratif, fascicule 200. Police administrative – théorie générale, n°76.

blessures pour les passagers avant et que le port obligatoire de la ceinture à l'arrière du véhicule pourrait donc contribuer à diminuer le nombre de victimes ».

319. Par ailleurs, la jurisprudence est désormais sévère à l'égard des usagers qui ne respectent pas cette obligation. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle décidé que la victime d'un accident de la circulation, devenue tétraplégique, serait tenue pour responsable pour un tiers de ses dommages civils, aux motifs qu'elle n'avait pas mis sa ceinture de sécurité, qu'elle avait en conséquence été éjectée de sa camionnette, ce quand bien même, à l'époque des faits, le port de la ceinture n'était pas obligatoire pour le type de véhicule qu'elle conduisait[372]. De même, lorsque, par un décret en date du 31 mars 2003, la contravention du défaut de port de ceinture de sécurité ainsi que la peine y afférente ont été aggravées, le Conseil

[372] Crim, 17 juin 1992, n° 91-83998 : « les juges précisent que les importants traumatismes dont celle-ci a été atteinte " correspondent à l'éjection de celle-ci hors de son véhicule " et que cette éjection aurait pu être évitée si elle n'avait pas commis la faute, qui a concouru à la production du dommage, de ne pas attacher sa ceinture de sécurité, dès lors que son véhicule en était équipé, le port n'en fût-il pas obligatoire sur le type de véhicule qu'elle conduisait lors des faits ». Sur cet arrêt, lire Pierre COUVRAT, Michel MASSÉ, *Limitation du droit à indemnisation des ayants droit de la victime qui n'avait pas attaché sa ceinture de sécurité*, Dalloz 1994, page 265. Dans le sens de la sévérité, lire Crim, 28 octobre 2009, n°09-84484 : « Attendu que la contrainte physique, au sens de ce texte, ne peut résulter que d'un événement imprévisible et insurmontable qui place l'auteur de l'infraction dans l'impossibilité de se conformer à la loi ; Attendu qu'il résulte du jugement attaqué et des pièces de procédure que, poursuivi du chef de conduite d'un véhicule sans port de ceinture de sécurité, Jean-Pierre X... a soutenu, pour sa défense, qu'il avait, la veille des faits, été blessé dans un accident ; qu'il a versé un certificat attestant d'une plaie importante au niveau de l'épaule gauche ;Attendu que, pour relaxer Jean-Pierre X..., le jugement retient que son état de santé constitue à la fois une contrainte et un cas de force majeure au sens des articles 122-2 et 121-3 du code pénal ; Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que l'état de santé invoqué par le prévenu était antérieur à la commission de l'infraction, la juridiction de proximité a méconnu le texte susvisé et principe ci-dessus énoncé;D'où il suit que la cassation est encourue ». Sur cet arrêt, lire Corinne MASCALA, *Défaut du port de ceinture de sécurité : l'état de santé du conducteur n'est pas un cas de contrainte physique justifiant la commission de l'infraction*, RSC 2010, page 143. Pour une même sévérité dans le domaine de la responsabilité civile, Civ 2°, 22 janvier 2004, n°02-14918 : « Attendu que l'arrêt retient que les circonstances atmosphériques difficiles et la présence de boue sur la route qui ne pouvait échapper à un conducteur normalement vigilant, auraient dû inciter Mme X... à une prudence accrue dans cette partie de son parcours ; que c'est le freinage trop appuyé qui reste à l'origine de la perte d'adhérence du véhicule de la victime ; que cette analyse est confirmée par le fait que les autres véhicules suivant celui de Mme X... ont su conserver leur trajectoire ; que Mme X... n'avait pas bouclé sa ceinture de sécurité, ce qui n'a pu que contribuer à l'aggravation des conséquences de l'accident ; Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que Mme X... avait commis des fautes en relation avec son dommage et a souverainement décidé que ces fautes avaient pour effet d'exclure son droit à indemnisation ». Cette sévérité est néanmoins compensée par l'application du droit de la preuve. Sur ce point, lire Civ 2°, 2 juillet 2015, n° 1415517, selon lequel il appartient à la société d'assurance qui se prévaut d'une cause d'exclusion de sa garantie de rapporter la preuve de ce que « le décès était en rapport avec le défaut de port de la ceinture. Sur cet arrêt, lire Hubert GROUTEL, *Assurance du conducteur : exclusion pour absence de port de la ceinture de sécurité*, Responsabilité civile et assurances n° 11, Novembre 2015, commentaire 298 : « Une fois que l'assuré a rapporté la preuve qui lui incombe, avec éventuellement celle d'une ou des conditions de la garantie lorsqu'il en existe, tout est entre les mains de l'assureur. S'il invoque une exclusion, elle doit être envisagée sous tous ses aspects, comme en l'espèce avec le lien de causalité entre la situation exclue et le sinistre. On ne saurait exiger de l'assuré ou du bénéficiaire qu'ils prouvent l'absence de lien de causalité, alors que l'assureur n'a pas encore invoqué l'exclusion. Ce serait mettre la charrue devant les bœufs ! ».

d'Etat a édicté « qu'il n'existe aucune disproportion manifeste entre la gravité des infractions définies par les dispositions de l'article 3 du décret attaqué et les sanctions encourues »[373].

320. Les règlements relatifs à la sécurité routière sont devenus de plus en plus contraignants[374], à tel point qu'à présent, aux termes de l'article R 431-1-3 du Code de la route, « en circulation, le conducteur et le passager d'un cycle, s'ils sont âgés de moins de douze ans, doivent être coiffés d'un casque conforme à la réglementation relative aux équipements de protection individuelle. Ce casque doit être attaché». Le fait pour l'adulte accompagnateur de ne pas vérifier que sa progéniture est dûment dotée de cet équipement de sécurité est punissable d'une amende de la quatrième classe[375].

321. Cette sévérité tant réglementaire que judiciaire n'a pas toujours été de mise. Lors de l'instauration de l'obligation d'attacher la ceinture de sécurité, des résistances se sont en effet faites jour du côté de la société civile, aux motifs que ladite ceinture pouvait présenter un danger pour son porteur en cas d'accident de la circulation, et de manière plus générale, au nom de la liberté individuelle de choisir son mode de conduite[376]. Les instances suprêmes des deux ordres juridictionnels ont eu à connaître de cette question.

322. S'agissant du juge judiciaire, le magistrat de première instance avait relaxé un conducteur qui ne portait pas sa ceinture de sécurité, en estimant que le règlement édictant la contravention « [était] contraire aux dispositions ayant valeur constitutionnelle des articles 4 et 5 de la "déclaration des droits de 1789 " relatives à la liberté individuelle, et que celle-ci ne peut être limitée que par le législateur, des lors que l'usage qui en est fait est sans influence sur les risques encourus par les tiers ». La Cour de cassation répond « qu'en statuant par de tels motifs à l'égard de dispositions réglementaires prises régulièrement par l'autorité administrative compétente à l'effet d'assurer, outre la protection des conducteurs de véhicules, celle de leurs

[373] CE, 5 janvier 2005, n° 257341-257534.

[374] Sur ce point, lire notamment Jean-François SEUVIC, *Renforcement de la lutte contre la violence routière*, RSC 2003, page 847 : « L'obligation du port de la ceinture de sécurité fait l'objet de deux mesures d'extension. Un décret du 14 mai 2003 (JO 17 mai, p. 8494) l'impose aux occupants des poids lourds (conducteur, passager, avec dispositif particulier pour les moins de 13 ans) : article R 412-1 c. route modifié qui maintenait exception pour les autobus et autocars. Un autre décret du 9 juillet 2003 (JO 10 juillet, p. 11716) supprime cette exception et l'obligation du port de la ceinture de sécurité s'étend donc aux occupants des autobus et autocars ». Lire également Jean-Paul CÉRÉ*, Le virage répressif de la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 sur la violence routière*, Dalloz 2003, page 2705 : « Le non-port de la ceinture de sécurité sera sanctionné d'un retrait de trois points (un précédemment) ».

[375] A propos de l'intériorisation de la norme, s'agissant de l'avertisseur sonore dorénavant obligatoire indiquant si la ceinture de sécurité est ou non bouclée, lire Catherine THIBIERGE, Les « normes sensorielles, RTD civ. 2018, page 567.

[376] Sur ce point, lire « Police de la circulation. — Infractions. Ceinture de sécurité. Port. Obligation. Sanction pénale. Fondement, (Rép quest écrite n° 6100 : J.O. Déb Sénat 6 août 1987, p. 1237) », La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 14 Octobre 1987, 102546.

passagers et des autres usagers de la route, et qui ainsi, sont constitutives d'un règlement de police ayant pour objet la sécurité publique, le tribunal, qui a cru pouvoir à tort se faire juge de l'opportunité de la mesure instituée, a excédé ses pouvoirs »[377]. La doctrine estime que cette motivation « pratiquement inexistante, manifeste son embarras »[378], qu'il s'agit d' « un arrêt très faiblement motivé »[379]. La Cour de cassation écrit néanmoins l'essentiel : l'obligation imposée à l'encontre du consentement du conducteur est justifiée, non seulement par son propre intérêt, mais également par celui de la société. Il suffit pour s'en convaincre d'imaginer les dégâts que pourraient occasionner un conducteur ivre percutant plusieurs véhicules dont les passagers ne seraient pas porteurs de leur ceinture de sécurité.

323. Quant au Conseil d'Etat, il a tout d'abord décidé « qu'en faisant obligation à certains [des conducteurs], afin de réduire les conséquences des accidents de la route, de porter une ceinture de sécurité attachée, le décret attaqué n'a pas excédé les pouvoirs conférés à l'autorité réglementaire »[380] avant de constater « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les risques d'aggravation des conséquences de certains accidents que le port de la ceinture pourrait entraîner dans des cas exceptionnels soient excessifs au regard de l'amélioration globale de la sécurité des occupants des voitures particulières qui pouvait être attendue de cette mesure[381] ». Contrairement à la Cour de cassation, la Haute juridiction administrative se place clairement et sans scrupules sur le terrain d'une obligation imposée contre le gré de la personne concernée, pour le bien de cette dernière. La sécurité publique l'emporte donc sur la libre disposition de soi.

324. S'agissant de la jurisprudence européenne, la Commission européenne des droits de l'homme a eu à connaître du cas d'une personne de nationalité anglaise et de religion Sikh qui avait déposé une requête à l'encontre de la sanction l'ayant obligé à retirer son turban pour se revêtir d'un casque de protection alors qu'il circulait sur une motocyclette. Le requérant se fondait sur la liberté de religion. La Commission estime qu'il s'agit d'une « mesure de sécurité » et que « toute ingérence que le requérant pourrait avoir subie de ce fait dans l'exercice

[377] Crim. 20 mars 1980, n°79-93104.
[378] René CHAPUS, *Droit administratif général, Tome 1,* Montchrestien, 15e édition (2001), *p*age 711.
[379] Michel de VILLIERS, Thibault de BERRANGER, *Droit public général, op. cit.,* page 601.
[380] CE, Bouvet de la Maisonneuve, 4 juin 1975, n°92161, 92685. Dans le même esprit, lire TA Limoges, 25 juin 1992, Police de la circulation - Ceinture de sécurité, La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 20 Janvier 1993, 211 : « Eu égard à l'amélioration globale de la sécurité qui résulte pour les passagers des voitures particulières du port de la ceinture de sécurité, le préfet n'a pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation sa décision de rejeter une demande de dispense présentée, en tant que passager, par une personne qui, en raison d'un handicap au bras gauche et d'une vision déficiente, arguait de ses difficultés à retirer rapidement la ceinture ».
[381] 22 janvier 1982, n°20758.

de son droit à la liberté de religion est justifiée pour la protection de la santé »[382]. La mesure est donc justifiée au regard des dispositions de l'article 9§2 de la Convention, selon lequel « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Une fois encore, la sécurité publique l'emporte, même en l'absence du consentement de la personne concernée, sur une liberté pourtant fondamentale.

325. Ce que l'on perçoit au travers de cet exemple est que l'ordre public administratif, à l'instar de son homologue judiciaire, fait barrage à la libre disposition de soi, au nom de l'intérêt bien compris de la société, mais également de celui de la personne concernée. La sécurité de la majorité doit l'emporter sur les revendications de la minorité à disposer librement d'elle-même, tandis que cette même minorité agissante n'est pas légitime à se mettre ainsi volontairement en danger et doit donc être protégée contre son gré. L'on peut considérer que cette réponse à la volonté de disposer librement de soi-même est inspirée de la notion de dignité objective car l'individu est protégé contre son comportement supposé erratique au nom de l'image que l'on se fait des motivations d'un homme raisonnable. La volonté individuelle ne compte pas ; seule ce que la personne conçue in abstracto ne pourrait manquer de vouloir, importe.

326. L'objectif de salubrité publique recense également un exemple de la limitation de la libre disposition de soi puisque c'est en son nom que l'Etat lutte activement contre le tabagisme.

B. La salubrité publique :

327. « Est « salubre » ce qui est favorable à la santé, sain. Les mesures de salubrité publique correspondent ainsi à des mesures d'hygiène destinées à améliorer la santé publique »[383]. « Le maire est ainsi fondé à s'assurer de "la fidélité du débit des denrées qui se vendent au poids ou à la mesure et de la salubrité des comestibles exposés en vue de la vente" (CGCT, art. L. 2212-2, 4°), à prévenir et faire cesser les accidents ou pollutions de toute nature, notamment par des mesures d'assistance et de secours (incendies, inondations, ruptures de digues, éboulements, avalanches, maladies épidémiques ou contagieuses, épizooties... – CGCT, art. L. 2212-2, 5°), "à prendre provisoirement les mesures nécessaires contre les personnes

[382] X. contre Royaume Uni, 12 juillet 1978, n°7992/77.
[383] Michel de VILLIERS et Thibault de BERANGER, *op. cit.*, page 585.

atteintes de troubles mentaux dont l'état pourrait compromettre la morale publique, la sécurité des personnes ou la conservation des propriétés" (CGCT, art. L. 2212-2, 6°) »[384].

328. C'est au nom de l'impératif de salubrité publique que l'Etat a engagé la lutte contre le tabagisme. Autrefois, la cigarette était partout : dans les cafés, dans les théâtres, dans les restaurants, mais également dans les établissements publics d'enseignement tels que les universités. Aujourd'hui un arsenal juridique complet proscrit la présence du tabac sous toutes ses formes.

329. Dès la loi du 9 juillet 1976, il a été décidé que des interdictions de fumer seraient établies, par voie de décrets, dans les lieux affectés à un usage collectif[385]. Puis, la loi du 10 janvier 1991 vient interdire la consommation de tabac dans ces derniers lieux, notamment affectés à un usage scolaire, et dans les moyens de transport collectif, sauf dans les emplacements spécifiquement dédiés aux fumeurs[386]. C'est ainsi que l'on a notamment connu les restaurants divisés en zones fumeur et non-fumeur. Néanmoins, l'interdiction est désormais plus stricte puisque les lieux destinés aux fumeurs « sont des salles closes, (...) dans lesquelles aucune prestation de service n'est délivrée. (...) Ces emplacements doivent (...) être dotés de fermetures automatiques sans possibilité d'ouverture non intentionnelle (...) [et] présenter une superficie au plus égale à 20 % de la superficie totale de l'établissement au sein duquel les emplacements sont aménagés sans que la superficie d'un emplacement puisse dépasser 35 mètres carrés »[387]. Par ailleurs, aux termes de l'article L 3512-4 du Code de la santé publique, « la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac » est interdite. Par ce même article, « toute opération de parrainage ou de mécénat est interdite lorsqu'elle est effectuée par les fabricants, les importateurs ou les distributeurs de produits du tabac ». Les paquets de cigarettes, à présent tous de semblable apparence, doivent présenter des avertissements sur les conséquences sanitaires de la consommation de tabac. Bénéficiant de

[384] Vincent TCHEN, Jurisclasseur Administratif, fascicule 200. Police administrative – théorie générale, n°78.
[385] Article 16 de la loi n°76-616 du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme.
[386] Article 4 de la loi n°91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.
[387] Article R 3512-4 du Code de la santé publique.

l'indulgence judiciaire[388], la cigarette électronique a rejoint le sort de la cigarette classique et son usage est interdit dans les lieux affectés à un usage collectif[389].

330. Toute tentative pour contourner ce dispositif hygiéniste a été réduite à néant par les différents ordres de juridiction. Par exemple, il a été jugé qu'une Cour d'appel aurait dû sanctionner des fabricants de tabac pour avoir « sur les paquets de cigarettes produits, importés et commercialisés par ces sociétés, fait précéder la mention de l'avertissement sanitaire : " Nuit gravement à la santé ", des termes : " Selon la loi n° 91-32" »[390]. Cet ajout pouvait effectivement donner lieu à deux interprétations : « soit le lecteur considère que la loi a imposé l'avertissement sanitaire et les termes « selon la loi » identifient simplement l'origine de la disposition. (...)Soit le lecteur interprète de manière négative cet ajout, les termes pris dans leur ensemble suggérant alors que c'est le législateur qui a « décrété» la dangerosité du tabac et son caractère nocif pour la santé »[391]. C'est cette seconde interprétation possible qui a été sanctionnée par la Cour de cassation. Le Conseil d'état n'est pas en reste et assure également le respect des normes du Code de la santé publique en retenant la responsabilité du Département qui avait laissé l'un de ses salariés exposé au tabagisme passif alors que la consommation de ce produit était interdit dans les lieux publics[392].

331. Quant à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, elle a eu l'occasion de reconnaître les effets nocifs du tabac au travers du tabagisme passif auquel a été exposée une personne détenue asthmatique, incarcérée dans la même cellule que des fumeurs. Elle a retenu cet élément

---

[388] Crim, 26 novembre 2014, n°14-81888 : « Attendu qu'il résulte du jugement attaqué et des pièces de procédure que, le 13 avril 2013, Mme X... a été verbalisée pour infraction à une interdiction de fumer, alors qu'elle faisait usage d'une cigarette électronique dans l'enceinte de la gare SNCF de Neuilly-Porte Maillot ; Attendu que, pour relaxer la prévenue des fins de la poursuite, le jugement retient que les textes de répression sont d'interprétation stricte et que l'interdiction de fumer, a été prévue alors que la cigarette électronique n'était pas encore utilisée ; que celle-ci ne saurait être assimilée à une cigarette traditionnelle et que le liquide, mélangé à l'air, est diffusé sous forme de vapeur ; qu'en conséquence les textes visés par la poursuite ne sont pas applicables, à l'espèce ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, le juge de proximité a justifié sa décision ». Sur cet arrêt, lire Stéphane DETRAZ, *Vapoter n'est pas fumer*, Gazette du Palais 24 février 2015, page 39 : « La première partie de la motivation du jugement, relative à l'antériorité des dispositions répressives par rapport à la création du procédé litigieux, est inexacte : dès lors que le texte d'incrimination est rédigé en des termes suffisamment larges pour accueillir une invention ultérieure, il peut s'en saisir ; la Cour de cassation accepte même d'interpréter largement des notions pour y faire entrer de force des techniques nouvelles. Par conséquent, la contravention pourrait *a priori* s'appliquer à l'usage d'une cigarette électronique, malgré la nouveauté de celle-ci. C'est donc la seconde portion des motifs de première instance qui est déterminante : cette sorte de cigarette dégage non pas de la fumée, mais de la vapeur, et n'est dès lors pas assimilable à une cigarette *stricto sensu*, si bien qu'en faire usage ne revient pas à « fumer » ; interprété strictement, l'article 80-2 précité est ainsi inapplicable ». Voir aussi Jacques-Henri ROBERT, Vapoter n'est pas fumer, Droit pénal n° 2, Février 2015, commentaire 21.

[389] Article L 3513-6 du Code de la santé publique.

[390] Crim, 15 février 2000, n°98-87282.

[391] Céline RONDEY*, Tabac : de la portée de la mention « Selon la loi » ajoutée à l'avertissement sanitaire « Nuit gravement à la santé »*, Dalloz 2000. 238.

[392] Conseil d'Etat, 30 décembre 2011, n°330959.

parmi d'autres pour conclure aux faits que les conditions de détention étaient contraires à l'article 3 de la Convention[393]. Elle a réitéré le même raisonnement le 14 septembre 2010[394]. Il est intéressant de noter que le Conseil d'Etat, tout en annulant une ordonnance d'une juridiction du premier degré ayant enjoint l'Administration de placer un détenu dans une cellule de non-fumeurs[395], place la discussion sur le terrain de la liberté individuelle[396]. Ainsi, le droit de ne pas être exposé au tabagisme d'autrui est assimilé au droit de choisir la manière dont on souhaite mener sa vie.

332. Le but poursuivi par législateur ainsi que par les juges réside dans la protection des individus fumeurs, même si ces derniers sont satisfaits du sort de leurs poumons. Ainsi, Claude EVIN a-t-il affirmé que les dispositions ayant pour but l'interdiction de la consommation tabagique dans certains lieux « visent bien évidemment en premier lieu à protéger les non-fumeurs au sein d'un espace public ou d'un lieu de vie collectif. Mais leur rôle est double

[393]Ostrovar contre MOLDAVIE, 13 septembre 2005, requête n°35207/03, paragraphe 85 : « The Court further notes that the Government do not deny that the applicant was kept in a cell with prisoners who were permitted to smoke in the cell. At the same time it is an undisputed fact that the applicant was suffering from asthma and that the prison authorities were aware of his condition but did not take any steps to separate him from smokers. In its decision on admissibility of 22 March 2005 the Court held, in respect of the Government's contention that the applicant should have requested a transfer to a non-smoking cell, that that remedy was not effective. Accordingly, the Court considers that the Government did not fulfil their obligation to safeguard the applicant's health and instead allowed him to be exposed to cigarette smoke, which was dangerous in view of his medical condition, particularly, since the applicant was kept in the cell twenty-three hours a day ».

[394] Florea contre ROUMANIE, 14 septembre 2010, requête n°37186/03, paragraphes 61, 62 : « En effet, le requérant n'a jamais disposé de cellule individuelle. Bien au contraire, il a dû partager pendant près de trois ans des cellules, dans lesquelles il était confiné 23 heures par jour, avec des détenus fumeurs. Qui plus est, il a dû supporter le tabagisme de ses codétenus même dans la cellule no 2 destinée à l'infirmerie de la maison d'arrêt de Botoşani (voir les paragraphes 13 et 15) et dans les salles des malades chroniques de l'hôpital pénitentiaire de Târgu Ocna, (le paragraphe 18, ci-dessus) et ce, en dépit de la recommandation du médecin à son égard (voir le paragraphe 14, ci-dessus) ».

[395] Conseil d'Etat, 8 septembre 2005, n°284803 : « Considérant qu'ainsi que l'audience de référé devant le Conseil d'Etat l'a mis en évidence, l'administration pénitentiaire, avant même l'intervention du juge du premier degré, tout en maintenant l'affectation de M. X, conformément à son souhait, au service des cuisines, a tiré profit des libérations de détenus consécutives aux mesures de grâce décidées par le Président de la République à l'occasion de la fête nationale pour s'efforcer d'éviter, qu'en raison de son état de santé, l'intéressé se trouve dans la même cellule en présence de détenus fumeurs ; qu'il résulte de l'instruction que deux des codétenus partageant la cellule de M. X ne sont pas fumeurs et que le troisième, bien que fumeur, s'efforce de ne pas fumer en cellule par égard pour ses voisins ; qu'en outre, la volonté de M. X de rester affecté au service des cuisines, limite, pour des raisons tenant à l'organisation du service, le choix des cellules disponibles ; qu'au vu de l'ensemble de ces éléments et alors même que tout risque de tabagisme passif n'est pas totalement dissipé, il n'est pas établi que l'administration ait porté, aussi bien à la date de l'ordonnance du premier juge qu'au jour de la présente décision, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ; qu'il suit de là et sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le point de savoir si la condition d'urgence est ou non remplie, que le garde des sceaux, ministre de la justice est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée et le rejet corrélatif des conclusions présentées par M. X devant le premier juge ».

[396] Conseil d'Etat, 8 septembre 2005, n°284803 : « toutefois, entrent notamment dans le champ des prévisions de cet article [L 521-2 du Code de justice administrative] le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués ainsi que le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui ... ».

puisqu'elles contribuent également à créer un environnement favorable au sevrage tabagique »[397]. C'est donc bien un ordre public sanitaire qui empiète sur la libre disposition de soi de chacun en interdisant la consommation de tabac, au nom notamment de ce que cet acte est dangereux pour autrui mais également pour l'usager lui-même. Procédant de la même analyse et à l'unanimité, le Conseil d'état[398], le Conseil constitutionnel[399] et la Cour de justice de l'Union européenne[400] ont jugé que l'uniformisation des paquets de cigarettes ne contredisait ni le droit de propriété, ni la liberté d'entreprendre, ni la liberté d'expression des fabricants de tabac. Eu égard au fait que cette mesure a pour objectif d'inciter les fumeurs à quitter leur

[397] Claude EVIN, *La lutte contre le tabagisme : la nécessité de renforcer le dispositif législatif*, RDSS 2006. 189.
[398] CE, 23 décembre 2016, n°399117 : « les dispositions attaquées visent, eu égard aux effets de la consommation de produits du tabac, non contestés par les requérantes, en matière de dépendance et de prévalence de maladies graves provoquées par les agents toxiques, mutagènes et cancérigènes contenus dans ces produits, à en réduire la consommation. Elles poursuivent donc un objectif de protection de la santé publique et concourent également à la réalisation de l'objectif de maîtrise des dépenses de santé. (…) Il ressort néanmoins d'autres études et rapports d'expertise, cités par le ministre chargé de la santé, que des conditionnements entièrement neutres sont susceptibles de réduire l'attractivité des produits du tabac et de modifier la perception qu'en ont les consommateurs. Si les effets de réglementations imposant une standardisation maximale des conditionnements sur la consommation de tabac et sur le commerce illicite de produits du tabac sont difficilement quantifiables a priori, de telles réglementations doivent néanmoins être regardées comme ne pouvant que contribuer à réduire à terme la consommation des produits du tabac et, partant, comme propres à garantir la réalisation des objectifs de protection de la santé publique et de maîtrise des dépenses de santé, poursuivis par le législateur ». Dans le même sens, CE, 10 mai 2017, n°401536.
[399] CC, décision n° 2015- 727 DC du 21 janvier 2016 : « Considérant qu'en adoptant les dispositions contestées de l'article 23 [sur le paquet neutre] le législateur a entendu éviter que des personnes ne consommant pas de produits du tabac soient exposées à une publicité en faveur de ces produits qui pourrait les inciter à une telle consommation ; qu'il a ainsi poursuivi l'objectif de protection de la santé ; que ces dispositions n'interdisent ni la production, ni la distribution, ni la vente du tabac ou des produits du tabac ; que, dans la mesure où les débits de tabac peuvent également assurer la vente d'autres produits et que leur clientèle comprend des personnes ne consommant pas de produits du tabac, l'interdiction de la publicité en faveur de ces produits dans leurs lieux de vente, qui est en rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur, ne porte pas d'atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre ». Sur cette décision, lire Jacques AZÉMA, *Emballages et conditionnements des produits du tabac*, RTD com. 2016, page 292.
[400] CJUE 4 mai 2016, C547/14 : §148 « Il y a lieu de relever, à cet égard, que l'interdiction de faire figurer sur l'étiquetage des unités de conditionnement, sur l'emballage extérieur ainsi que sur le produit du tabac lui-même des éléments et des dispositifs visés à l'article 13, paragraphe 1, de cette directive constitue, certes, une ingérence dans la liberté d'expression et d'information de l'entrepreneur ». §152 « l'ingérence relevée répond à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union, à savoir la protection de la santé. En effet, dans la mesure où il est constant que la consommation de tabac et l'exposition à la fumée du tabac sont des causes de décès, de maladie et d'incapacité, l'interdiction édictée à l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2014/40 contribue à la réalisation dudit objectif en ce qu'elle vise à empêcher la promotion des produits du tabac et l'incitation à les consommer ». §156 « Il importe toutefois de souligner que la protection de la santé humaine dans un domaine caractérisé par la grande nocivité avérée de la consommation de produits du tabac, par les effets de ces derniers en matière de dépendance et par la survenance de maladies graves provoquées par des composés pharmacologiquement actifs, toxiques, mutagènes et cancérigènes contenus dans ces produits, revêt une importance supérieure par rapport aux intérêts avancés par les requérantes au principal ». §158 « Il y a lieu de constater, à la lumière de ce qui précède, que l'interdiction prévue à l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2014/40 est, d'une part, de nature à protéger les consommateurs contre les risques liés au tabagisme, ainsi qu'il découle du point 152 du présent arrêt, et que, d'autre part, cette interdiction ne dépasse pas les limites de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi ». Sur cet arrêt, lire Sabine BERNHEIM-DESVAUX*, Rejet des trois procédures intentées par les géants de la distribution et de la fabrication de cigarettes*, Contrats Concurrence Consommation n° 7, Juillet 2016, commentaire 178 *; Produits du tabac : validation par la CJUE de la directive du 3 avril 2014 – Cour de justice de l'Union européenne 4 mai 2016*, Dalloz 2016, page 1001.

dépendance délétère, il apparaît qu'ici l'ordre public hygiéniste l'emporte tant sur les considérations mercantiles que sur la libre disposition de soi. Au contraire, aux Etats-Unis, il a été jugé le 24 août 2012, par la Cour d'appel du District de Colombus, que la réglementation visant à insérer des avertissements contre la consommation de tabac sur les paquets de cigarettes entrait en contradiction avec la liberté d'expression des fabricants de tabac[401].

333. Une fois encore, l'individu est protégé de lui-même contre son propre gré, au nom de ce qu'un homme censé, raisonnable pourrait vouloir. L'individu rationnel ne peut désirer provoquer sa mort par des habitudes mortifères, telles que le tabagisme. Il s'en suit que tous doivent être empêchés de continuer à s'adonner aux joies de la cigarette, ce quelle que soit leur avis sur la question. Le consentement est nul et de nul effet et l'addiction doit être bannie du jeu social.

334. Point trop n'en faut néanmoins et les juges ont refusé de reconnaître une responsabilité de l'Etat ou des fabricants de tabac pour délivrance insuffisante d'informations relatives à la nocivité de ce produit[402]. Cette ligne jurisprudentielle est à rapprocher de l'action en

[401] https://www.publichealthlawcenter.org/content/rj-reynolds-tobacco-co-v-us-food-drug-administration.

[402] Tribunal Administratif de Bordeaux, 5 novembre 2008, AJDA 2009.1110 : « Considérant, en premier lieu, que M. Bouamine ne saurait reprocher à l'Etat d'avoir commis une faute en ne l'informant pas des risques liés à la consommation de tabac lorsqu' il a commencé à fumer, en 1937, dès lors qu'à cette époque, ces risques n'étaient connus ni des scientifiques ni de l'administration ; Considérant, en deuxième lieu, que si M. Bouamine soutient qu'une information sur les risques liés à la consommation de tabac aurait dû être imposée par les autorités françaises dès l'année 1954, date à partir de laquelle il estime que les dangers du tabac étaient connus, il résulte de l'ensemble des pièces versées au dossier que les travaux scientifiques mettant en évidence des risques vitaux liés à la survenance d'un cancer du poumon en cas de consommation de tabac, et dont les résultats étaient connus en France, n'ont été publiés qu'à partir des années 1960 et n'ont emporté l'adhésion de la communauté scientifique qu'à partir du milieu des années 1970 ; qu'ainsi, les autorités françaises ne pouvaient prendre en compte les risques vitaux liés à une consommation de tabac antérieurement à cette période ; que, par la loi n° 76-616 du 9 juillet 1976, le législateur a imposé l'indication sur les paquets de cigarettes des taux de nicotine et de goudron contenus dans ces produits, ainsi qu'un avertissement sur les dangers de l'abus de consommation de tabac ; que compte tenu de l'état des connaissances scientifiques de l'époque, ces mesures étaient suffisantes pour prévenir les consommateurs de tabac des dangers alors connus ; que, dès lors, la responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée à l'égard de M. Bouamine à raison d'une carence des autorités publiques dans l'exercice de leurs pouvoirs en matière de santé publique ». Lire également, civ 1°, 8 novembre 2007, n°06-15873 : « Mais attendu que l'arrêt relève que Suzanne Berger a commencé à fumer à l'âge de 12-13 ans, soit en 1973-1974, c'est-à-dire peu avant l'entrée en vigueur de la loi de 1976, et qu'à cette époque, il était déjà largement fait état par les médias, des risques de maladies cardio-vasculaires et de cancers engendrés par la consommation de tabac ; que Suzanne Berger, alors adolescente, à défaut d'avoir été informée par ces moyens, avait nécessairement dû l'être par ses parents, titulaires de l'autorité parentale et chargés, selon l'article 371-2 du Code civil, de veiller à sa sécurité ainsi qu'à sa santé ; que par la suite, devenue majeure, épouse et mère de trois enfants, elle avait de même nécessairement dû être informée lors du suivi médical de ses grossesses, des risques résultant, tant pour elle-même que pour l'enfant à naître, d'une consommation excessive de cigarettes ; que de ces constatations souveraines la cour d'appel a pu déduire l'absence de relation de causalité entre la faute imputée à la Seita et le décès de Suzanne Berger, laquelle ne pouvait légitimement s'attendre à la sécurité d'un tel produit ». Sur cet arrêt, lire Christophe SAUVAT, *Absence de lien de causalité entre la faute imputée à la Seita et le décès de la victime*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 8, 20 Février 2008, II 10033 ; Patrice JOURDAIN, *Toujours pas de responsabilité des fabricants de tabac*, RTD civ. 2008, page 107 ; Christophe RADÉ, Obligation d'information du fabricant de cigarettes à l'égard des fumeurs, Responsabilité civile et assurances n° 12, Décembre 2007, commentaire 361. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait déjà, dans un arrêt du20 novembre 2003 (n°01-17977), refusé de reconnaître la responsabilité de la SEITA dans le

responsabilité étatique intentée par des femmes ayant donné naissance à des enfants handicapés pour avoir consommé de l'alcool pendant leur grossesse[403]. « De sorte que la tendance jurisprudentielle est à une certaine responsabilisation des citoyens, car si « l'émergence de nouvelles normes de prévention et de précaution constitue un progrès », il est tout aussi vrai qu'elle « ne doit pas se traduire seulement par une responsabilisation des personnes publiques, dont le rôle est primordial, mais aussi par une responsabilisation des personnes privées, qu'elles soient sources ou victimes potentielles des risques »[404].

335. Il résulte de ces lignes que l'ordre public administratif, dans ses composantes classiques, a déjà ferraillé avec la libre disposition de soi. La sécurité et l'hygiène de la majorité de la population l'emporte à chaque occurrence où des individus élèvent leur voix pour disposer de leur corps et de leur vie. Au nom d'un ordre public fondé en réalité sur la dignité objective, l'individu est brimé dans ses aspirations personnelles, nonobstant le fait que celles-ci n'intéressent au premier chef que lui-même. En effet, le refus de porter sa ceinture de sécurité automobile ou d'arrêter de fumer a, dans la chaîne de causalité, comme première victime le conducteur et le fumeur récalcitrants. Ce n'est que de manière indirecte que la société est concernée. Néanmoins, tant le législateur que les juges adoptent un raisonnement différent et se placent sur le deuxième chaînon de ce lien de causalité pour interdire les actes auto-mortifères.

§2 La dignité objective confrontée à l'autonomie personnelle

336. La limitation de l'autonomie personnelle par la dignité objective peut être vue comme un bienfait en ce qu'elle évite aux individus de se fourvoyer, et même de mettre leur vie en danger (A). Cette approche théorique trouve une application pratique dans le traitement des personnes sans domicile fixe par temps de grands froids (B).

A. La dignité objective, limite bienvenue à l'autonomie personnelle

337. Dans une décision *Pretty contre Royaume Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme énonce que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-

décès d'un fumeur. Sur cet arrêt, lire Luc GRYNBAUM, La SEITA n'est pas responsable du cancer des fumeurs, Dalloz 2003, page 2902 ; Roland KESSOUS, Le tabagisme : responsabilité juridique et responsabilité morale, Dalloz 2003, page 2902.

[403] *L'Etat peut-il être responsable d'un manque d'information concernant les risques liés au syndrome d'alcoolisation fœtale ?* – Cour administrative d'appel de Douai 10 janvier 2008 – AJDA 2008. 766.

[404] G. PELLISSIER, cité par Nathalie ALBERT, *Le dommage causé à soi-même : point de vue publiciste*, Responsabilité civile et assurances n°3, mars 2010, dossier 13.

tend l'interprétation des garanties de l'article 8 ». L'autonomie personnelle consiste dans « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend, [incluant] la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »[405]. Autrement dit, l'autonomie personnelle « signifie que la personne doit pouvoir opérer des choix souverains à l'égard de son corps »[406], mais également au regard de sa vie intellectuelle. Eu égard au fait que la Cour européenne ne déroule pas son raisonnement au point de reconnaître un droit à mourir, sa décision a globalement été bien admise par la doctrine française[407].

338. La Cour européenne récidive dans l'affaire *K.A. et A.D. contre BelgiqueEvans*, où elle énonce que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps » (Pretty,

[405] CEDH, 29 avril 2002, n°2346/02.

[406] Bernadette LE BAUT-FERRARESE, *La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin*, AJDA 2003, page 1383.

[407] Selon Alain GARAY, (*Le droit au suicide assisté et la Cour européenne des droits de l'homme : le «précédent» de la dramatique affaire Pretty*, Gazette du Palais, 15 août 2002, page 2), « La Cour a fait preuve de prudence, certes. Elle a surtout mis en balance des droits et des situations contrastés en poursuivant l'objectif d'éviter de cautionner les arguments en forme de pente savonneuse dont pourraient faire les frais certaines personnes mourantes, victimes de dérives euthanasiques. (…) Ces perspectives présentent d'incontestables avancées dans la construction d'une société démocratique en Europe, soucieuse de garantir de fragiles équilibres dans le cadre de la traditionnelle tension entre droits individuels (principe d'autonomie) et droits collectifs (ici, la protection des personnes dites *«vulnérables»* au nom de la défense de la santé publique). En faisant preuve de prudence, la Cour n'a pas voulu consacrer une procédure juridique sans poser de garde-fous. Elle laisse ainsi aux législateurs nationaux le soin de prendre acte des demandes exprimées, délibérées et débattues démocratiquement. ». En effet, La Cour européenne ne donne pas raison aux « partisans de l'euthanasie [qui] prétendent que la décision de mourir comme ils l'entendent intéresse exclusivement leur conscience ; une sphère d'intimité - le fameux *right of privacy* du droit anglo-saxon - les protégerait contre toute intrusion de l'État dans l'exercice de leur droit d'option» (Carole GIRAULT, *La CEDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort*, La Semaine Juridique édition générale, 2003, II 10063). Contre les partisans de l'euthanasie, lire Eran CHVIKA, *Euthanasie : le droit au suicide assisté doit-il être ajouté sur la liste des droits de l'homme ? (à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, Diane Pretty c/ Royaume-Uni)*, Droit de la famille n° 3, Mars 2003, chron. 9 : « L'application de la volonté de la requérante implique donc, en définitive, de porter un jugement de valeur sur la qualité de sa vie. Or, le droit de mourir dans la dignité qu'elle revendique, en tant que corollaire du droit à la vie, s'appuie en réalité sur un détournement de sens du principe de dignité : il suppose que la mort doit être donnée lorsque la vie n'est plus digne d'être vécue, ce qui suppose qu'il existe des vies qui ne sont pas dignes d'être vécues. Une telle analyse est critiquable n'est pas sans rappeler la question vivement controversée de l' « euthanasie prénatale suite à « l'arrêt Perruche », qui aboutissait pareillement à interpréter le droit à la vie comme un « droit à la qualité de vie ».

précité) »[408]. En l'espèce, les pratiques sadomasochistes dont s'agissait sont légitimement sanctionnées par le droit pénal, en l'absence de consentement réel de la victime.

339. Fallait-il donc protéger Madame Pretty, image vivante de volonté aux portes de la mort, contre son désir d'autolyse programmée et la victime de K.A. et A.D., qui n'avait pas porté plainte et ne s'était ensuite pas constituée partie civile, contre les agissements de ses « partenaires » sadomasochistes ? En d'autres termes, fallait-il protéger la personne contre elle-même, au nom de la dignité de l'Humanité qui réside en elle ?

340. Deux écoles doctrinales s'affrontent. L'une s'oppose à la dignité objective et donne au contraire un rôle prédominant à la libre disposition de soi, au nom du respect du consentement individuel. « Les droits de l'individu apparaissent en conséquence comme les seuls droits de l'homme. Il est inconcevable que des droits d'une « personne humaine » puissent s'y opposer. Les prétendus droits de la personne humaine représentent un danger mortel dans la mesure où loin de s'ajouter à des droits qualifiés inexactement de « première génération », ils les phagocytent jusqu'à les supprimer »[409]. Jean-Philippe FELDMAN ajoute que les tenants de cette approche « reconnaissent l'égale dignité de tous les individus, mais ils laissent ces derniers construire librement leur propre destin ».

341. Dans cette perspective, à propos de l'affaire *K.A. et A.D.*, Jean-Pierre MARGUÉNAUD écrit qu'il est « de ceux qui croient que la liberté sexuelle des uns ne peut pas être limitée par la morale qui, par un malheureux hasard, se trouve toujours être la morale des autres. (…) [Il] prétend que la vie sexuelle est le domaine où l'Etat doit justement s'interdire d'intervenir au nom de la morale parce que, ordinairement, elle ne relève pas seulement de la vie privée mais de l'intimité de la vie privée. (…) On objectera que le consentement est une protection illusoire car il est particulièrement difficile de s'assurer de son existence et de sa sincérité. (…) Il serait cependant hasardeux de lui contester le moindre rôle dans un domaine où la tentation est si forte de lui substituer la morale oppressive »[410].

342. Nulle prédominance ne saurait être accordée, dans une telle démarche, à la dignité objective en ce que la volonté individuelle est souveraine pour s'engager dans les actes relevant de l'intimité de la vie privée, c'est-à-dire dans les choix qui n'engagent pas autrui. Les individus

[408] KA et AD contre Belgique, 17 février 2005, n° 42758-98 et 45558/99, paragraphe 83.
[409] Jean-Philippe FELDMAN, *Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine,* Droits 2009, n° 48/1, page 89.
[410] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, dans Muriel FABRE-MAGNAN, Michel LEVINET, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Françoise TULKENS, *Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement,* Droits 2009, n°48/1, page 3.

sont libres de se tromper, de se compromettre dans des actes dommageables dès lors qu'ils n'entraînent pas autrui dans leur déchéance. Si certaines limites sont souhaitables, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme le reconnaît elle-même dans les deux décisions précitées, elles ne peuvent pas être posées par l'œil extérieur de la société, mais par l'esprit clairvoyant de l'individu concerné. C'est en effet ce dernier qui est le mieux à même de jauger ce qui lui convient, puisqu'il y est intéressé au premier chef. La société n'a pas son mot à dire dès lors que les actes posés le sont dans le secret de l'intimité.

343. A l'inverse, l'autre école doctrinale condamne fermement l'autonomie personnelle vue comme un droit absolu à l'auto-détermination. C'est ainsi que Muriel FABRE-MAGNAN écrit, à propos de la décision *K.A. et A.D.*, que « au nom du droit au respect de la vie privée, ce qu'a finalement entériné la Cour, c'est un droit de frapper et blesser autrui dans un but de jouissance sexuelle, donc ce qu'on pourrait appeler un « droit au sadisme », qui deviendrait même un droit de l'homme puisque la Cour le déduit de l'article 8 de la Convention »[411]. Dans un article ultérieur, Muriel FABRE-MAGNAN déroule sa critique en écrivant qu' « un constant argument pour revendiquer le droit de pouvoir faire tout ce qu'on veut sur soi-même consiste à énoncer que le rapport de soi à soi serait par définition exclusif de toute intervention d'un tiers »[412]. Elle soutient néanmoins qu'autrui est, dans la vaste majorité des cas, impliqué dans la relation que l'on entretient avec soi-même. C'est un travers de nos sociétés selon lequel « l'individu est tellement hypertrophié qu'on ne voit même plus la présence d'autrui ». Nonobstant cet état de fait, l'on « sort du rapport de soi à soi dès lors que ce n'est pas la personne elle-même qui porte atteinte à sa propre intégrité physique, mais une autre, et ce même si c'est à la demande de la première qui, en d'autres termes, est consentante. La notion même de consentement présuppose au demeurant l'existence d'un autrui ». Or, « le fait qu'une personne consente à être victime ne saurait excuser toutes les atteintes à son intégrité physique, toutes les tortures et barbaries, et pourquoi pas le meurtre ». Elle en conclut qu' « une des illusions de la modernité consiste à considérer l'être humain comme un pur sujet, tout entier dans sa volonté, et doté d'une raison infaillible lui permettant de dominer totalement son corps. Cette illusion est

[411] Muriel FABRE-MAGNAN, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*, Dalloz 2005, page 2973. Lire dans le même sens, Michel LEVINET, dans Muriel FABRE-MAGNAN, Michel LEVINET, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Françoise TULKENS, *Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement,* Droits 2009, n°48/1, page 3 : « « à mon sens, dans des pratiques du type de celles de l'affaire *K.A. et A.D.,* où sont en cause des actes de sadisme, il n'y a pas de place, il n'y a aucune place pour le consentement, pour l'autonomie personnelle. Il est très artificiel de la part de la Cour de rechercher s'il y a consentement ou pas. Dans cette hypothèse, il e peut pas y avoir consentement. Du côté du sadique, il n'y a aucune place pour le consentement, le sadisme ne laisse aucune autonomie à la personne qui est traitée en objet ».

[412] Muriel FABRE-MAGNAN, *Le domaine de l'autonomie personnelle*, Dalloz 2008, page 31.

à l'œuvre lorsque la liberté individuelle est interprétée comme un droit à l'« autonomie personnelle » qui inclurait le droit absolu de porter atteinte (ou d'accepter que soit porté atteinte) à sa propre intégrité corporelle, et donc celui de renoncer, pour soi-même, aux droits les plus fondamentaux. (…) Le droit doit [pour autant] veiller à préserver l'humanité de chaque homme, non pas pour le protéger contre lui-même, mais parce que c'est à cette condition qu'une société peut être juste et décente. L'humanité de chacun des hommes détermine en effet la représentation de l'humanité de tous les autres ».

344. En d'autres termes, la libre disposition de soi ne saurait être reconnue comme un droit. Il existe des limites infranchissables que l'on doit pouvoir opposer à la volonté individuelle car cette dernière n'est pas toujours la mieux placée pour effectuer un choix avisé. C'est bien la logique qui est à l'œuvre dans le concept de dignité objective : parce que les individus sont dépositaires et non maîtres de leur dignité, ils ne peuvent en disposer librement et agir comme bon leur semble, ce quand bien même autrui ne serait pas impliqué dans leurs actions.

345. Cette approche a l'avantage indéniable de la sécurité. Même à son corps défendant, l'individu sera protégé de ses propres démons, et les rapports sadomasochistes seront interdits, même pratiqués dans le secret des alcôves. Sans la dignité objective que l'on peut opposer à l'individu contre les actes qui l'aviliraient, ce dernier devient un homme sans gravité, en ce sens qu'il ne se réfère qu'aux valeurs qu'il se détermine pour lui-même. S'il se fourvoie, nulle autorité ne sera légitime à le protéger contre ses propres agissements. C'est en ce sens que la dignité objective constitue, à première vue, une limite bienvenue au concept d'autonomie personnelle, invoquée par la Cour européenne des droits de l'homme suivant une logique erratique. Laisser tout pouvoir au consentement apparaît de ce point de vue, dangereux. Une telle approche permet de fonder le traitement réservé aux personnes sans domicile fixe par temps de grands froids.

B. Un exemple : le traitement des personnes sans domicile fixe par temps de grands froids

346. Stigmatisées, les personnes sans domicile fixe le sont indubitablement. « Ce qu'il y a de plus terrible dans la pauvreté, constatait Simmel, c'est d'être pauvre et rien que pauvre, c'est-à-dire de ne pas pouvoir être défini par la société autrement que par le fait d'être pauvre. A partir du moment où le pauvre est pris en charge par la collectivité pour sa subsistance et son entretien quotidien, il ne peut plus prétendre à un autre statut social que celui d'assisté, d'autant que l'assistance a une fonction sociale déterminée qui rend presque inévitable cette

désignation »[413]. Aux fins de préserver la dignité de ces personnes, de leur laisser une place d'être humain à part entière dans notre société, il devient nécessaire d'œuvrer contre la libre disposition de ces dernières, en leur donnant accès à des centres d'hébergement, qu'elles le veuillent ou non. Les réponses apportées au traitement des personnes sans domicile fixe ne sont pas univoques (1) et laissent à penser que des efforts doivent encore être faits dans le traitement réservé à ces dernières (2).

1. Une protection nuancée

347. La plupart des personnes sans domicile fixe, lorsque les conditions climatiques sont défavorables, cherchent un refuge dans un habitat public. Lorsque les délits de vagabondage et de mendicité existaient encore, et même postérieurement, des personnes sans domicile fixe ont forcé la porte des prisons pour se protéger du froid. « En septembre 1986, un clochard a ainsi été condamné à trois mois de prison ferme après avoir commis un menu larcin « pour pouvoir aller en prison»[414]. En janvier 1987, un vagabond a été condamné à deux mois de prison afin, selon les réquisitions du Procureur, de lui assurer « un abri pour les deux plus mauvais mois de la saison »[415]. Un an plus tard, sur le même registre, mais sans aller jusqu'à l'emprisonnement ferme, le Procureur de la République à Chambéry s'est lancé dans une expérience originale en utilisant le délit de vagabondage pour condamner un SDF à trois ans de mise à l'épreuve, ce qui devait permettre d'exercer sur ce dernier un contrôle judiciaire bénéfique[416]. Depuis la disparition des délits de vagabondage et de mendicité, des phénomènes analogues sont repérables. Pendant l'hiver 1997/1998, une personne sans domicile fixe s'est présentée aux portes d'une gendarmerie pour pouvoir aller en prison. Face au refus des gendarmes il s'est accusé de vols imaginaires et a fini par détruire l'interphone de la gendarmerie. Il a été alors condamné à un an ferme pour déprédation de matériel, ce qui est certainement une lourde sentence[417]. En août 1997, une autre personne sans domicile fixe, épuisée, s'est rendue au commissariat de Besançon pour y demander de l'aide, tout en avouant de multiples larcins. Il a été condamné à quatre mois de prison ferme[418]. En juillet 1998, c'est une personne sans domicile

[413] Serge PAUGAM, Nicolas DUVOUX, *La régulation des pauvres*, PUF (2008), page 17.
[414] AFP, 29 sept. 1986.
[415] AFP, 13 janv. 1987.
[416] *Le Monde*, 15 janv. 1988.
[417] AFP, 19 déc. 1997.
[418] AFP, 28 août 1997.

fixe de vingt-cinq ans qui a utilisé la manière forte pour tenter de réintégrer la maison d'arrêt de Strasbourg[419]»[420].

348. Dans le domaine de l'hébergement des personnes sans domicile fixe, le Conseil d'Etat a affirmé qu' «il appartient aux autorités de l'Etat de mettre en œuvre le droit à l'hébergement d'urgence reconnu par la loi à toute personne sans abri qui se trouve en situation de détresse médicale, psychique et sociale ; qu'une carence caractérisée dans l'accomplissement de cette tâche peut (...) faire apparaître (...) une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée »[421]. Il s'agissait du cas d'un ressortissant de Côte d'Ivoire dont l'habitation avait été détruite par un incendie, qui avait été hébergé une seule nuit par les services de veille sociale avant de se retrouver à la rue, sans que les autorités ne lui offrent aucune solution de relogement. Le Conseil d'Etat tempère néanmoins sa position en édictant qu'il ne s'agit que d'une obligation de moyens, puisqu' « il incombe au juge des référés d'apprécier dans chaque cas les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée ».

349. Cette réponse nuancée au problème du logement fait écho aux positions fluctuantes des acteurs judiciaires en ce domaine. Ainsi, « un arrêté municipal [a été] pris, en 1998, par le maire de Longjumeau tendant à ce que « toute personne errant par temps de grand froid, ou se trouvant exposée aux aléas climatiques faisant craindre pour sa santé, se voit proposer un site d'accueil où elle pourra séjourner au chaud ». L'arrêté précisait alors qu'« à défaut de consentement de l'individu, et dans la mesure où sa santé ou sa sécurité est menacée, celui-ci est conduit dans un bâtiment public refuge»[422]. L'arrêté fut annulé par le tribunal administratif, qui prit soin, dans son jugement[423], de rappeler que la liberté d'aller et venir est un principe à valeur constitutionnelle auquel il ne peut être porté atteinte, pour assurer le respect d'autres principes de même valeur, que si la loi le prévoit et constata que « l'errance de personnes sans domicile fixe en période de grand froid n'est pas de nature à porter atteinte à l'ordre public ».

[419] *Dernières Nouvelles d'Alsace*, 22 juill. 1998.
[420] Julien DAMON*, La prise en charge des vagabonds, des mendiants et des clochards : une histoire en mouvement*, RDSS 2007. 933**.**
[421] Conseil d'Etat, 10 février 2012, n°356456.
[422] Arrêté pris par le maire de Longjumeau, en date du 2 janv. 1997, *Le Monde*, 4 janv. 1997.
[423] TA Versailles 23 janv. 1998, *Préfet de l'Essonne*, n° 971245, Lebon 623.

Dès lors, les dispositions de l'arrêté litigieux ne sauraient se rattacher au pouvoir de police détenu par le maire[424].

350. En revanche, lorsque « le préfet de police de Paris (...) prescrit la prise en charge d'autorité des personnes sans abri présentant un risque d'hypothermie mortelle en raison desdites conditions climatiques et de la précarité des moyens de protection et leur recueil temporaire dans un local du service avant placement dans un centre d'hébergement provisoire, (...) en subordonnant ainsi cette prise en charge d'autorité, par suite de l'échec des tentatives visant à obtenir le consentement des personnes en danger, à l'existence de températures fortement négatives et à celle d'un risque vital, résultant de la conjugaison de ces températures fortement négatives et de l'absence de protection adéquate, la note critiquée n'ordonne pas aux agents concernés d'accomplir un acte qui ne serait pas, dans le but ainsi défini de tenter de sauver les personnes sans abri par un accueil temporaire, indispensable à la survie de ces personnes et proportionné à leur état. (...) Par suite, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que ladite note porterait une atteinte excessive à la liberté d'aller et venir, au droit de toute personne de s'opposer à toute investigation ou thérapeutique ou constituerait un détournement de la procédure d'internement d'office »[425].

351. Les positions doctrinales françaises sont également contrastées. Diane ROMAN adopte une opinion tempérée et écrit que « l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme énonce nettement que la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Les pratiques sociales contemporaines semblaient avoir intégré le principe constitutionnel, caractéristique d'un humanisme libéral. Ainsi, le Samu social, qui sillonne les grandes villes depuis le début des années 90, n'est censé diriger les personnes errantes vers des foyers d'accueil qu'avec leur consentement exprès. Aussi n'est-il pas anodin de voir resurgir la question de savoir s'il est possible de retenir contre son gré un démuni exposé à un danger immédiat »[426]. L'appel à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme laisse entendre que cet auteur n'est pas entièrement favorable à une admission forcée des personnes sans abri dans des structures d'hébergement. A l'inverse, Jacques MOREAU n'hésite pas à affirmer que « laisser dans les

[424] Diane ROMAN, *Les sans-abri et l'ordre public*, RDSS 2007, page 952.
[425] CAA Paris, 21 déc. 2004, n° 03 PA03824, Assoc. Droit au logement Paris et environs.
[426] Diane ROMAN, *Les sans-abri et l'ordre public,* RDSS 2007, page 952.

rues des personnes en danger de mort sous le prétexte que leur consentement n'a pu être obtenu sur une mesure de placement provisoire constitue bien un trouble à l'ordre public»[427].

352. Quant à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, sa position va clairement dans le sens de l'interventionnisme. Elle a notamment validé le placement forcé en maison de santé d'une personne âgée qui souhaitait demeurer dans son logement mais qui avait refusé les aides à domicile nécessaires à son maintien à domicile. Assumant son raisonnement, elle a clairement écrit que «compte tenu de l'ensemble de ces éléments, notamment du fait que la commission cantonale de recours a ordonné le placement de la requérante dans le propre intérêt de celle-ci, en vue de lui procurer les soins médicaux nécessaires et des conditions de vie et d'hygiène satisfaisantes, (...) la Cour conclut que, dans les circonstances de l'espèce, le placement de Mme H.M. ne s'analysait pas en une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1[428], mais constituait une mesure responsable prise par les autorités compétentes dans le propre intérêt de la requérante »[429]. La Cour européenne confirme donc, dans ce cas précis, une mesure contraire à la libre disposition de la personne concernée qui ne voulait pas du placement en maison de santé.

353. Il n'en demeure pas moins que les seules garanties que la Cour européenne accorde aux personnes sans domicile fixe sont d'ordre procédural. Par exemple, dans une affaire où trois personnes sans domicile fixe avaient été placées dans des centres sociaux pendant une durée de plusieurs mois, ce contre leur volonté pourtant affirmée et répétée, la Cour « ne constate (...) ni illégalité ni arbitraire dans le cas de la mise des trois requérants à la disposition du gouvernement, et elle n'a aucune raison de considérer comme incompatible avec l'article 5 par. 1 e) (art. 5-1-e) de la Convention la détention qui en est résultée »[430]. La Cour européenne se concentre sur la procédure suivie pour décider de l'internement des trois individus concernés et estime, à ce propos, que « la procédure dont il s'agit se ressent du caractère administratif de la décision à rendre. Elle n'assure pas des garanties comparables à celles qui valent pour les détentions en matière pénale, alors pourtant que l'internement des vagabonds se rapproche d'une telle détention par bien des côtés. (...)La Cour arrive donc à la conclusion qu'il y a eu, sur le point dont il s'agit ici, violation du paragraphe 4 de l'article 5 (art. 5-4) en ce que les trois

[427] Jacques MOREAU, *Le préfet peut légalement prescrire que, par grand froid, les sans-abris soient pris en charge* d'autorité, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 5, 31 Janvier 2005, 1064.
[428] « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ».
[429] CEDH, affaire H.M. contre Suisse, 26 février 2002, n°39187/98, paragraphe 48.
[430] CEDH, affaire De Wilde, Ooms et Versyp contre Belgique, Requêtes n° 2832/66; 2835/66;2869/66, 18 juin 1971, paragraphe 70.

requérants n'ont pas bénéficié des garanties prescrites par ce paragraphe[431] »[432]. Ce n'est donc pas la mise à l'écart forcée des trois personnes concernées qui est ici questionnée mais la composition de la juridiction qui a décidé de leur internement.

354. Le traitement des personnes sans domicile fixe par temps de grands froids ne fait donc pas l'objet d'un traitement uniforme, certains acteurs du domaine étant favorables à la libre disposition de ces dernières, d'autres avançant que la contrainte doit s'appliquer à celles-ci, dans leur propre intérêt.

2. Une protection encore et toujours insuffisante

355. Certaines personnes sans domicile fixe, y compris dans les temps de grands froids, ne veulent pas intégrer de structure d'hébergement, même au péril de leurs vies, et énoncent la volonté ferme de demeurer dans la rue. « Le décès des neuf victimes durant la vague de froid de l'hiver dernier [2002] trouve son origine dans la difficulté de les convaincre d'accepter un hébergement, alors même que les capacités d'accueil n'ont jamais été saturées »[433].

356. A la décharge de ces individus récalcitrants qui émettent le souhait de rester dans le froid et sous la pluie, les conditions des hébergements d'urgence ne sont ni sereines, ni respectueuses de leur dignité. « (...) Outre les conditions exténuantes d'obtention d'un hébergement, il faut accepter de dormir dans des lits superposés, dans des dortoirs ou des box où sévissent les vols, les insultes, les poux, les incontinences, les odeurs – la liste est très longue »[434]. En outre, il s'agit d'un véritable enfermement puisque les personnes sans domicile fixe sont assignées dans cette « résidence » de la fin d'après-midi au petit matin, les locaux

---

[431] « 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. »

[432] CEDH, affaire *De Wilde, Ooms et Versyp contre Belgique*, Requêtes n° 2832/66; 2835/66;2869/66, 18 juin 1971, paragraphes 79-80.

[433] Réponse de Madame Mme la secrétaire d'Etat à la lutte contre la précarité et l'exclusion à Question de M. René Trégouët, Sénateur – Groupe de l'Union pour un Mouvement populaire, Publication au JO : Sénat du 23 janvier 2003. Le refus de prise en charge ne provient pas uniquement des personnes sans domicile fixe. « Plus globalement, deux années après le DALO [droit au logement opposable] le cadre juridique des droits à l'hébergement social n'est toujours pas stabilisé. De ce fait, il n'est pas bien compris par les professionnels en charge de l'appliquer. Est-ce pour cette raison que, chaque jour, des SDF continuent à se voir refuser un hébergement ? À titre d'exemple, la nuit du 2 novembre 2009 a donné lieu à 37 % de demandes d'hébergement non satisfaites, par le 115 et, la même année, 358 personnes sont mortes dans les rues françaises. Ces contradictions ne témoignent-elles pas plus globalement d'une résistance collective à traiter normalement les SDF et à les protéger comme les autres populations, plus « méritantes », relevant du droit opposable au logement ? » (Stéphane RULLAC, *Le droit au logement opposable et l'hébergement social : analyse sociojuridique d'une loi réactionnelle*, Droit social 2010, page 806).

[434] Sandrine AUMERCIER, *Le SAMU social. De l'urgence à l'inclusion globale*, Revue du MAUSS, 2004/1 (n° 23), p. 116-132. DOI : 10.3917/rdm.023.0116. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-du-mauss-2004-1-page-116.htm

étant fermés à clés[435]. Rares sont les centres qui au surplus accueillent également les animaux de compagnie. L'alcool et toute autre forme de drogue sont bien évidemment interdits et les repas se prennent à heure fixe. Les personnes sans domicile fixe se trouvent donc enfermées dans un endroit anxiogène, où l'on ne respecte pas leurs envies. Pourquoi ne pas imaginer des centres d'hébergement d'urgence qui comprendraient des salles dédiées aux animaux qui procurent parfois le seul réconfort à leurs maîtres, ainsi que des lieux propres à permettre une consommation aidée et cliniquement adaptée de stupéfiants et d'alcool ? Ces casernes sociales ne paraissent guère propices à l'épanouissement car elles ne prennent en compte que les besoins physiques élémentaires, sans les individualiser.

357. La dignité des personnes sans domicile fixe n'y est pas toujours respectée, étant entendu que ces dernières ne sont parfois pas reconnues comme des individus à part entière, avec des désirs et des envies propres à eux, mais comme des numéros qu'il convient de loger dans une boîte hermétiquement fermée. La preuve en est que ceux qui dérogent à l'ordre établi sont volontairement évincés de ces centres. « Les relégués de l'urgence sont le plus souvent catégorisés comme des usagers violents envers le personnel ou les hébergés. Cet amalgame dissimule des situations très différentes. D'un côté il existe les renvois de protection lorsque les entrants sont réellement agressifs envers les autres résidents ou les gardiens. Souvent ivres ou en manque, ils perturbent le sommeil de la plus grande partie des hébergés, mettent parfois en danger la sécurité physique des occupants, ce qui nécessite de temps en temps l'intervention de la police. Cependant, les permanents provoquent aussi des exclusions, en dehors de tout comportement violent de l'hébergé. Les attitudes répressives des gardiens s'observent nettement à propos des demandes de liberté des SDF jugées immédiatement attentatoires à l'ordre interne : ne pas faire la queue et se servir directement du lait au petit déjeuner, ne pas vouloir rester enfermé à partir de 18 heures 30 et demander à sortir pour pouvoir téléphoner dehors, demander un supplément de repas à une heure du matin, ne pas vouloir dormir dans le lit octroyé et s'allonger sur un canapé dans une des salles de repos et de jeu, ne pas venir tous les soirs dormir dans le CHU sans avoir une absence justifiée, contester aux abords du centre

[435] Patrick BRUNETEAUX, *L'hébergement d'urgence à Paris ou l'accueil en souffrance*, Sociétés contemporaines, 2006/3 (n^{O} 63), p. 105-125. DOI : 10.3917/soco.063.0105. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-societes-contemporaines-2006-3-page-105.htm : « Les centres d'urgence fonctionnent sur le principe de la clôture temporelle. L'entrée est un enfermement. Pas un grand renfermement, comme au XVIIIe siècle où les personnes sont condamnées à travailler et à végéter dans les grands hôpitaux généraux, les dépôts de mendicité ou les prisons. Mais un petit enfermement, régulier. Jusqu'au matin, il est interdit de ressortir dans la rue. Les portes sont fermées à clé et toute démarche vers la porte de sortie provoque une réaction des permanents ou des vigiles qui refoulent le corps. Il devient même présomptueux de revendiquer cette autonomie lorsque l'on se rend en CHU ».

les remarques d'un gardien qui demande de ne pas boire, aller se plaindre d'un permanent à la direction »[436].

358. Enfin, l'hébergement est conçu pour être de courte durée tandis que les lieux d'accueil de jour se différencient de ceux de nuit[437], contraignant ainsi les personnes sans domicile fixe à errer d'un local à un autre pour tenter de se reconstituer une humanité en déroute. Pourtant, « la stabilité dans un hébergement est associée à des possibilités de rencontres, notamment avec les acteurs institutionnels donnant accès aux ressources des politiques sociales. L'instabilité est en revanche source de frustrations : les individus éprouvent une désynchronisation entre la durée pendant laquelle ils peuvent fréquenter sur un rythme continu un établissement, et les projections vers l'avenir qu'ils investissent en envisageant des relations avec des intervenants sociaux »[438].

359. Au terme de ce paragraphe, il apparaît que le traitement des personnes sans domicile fixe par temps de grands froids constitue l'un des très rares cas où la dignité peut être opposée à la personne contre son gré. On ne peut décemment accepter que des personnes restent sur des bouches d'aération, couverts de simples cartons ou d'un sac de couchage alors qu'existent des structures chauffées avec des lits et de la nourriture. Le consentement à la souffrance et, in fine, à la mort ne relève certes pas du droit pénal, mais la lutte contre la volonté mortifère s'apparente, dans ces circonstances précises, au réapprentissage de sa conscience d'être humain et non d'un simple morceau de bois susceptible de résister à toutes les tempêtes climatiques. Ces personnes veulent-elles seulement affronter réellement la mort ? Non, elles n'ont tout simplement plus la force de lutter pour survivre dans des conditions décentes ; la société leur a fait perdre le sentiment de leur humanité. Aux acteurs sociaux de la leur réinsuffler. Si les conditions

---

[436] Patrick BRUNETEAUX, *L'hébergement d'urgence à Paris ou l'accueil en souffrance*, Sociétés contemporaines, 2006/3 (n° 63), p. 105-125. DOI : 10.3917/soco.063.0105. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-societes-contemporaines-2006-3-page-105.htm

[437] Edouard GARDELLA, *Temporalités des services d'aide et des sans-abri dans la relation d'urgence sociale. Une étude du fractionnement social*, Sociologie, 2016/3 (Vol. 7), p. 243-260. DOI : 10.3917/socio.073.0243. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-sociologie-2016-3-page-243.htm : « Le fractionnement social prend des aspects spatiaux et temporels dans l'organisation de l'aide d'urgence aux sans-abri. D'une part, elle s'observe par la dispersion des services d'aide, entre le 115 (accessible par téléphone), les hébergements d'urgence, les lieux d'accès aux droits sociaux et les accueils de jour (servant à se poser, nouer une sociabilité autour de jeux ou d'ateliers, prendre un café, prendre une douche, laver son linge). Les individus sont ainsi contraints de naviguer d'un lieu à un autre pour que la relation d'assistance puisse s'accomplir. D'autre part, le fractionnement social se comprend comme la répartition entre une aide de jour et une aide de nuit, distinction structurelle dans le secours aux vagabonds et aux sans-abri (Pichon, 1996) : les hébergements pour la nuit, les accueils de jour… pour le jour ».

[438] Edouard GARDELLA, *Temporalités des services d'aide et des sans-abri dans la relation d'urgence sociale. Une étude du fractionnement social*, Sociologie, 2016/3 (Vol. 7), p. 243-260. DOI : 10.3917/socio.073.0243. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-sociologie-2016-3-page-243.htm.

d'hébergement et leur durée doivent être révisés pour œuvrer dans le sens d'une réinsertion du public concerné et non dans la simple réhabilitation d'urgence et de surface, elles valent mieux qu'une mort indigne dans le froid et la faim.

360. En conclusion de cette première section, la dignité objective n'est pas uniquement l'incarnation de la morale sociale que certains veulent y voir. Elle constitue également un point d'ancrage pour que tous les êtres humains soient traités de façon égalitaire et avec attention, quelle que soit leur position sociale. Si la personne concernée perd le sentiment de sa dignité, il appartient alors aux autorités publiques de prendre les mesures adéquates propres à assurer que celle-ci retrouve le chemin de la sécurité et de la rationalité. C'est sur ce fondement que les fumeurs sont quasiment empêchés de poursuivre leur addiction et que les personnes sans domicile fixe sont amenées dans des centres d'hébergement nonobstant leur refus d'être pris en charge. L'importance de la dignité objective apparaît ensuite dans le domaine de la bioéthique.

SECTION II LA DIGNITÉOBJECTIVE AU DÉFI DU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP BIOÉTHIQUE

361. La bioéthique peut être définie comme le champ d'application de normes éthiques, c'est-à-dire de règles destinées à atteindre le Bien, ce qu'il est bon de faire[439], appliquées à l'être humain, de sa conception à son état de défunt. Les règles juridiques se sont finalement immiscées dans ce domaine, initialement irriguées et chapeautées par le principe de dignité objective.

362. Plusieurs raisons permettent d'expliquer que la dignité objective soit devenue le fondement des normes juridiques en matière de bioéthique (§1). Cependant, les dernières années ont vu naître une tendance visant à laisser la dignité entre les seuls mains de son titulaire. Autrement dit, dès lors que la personne consent à l'acte concerné, celui-ci est autorisé, et demeure officiellement conforme à la dignité de la personne humaine. Ce qui compte dorénavant est le but poursuivi et non les moyens employés. Force sera de constater que cette dignité de façade est devenue trop contingente pour demeurer honnêtement opératoire. Elle

[439] Valérie DEPADT-SEBAG, *Droit et bioéthique*, Editions Larcier, deuxième édition (2012), page 33.

demeure officiellement le principe fondateur de la bioéthique, mais la conception conséquentialiste qui en est retenue la démunit de certains de ses effets salvateurs (§2).

§1 Dignité et bioéthique : les raisons de la naissance d'un couple juridique

363. L'on peut distinguer trois principales raisons à la naissance de ce couple juridique, que l'on examinera selon leur ordre d'apparition chronologique.

A. Le procès de Nuremberg

364. Nuremberg n'a pas été uniquement le lieu des procès des dirigeants nazis, mais également celui des médecins du régime, eu égard aux atrocités commises par ces derniers, lors d'expérimentations, sur des personnes humaines. Ces scientifiques se sont fondés sur des théories eugénistes dénaturant le darwinisme, et instaurant la suprématie de la race dite aryenne sur les autres peuples, en particulier sur les Juifs, « justifiant l'extinction des autres [races], aussi naturellement que l'étouffement de plantes sous la vigueur de végétaux plus robustes et plus prospères »[440]. Ainsi, Jean-René BINET note-t-il que nombre de discours de responsables nazis sont empreints de vocabulaire médical, « comme en témoignent les fréquentes utilisations des termes "peste", gangrène" ou "choléra" pour parler des Juifs et autres "inférieurs" »[441]. Selon cet auteur, Hitler et les scientifiques avaient trouvé un accord satisfaisant pour les deux parties, les seconds ayant besoin de financements et de "matériaux" pour travailler sur leurs expériences, tandis que, pour le premier, il était nécessaire d'obtenir une caution scientifique pour mettre en œuvre sa politique militaire et eugénique[442].

365. L'on ne citera que quelques exemples des horreurs perpétrés par ces personnages : le docteur Mengle inoculant à des enfants des bactéries du typhus, aux fins de procéder à des prises de sang aux différents stades de la maladie[443], des personnes se prétendant des médecins procédant à l'immersion de corps de personnes vivantes dans l'eau glacée ou leur faisant subir des brûlures lentement mais sûrement létales[444]. La conséquence de cette dénaturation de la science, de ses valeurs et objectifs, fut que les victimes furent réifiées à un stade extrême, que

[440] Jean-René BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF (2002), page 181.
[441] Jean-René BINET, *ibid.*, page 183.
[442] Jean-René BINET, *ibid.*, page 189.
[443] Jean-René BINET, *ibid.*, page 191.
[444] Voir également sur ce point, Stéphane BAUZON, *La personne biojuridique*, PUF (2006), page 85.

leur humanité leur fut déniée, et que le principe d'inviolabilité du corps humain fut profané, dans des proportions jusque-là jamais atteintes.

366. En réaction à l'horreur induite par la découverte des atrocités ainsi commises, fut institué, en 1947, un « Code qui est l'un de premiers textes biojuridiques. Il est constitué de dix "standards" qui doivent être appliqués en cas d'expériences médicales sur des êtres humains »[445] : le consentement volontaire et éclairé du sujet humain d'expérimentations ; la nécessité que l'expérience ait des résultats pratiques pour le bien de la société impossibles à obtenir par d'autres moyens ; l'obligation de la connaissance de la genèse de la maladie ou des questions à l'étude ; l'obligation que l'expérience soit pratiquée de façon à éviter toute souffrance et tout dommage, physique ou mental, non nécessaires ; l'interdiction de pratiquer une expérience qui entraînera, a priori, la mort ou l'invalidité du sujet ; le fait que les risques encourus ne doivent jamais excéder l'importance humanitaire du problème que doit résoudre l'expérience envisagée; l'interdiction de laisser le sujet victime d'une éventualité, si mince soit-elle, susceptible de provoquer des blessures, l'invalidité ou la mort ; la nécessité que les expériences soient pratiquées par des personnes qualifiées ; la liberté du sujet d'interrompre, à tout moment, l'expérience ; l'obligation pour le scientifique d'interrompre lui-même l'expérience, s'il a une raison de croire que sa continuation pourrait entraîner des blessures, l'invalidité ou la mort pour le sujet expérimental[446]. A la lumière de ces dix principes, même s'il n'est jamais expressément nommé, l'on voit sourdre le respect de la dignité de la personne humaine, fondement inévitable de l'interdiction de réifier, d'instrumentaliser les individus, serait-ce au nom de progrès scientifiques espérés.

367. Ces règles ont ensuite été relayées dans plusieurs textes internationaux. Parmi les premiers de ceux-ci, il convient de citer la Convention d'Helsinki de 1964, par laquelle ont de nouveau été déclarés « les grands principes applicables à la recherche clinique. L'information d'une part, et le consentement éclairé du patient, d'autre part, doivent fonder l'action des professionnels ; l'intégrité physique des personnes constitue le troisième pilier de cette Convention »[447]. Il y eut ensuite la déclaration de Tokyo de 1975 et celle de Manille de 1980 « réaffirmant le principe selon lequel les individus ne peuvent pas être des simples objets d'expérimentation scientifiques »[448]. Il y eut également la Convention d'Oviedo selon laquelle « les parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et

[445] Stéphane BAUZON, *ibid.*, page 89.
[446] Stéphane BAUZON, *ibid.*, pages 92-93.
[447] Daniel BORRILLO, *Bioéthique*, Dalloz (2011), pages 9-10.
[448] Daniel BORRILLO, *ibid.*, page 11.

garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine »[449]. Il est à ce propos significatif que la valeur constitutionnelle de la dignité ait été notamment énoncée à propos des dispositions législatives relatives aux hospitalisations psychiatriques sans consentement, entraînant ainsi un contrôle des pratiques médicales[450].

368. A l'issue de ce premier choc, la société dut également réagir face aux évolutions des sciences appliquées à l'humain eu égard à la nouveauté des dernières qui impliquait des conséquences alors inattendues, qu'il convenait d'encadrer, sous peine de retomber dans des dérives difficilement acceptables.

B. L'évolution des sciences appliquées à la personne humaine

369. L'affirmation de la dignité de la personne humaine apparaît ici nécessaire en ce qu'elle permet de poser des limites aux modifications et changements que l'individu décide d'imposer non seulement à son environnement mais également à sa propre nature. En conséquence, l'appel à la dignité est opportun en ce que ce principe peut s'appliquer, au-delà de l'individu, à l'espèce humaine et défendre l'intégrité de cette dernière. En effet, « le recours aux droits de l'homme est insuffisant pour faire face à ces nouveaux défis [bioéthiques], puisque les droits de l'homme s'appliquent à des individus *actuellement existants.* Or, les pratiques mentionnées ci-dessus [le clonage reproductif, l'intervention sur la lignée germinale] n'atteignent pas des personnes existantes, mais plutôt *le genre humain dans son ensemble*, y compris les générations futures »[451]. Des auteurs tels que Catherine LABRUSSE-RIOU s'inquiètent du développement plus ou moins contrôlé de la technique sur l'être humain. Ainsi, à propos des diagnostics

[449] Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997.
[450]Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-71, QPC du 26 novembre 2010, considérant n° 28 : "Considérant que le Préambule de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ; que la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle".
[451] Roberto ANDORNO, « Chapitre 3. Dignité humaine, droits de l'homme et bioéthique : quel rapport ? », Journal International de Bioéthique, 2010/4 (Vol. 21), p. 51-59. DOI : 10.3917/jib.214.0051. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-journal-international-de-bioethique-2010-4-page-51.htm. Dans le même sens, Christian BYK, « Chapitre 5. Le concept de dignité et le droit des sciences de la vie : une valeur symbolique et dynamique au cœur de la construction sociale de l'homme », Journal International de Bioéthique, 2010/4 (Vol. 21), p. 67-81. DOI : 10.3917/jib.214.0067. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-journal-international-de-bioethique-2010-4-page-67.htm « Dans le domaine des sciences de la vie, la notion de dignité est utilisée pour justifier la prohibition de techniques ou pratiques (clonage reproductif, pratiques eugéniques visant à la sélection des personnes) qui, dans leur portée, dépassent les simples violations de l'intégrité corporelle (…). Elles atteignent, en effet, la personne dans ce qui fait partie de son « identité humaine » (son rattachement à une parenté et une lignée, s'agissant de l'interdiction du clonage reproductif) et qui impose qu'elle soit traitée comme une fin et non comme un moyen ».

préimplantatoire et prénatal, n'hésite-t-elle pas à se poser la question suivante : « au plan pénal, peut-on dire qu'il y a crime contre l'humanité ? Celui-ci suppose un plan concerté, des critères arbitraires de discrimination, qui peuvent caractériser des mesures visant à empêcher de naître (art. 221-1 C. pén.). L'eugénisme doux et individualiste en apparence de nos sociétés est difficilement justiciable d'une telle qualification et pourtant ! »[452].

370. Guy BOURGEAULT, prenant l'exemple québécois, mais qui peut tout à fait être transposé à l'Europe, distingue trois périodes dans l'histoire contemporaine. La première est celle où l'homme se soumet à un « ordre naturel immuable, connu par ceux qui détiennent le pouvoir et "font la loi" »[453]. L'on imagine aisément que cet âge correspond à celui où l'homme n'a que peu de prise sur le déroulement de sa vie et de celle des autres êtres vivants, et doit donc se soumettre aux éléments biologiques existants, même à ses corps et âmes défendant. Puis, vient l'âge industriel. L'homme tend à devenir « maître et possesseur de la nature », et n'en subit plus autant qu'avant les aléas, ce « grâce à ses nouvelles connaissances scientifiques » et surtout à sa « nouvelle puissance technique »[454]. Enfin, vient le passage à la société post-industrielle, « dite aussi société de la communication ou société de l'information, ou encore société technologique »[455]. Non content d'influer sur le devenir de son environnement, l'homme a à présent les capacités d'influer sur sa propre destinée et constitution physique. Ceci correspond à l'avènement des techniques permettant à l'homme d'agir sur sa naissance, sa vie et sa mort, autrement dit sur son devenir. L'on pense ici entre autres à l'interruption volontaire de grossesse, ou à l'inverse aux procréations médicalement assistées, mais également à la gestation pour autrui, aux thérapies géniques, aux greffes d'organes, aux diagnostics pré-implantatoires, au clonage. Ainsi que le note Guy BOURGEAULT, « la science n'a plus le caractère contemplatif de la science classique: l'idée d'opération caractérise désormais l'activité scientifique et, comme le fait observer Jean Ladrière, la science est désormais "étroitement associée à un pouvoir sur

[452] Catherine LABRUSSE-RIOU, « 6. Le corps à l'épreuve des biotechnologies. Perspectives juridiques », dans : , *Écrits de bioéthique.* sous la direction de Labrusse-Riou Catherine. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2007, p. 166-195. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/ecrits-de-bioethique--9782130561323-page-166.ht.

[453] Guy BOURGEAULT, *L'ethique et le droit. Face aux nouvelles technologies bio-médicales,* Les Presses de l'Université de Montréal (1990), page 46.

[454] Guy BOURGEAULT, *ibid.*, page 47.

[455] Guy BOURGEAULT*, ibid.*, page 48 : "cette évolution influence de façon décisive la façon même de poser les questions relevant de la bioéthique. On ne peut en effet poser les mêmes questions à propos de la naissance et de la mort quand on n'y peut rien changer ou quand, au contraire, il est tout à coup possible, en recourant à une technologie de plus en plus sophistiquée, d'éviter la venue d'une vie non désirée ou de la susciter par-delà la stérilité, d'en prolonger ou d'en abréger le cours, au gré de ses désirs".

les choses, et sur l'homme lui-même, et c'est pourquoi elle apparaît liée à la technologie au point d'en être indiscernable" »[456].

371. Selon Valérie DEPADT-SEBAG, les avancées scientifiques recèlent deux risques majeurs. Le premier consisterait à réduire la personne « aux séquences de son génome »[457] , et faut-il ajouter, à un assemblage de matériaux - les organes-, dont on pourrait disposer ad libitum, non plus seulement dans un but altruiste d'aide aux personnes malades, mais également pour satisfaire une soif de savoir source de pouvoir[458], mise au service d'une société mercantile dédiée au profit[459]. Où l'on voit ici poindre le risque d'une nouvelle société eugéniste où les plus riches s'offriraient les organes des plus pauvres[460]. Le deuxième risque évoqué traite de la frontière entre les actions à visée thérapeutique et celles sans visée thérapeutique. L'auteur prend comme exemple de ces dernières « la sélection du sexe de l'enfant à venir ou la fécondation in vitro de la femme ménopausée »[461], pratiques interdites en France, mais pour un temps incertain. Ce qu'ont en effet éveillé les biotechnologies chez les individus est une recherche de bonheur accru, de paradis artificiels, que l'on croit trouver dans la réalisation de ses moindres désirs et envies. « Ne parle-t-on pas de droit à la santé, de droit à l'enfant ou de droit au bonheur comme de véritables droits-créances'? »[462]. Ce dernier état de la société technique présente une importance d'autant plus cruciale qu'il a des conséquences non seulement sur la personne concernée prise individuellement, mais également sur l'être en tant que représentant de l'espèce

[456] Guy BOURGEAULT, *op. cit*, page 68.
[457] Valérie DEPADT-SEBAG, *Droit et bioéthique*, Larcier, deuxième édition (2012), page 28.
[458]Dans Claire NEIRINCK (sous la direction de), *De la bioéthique au biodroit*, LGDJ (1994), Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *Les données du problème*, pages 30-31 : "cette volonté de savoir le comment et le pourquoi des choses pour mieux maîtriser la nature, et avec elle le destin, est plus spécifiquement l'apanage du monde rationnel occidental, sans cesse poussé plus avant dans la recherche d'une vérité qu'il n'atteindra sans doute jamais et des moyens de combattre la finitude humaine ou d'asservir la nature à ses besoins et ses désirs. Or, cette quête, si légitime en soi et même si nécessaire, peut conduire au meilleur ou au pire, on le sait, et la fission de l'atome comme la maîtrise du gène ne sont pas innocentes...".
[459]Voir sur ce point, Claire NEIRINCK (sous la direction de), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ (1994), page 153: "Ces nouvelles techniques s'enracinent dans le corps humain. Elles ont pour conséquence la mainmise de la recherche et de la science sur le corps et réduite à une somme d'éléments organiques : rein, sperme, sans, anticorps, hormones ... La biotechnologie gomme les catégories fondamentales du droit. Les distinctions personne/chose, homme/femme, vie/mort qui sont à la base même du droit, non seulement sont rouillées, mais encore présentées comme constituants d'inutiles obstacles au progrès. Pourquoi ne pourrait-on pas dissocier la personne de son corps, ou congeler le vivant ?".
[460]Sur ce point, dans Claire NEIRINCK (sous la direction de), *De la bioéthique au biodroit*, LGDJ (1994), Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN., *Les données du problème*, page 31 : "il est à peine besoin de dire que tout progrès scientifique éveille aussi immédiatement un autre instinct profondément enraciné dans l'homme : celui du gain et du profit. Dans un monde voué à l'économie de marche, biotechnologies, nouveaux appareillages, nouveaux produits d'origine humaine ou non, ot tôt fait de susciter l'appât du gain, et par seulement celui des entreprises. Celui aussi d'intermédiaire peu scrupuleux, et plus humblement celui de nécessiteux (ventes d'organes, de tissus humains, mères de substitutions...) contraints de se vendre ou de se louer pour satisfaire de plus riche qu'eux".
[461] Valérie DEPADT-SEBAG, *op. cit.*, page 28.
[462]Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *ibid.*, page 32.

humaine. Si des limites ne sont pas posées, les progrès actuels des sciences pourraient en effet permettre de changer de paradigme de société, en engendrant, in fine, le post-humain[463].

372. Des lois ont donc été élaborées pour encadrer la disposition des corps par les scientifiques. Il s'est d'abord agi de domaines particuliers. Ainsi, en est-il de la loi n° 49-890 du 07 juillet 1949 dite « loi Lafay », selon laquelle le prélèvement de cornée est autorisé, sur les lieux mêmes du décès dûment constaté par deux médecins, dès lors que « le de cujus [avait], par disposition testamentaire, légué ses yeux à un établissement public ou à une œuvre privée pratiquant ou facilitant la pratique de cette opération ». Il s'agit d'un texte fort court, ne comportant qu'un unique article. Puis, ont été successivement adoptées la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, dite « loi Cavaillet », la loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988, dit « loi Huriet », relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales[464], la loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament. On y retrouve certains des principes fondateurs édictés dans la convention de Nuremberg, notamment celui du consentement libre, éclairé et exprès de la personne concernée, le fait, pour la loi du 20 décembre 1988, que les recherches ne présentent aucun risque sérieux pour la santé, qu'elles ne puissent être réalisées autrement[465]. Les principes de gratuité et d'anonymat y ont déjà leur place[466]. Ont succédé à ces lois spéciales les résolutions

[463] Voir Partie II, Titre II, chapitre II.
[464] Bérengère LEGROS, *Droit de la bioéthique*, Les Études Hospitalières (2013), pages 20- 21.
[465] Concernant la loi sur l'IVG, voir l'article L 162-3 ancien du Code de la santé publique, s'agissant de la loi Huriet, voir les articles L 209-7 et L 209-9 anciens du code de la santé publique, et l'article 1 de la loi Cavaillet : "en vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti".
[466]Article L 666-1 ancien du Code de la santé publique, créé par la loi du 4 janvier 1993 : "la transfusion sanguine s'effectue dans l'intérêt du receveur et relève des principes éthiques du bénévolat et de l'anonymat du don, et de l'absence de profit, dans les conditions définies par le présent livre".

du Comité consultatif national d'éthique depuis 1983[467], puis les trois lois dites de bioéthiques, dont les dispositions seront citées ci-après.

373. La jurisprudence n'est pas demeurée en reste. Il faut notamment citer l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1993 aux termes duquel « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci ; qu'en particulier, ces principes font obstacle à ce que, en dehors des prélèvements d'organes opérés dans le cadre de la loi du 22 décembre 1976, et régis par celle-ci, il soit procédé à une expérimentation sur un sujet après sa mort, alors que, d'une part, la mort n'a pas été constatée dans des conditions analogues à celles qui sont définies par les articles 20 à 22 du décret du 31 mars 1978 ; que, d'autre part, ladite expérimentation ne répond pas à une nécessité scientifique reconnue, et qu'enfin, l'intéressé n'a pas donné son consentement de son vivant ou que l'accord de ses proches, s'il en existe, n'a pas été obtenu »[468]. Deux commentateurs approuvent cette solution, notamment parce « beaucoup de médecins et de biologistes ont cédé à la tentation du scientisme, en défendant l'idée que l'éthique serait le prolongement naturel de la science, et que [les scientifiques] seraient par conséquent plus aptes que les autres citoyens à répondre aux questions qu'elle pose »[469]. Il est donc bienvenu que la dignité s'impose, en dehors de toute expression de volonté de la personne à laquelle elle s'applique. « Contre la simple assimilation du mort à un objet d'expérience, [le Conseil d'Etat] marque l'importance attachée au respect dû à la dépouille mortelle (...). Nous ne pensons pas que l'on puisse, pour des expériences scientifiques, se prévaloir d'un consentement présumé du sujet comme la loi permet de le faire pour les transplantations d'organes. Il y a une différence entre une transplantation d'organes susceptible de sauver une vie humaine dans l'immédiat et une expérimentation dont le résultat n'est pas prévisible »[470].

[467]Décret n° 83-132 du 23 février 1983. Sa mission est "de donner un avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société tout entière" (article 1 dudit décret).
[468]Conseil d'Etat, 2 juillet 1993, n°124960, publié au recueil Lebon.
[469] Gilles LEBRETON, *op. cit.*, page 354.
[470] Commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1993 par Pascale GONOD, La Semaine Juridique Edition Générale n° 41, 13 Octobre 1993, II 22133.

374. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a déjà dû se confronter aux difficiles questions du droit à la vie de l'embryon[471], du prélèvement de tissus sur le corps d'un homme défunt sans avoir recueilli le consentement préalable de son épouse[472], de la transplantation d'organes[473], ou encore de la protection de la femme désirant avorter[474].

[471] CEDH, *VO contre France*, 8 juillet 2004, requête n° 53924/00 : « (…) la position des organes de la Convention, au regard des dimensions juridiques, médicales, philosophiques, éthiques ou religieuses de la définition de la personne humaine, a pris en considération les différentes approches nationales du problème. Ce choix s'est traduit par la prise en compte de la diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux, laissant place à un large pouvoir discrétionnaire de l'Etat en la matière qu'exprime fort bien l'avis du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne : « Les instances communautaires doivent aborder ces questions éthiques en tenant compte des divergences morales et philosophiques reflétées par l'extrême diversité des règles juridiques applicables à la recherche sur l'embryon humain (...). Il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres ». En conséquence, la perte de l'embryon in utero du fait d'une faute commise par un médecin ne saurait s'analyser en une atteinte de l'article 2 de la Convention.

[472] CEDH, *Elberte contre Lettonie*, 13 janvier 2015, requête n°61243/08 : « Se tournant vers les circonstances de l'espèce, la Cour observe que, suite à un accident de voiture, le mari de la requérante subit de graves blessures, dont il mourut au cours de son transport à l'hôpital. Le jour suivant, son corps fut transféré au centre médicolégal, où une autopsie fut pratiquée. Par la suite, certains tissus furent prélevés sur son corps puis envoyés à une société en Allemagne pour être transformés en bio-implants avant d'être renvoyés en Lettonie à des fins de transplantation. La requérante, qui comptait au nombre de ses plus proches parents, ne fut pas informée dudit prélèvement et ne put exercer les droits que lui reconnaissait la législation nationale, notamment celui d'exprimer son consentement ou son opposition à un prélèvement de tissus sur le corps de son mari. Elle n'apprit le prélèvement de tissus qu'environ deux ans plus tard, lorsque la police de sécurité, qui enquêtait sur des prélèvements illégaux d'organes et de tissus censés avoir eu lieu entre 1994 et 2003, prit contact avec elle. (…) Sur la question de savoir si le droit interne garantissait une protection adéquate contre l'arbitraire, la Cour observe que le prélèvement de tissus effectué en l'espèce n'était pas un acte isolé (…), mais qu'il fut pratiqué dans le cadre d'un accord, approuvé par l'État, avec une société pharmaceutique étrangère. Des prélèvements furent effectués sur un grand nombre de personnes (…). Dans de telles circonstances, il est particulièrement important que des mécanismes adéquats soient mis en place pour contrebalancer l'ample marge d'appréciation accordée aux experts pour procéder à des prélèvements de leur propre initiative (…). Or en l'espèce cela n'avait pas été fait (…). En réponse à l'argument du Gouvernement selon lequel rien n'empêchait la requérante d'exprimer ses souhaits relativement à la question du prélèvement de tissus, la Cour note l'absence de toute réglementation administrative ou juridique à cet égard. Par conséquent, la requérante n'était pas en mesure de savoir ce qu'elle devait faire pour exercer ce droit. Au vu de ce qui précède, la Cour ne peut considérer que la loi lettone applicable était formulée de manière suffisamment précise ou qu'elle fournissait une protection adéquate contre l'arbitraire. Par conséquent, la Cour conclut que l'atteinte portée au droit de la requérante au respect de sa vie privée n'était pas prévue par la loi, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention ».

[473] CEDH,*Petrova contre Lettonie*, 24 juin 2014, requête n°4605/05 : « As to the alleged interference, turning to the circumstances of the present case, the Court notes that following a car accident the applicant's son sustained life-threatening injuries of which, after an attempt to save his life had been made, he had died. Immediately after his death, his kidneys and spleen had been removed for organ transplantation purposes. The applicant, who was one of his closest relatives, was not informed of this and could not therefore exercise certain rights allegedly established under domestic law – to express consent or refusal in relation to the removal of her son's organs. (…) As noted by the applicant and uncontested by the Government, several medical examinations were carried out prior to the actual organ transplantation to establish whether the applicant's son's organs were in fact compatible with the potential recipient's body. The amount of time required to carry out such examinations, short as it might have been, could have been sufficient to provide a real opportunity for the applicant to express her wishes in the absence of those of her son. As noted, however, no mechanism was in place for the applicant to express her wishes, which she was entitled to do under domestic law. In the light of the above-mentioned considerations, the Court cannot find that the applicable Latvian law was formulated with sufficient precision or afforded adequate legal protection against arbitrariness. The Court accordingly concludes that the interference with the applicant's right to respect for her private life was not in accordance with the law within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention. Consequently, there has been a violation of Article 8 ».

375. Les avancées scientifiques poursuivant un rythme fulgurant, il convient de se doter d'instruments juridiques de nature à préserver l'Humain, ce y compris contre la volonté affichée par la personne directement concernée par l'acte médical. La dignité constitue ici un rempart contre les progrès scientifiques sans âme. Si elle jugule parfois la libre disposition de soi, c'est pour mieux la protéger contre les assauts mercantilistes des grands laboratoires.

376. En sus des progrès technologiques objectifs, certaines théories utilitaristes, spectre des dérives nazies, instaurent subjectivement une hiérarchie entre les individus vivants, nécessitant là encore l'intervention, même non expressément dite, de la dignité de la personne humaine.

C. La dénaturation de l'utilitarisme

377. L'approche utilitariste du processus scientifique appliqué au vivant consiste à exécuter un calcul économique « coûts-avantages » de l'opération envisagée au regard du bonheur de l'humanité et des progrès conséquemment recherchés. C'est uniquement dans l'hypothèse où les premiers sont supérieurs aux seconds que le scientifique s'abstiendra. En d'autres termes, l'on ne s'intéresse qu'aux conséquences attendues des expérimentations, qu'à leurs objectifs, ce au détriment de la légitimité des moyens utilisés pour y parvenir. Cette logique aboutit à ne pas considérer chaque être vivant comme présentant la même valeur, certains méritant plus que d'autres d'être sauvés. L'individu en tant que tel ne compte plus. Seul doit être pris en compte l'intérêt, et la satisfaction du plus grand nombre.

378. Axel KAHN cite par exemple « un article publié par deux éthiciens australiens trait[a]nt de la légitimité éthique du recours à des xénogreffes. Ces auteurs indiqu[ent] que la vie humaine étant de valeur bien supérieure à toute vie animale, il p[eu]t sembler légitime de sacrifier celle-ci pour préserver celle-là. Cependant, ajout[en]t les deux auteurs, la vie d'un jeune chimpanzé en bonne santé a probablement une valeur supérieure, en terme d'épanouissement, à celle d'un malade mental grave. Leur conclusion [est] donc que si le sacrifice d'un primate pour sauver un

[474] CEDH, Tysiac contre Pologne, 20 mars 2007, requête n°5410/03 : une femme souhaitant avorter au regard des risques qu'entraînait sa troisième grossesse sur sa vision, se voit opposer un refus médical. Après l'accouchement, sa vision se détériore de manière drastique. La Cour européenne estime que « Eu égard aux circonstances de l'espèce prises dans leur ensemble, on ne saurait donc dire qu'en créant des recours juridiques permettant d'établir la responsabilité des médecins, l'Etat polonais a satisfait à l'obligation positive qui lui incombait de protéger le droit de la requérante au respect de la vie privée dans le cadre d'un désaccord portant sur le point de savoir si elle avait le droit de bénéficier d'un avortement thérapeutique. Dès lors, la Cour rejette l'exception préliminaire du Gouvernement et dit que les autorités n'ont pas respecté leur obligation positive consistant à assurer à la requérante le respect effectif de sa vie privée ».

homme p[eu]t se concevoir, il y [a] lieu d'envisager d'abord l'utilisation d'un organe provenant de grands attardés mentaux avant que de se résoudre à sacrifier un singe en bonne santé »[475].

379. Dans le même esprit, Peter SINGER définit la personne comme étant un « être rationnel et autoconscient. (...) En conséquence, pour prendre des exemples, un chien ou un chimpanzé (sensibles et capables de choix) sont selon lui des personnes, mais les nouveau-nés ou les handicapés mentaux ne le sont pas (car ils sont incapables d'auto-détermination) (...). [P. SINGER se pose donc la question suivante] : pourquoi devrions-nous considérer comme sacrée la vie d'un enfant anencéphalique et se sentir libre de tuer des babouins sains pour prélever des organes? ». Nonobstant, Peter SINGER reconnaît à tous les êtres vivants le droit de « ne pas souffrir inutilement »[476]. Tristam ENGERLHARDT Jr attrait ce raisonnement dans des limites encore plus extrêmes, en considérant que « seule la manifestation de volonté (....) constitue la personne (...). En revanche, puisqu'ils sont dépourvus de cette volonté, l'embryon ou les nouveau-nés handicapés ne possèdent aucun droit et leur destruction peut être ordonnée par ceux qui en ont la tutelle juridique. Par ailleurs, selon cet auteur, des individus peuvent perdre leur statut de personne ; c'est le cas des personnes âgées ou de ceux qui, à la suite d'un accident ou d'une maladie, ont perdu l'autonomie de leur volonté »[477].

380. En Europe, François DAGOGNET propose une nationalisation des corps à des fins thérapeutiques et suggère de procéder à l'ablation d'organes sur une personne en coma dépassé, ce même sans l'accord d'un membre quelconque de la famille, au profit d'une autre personne à laquelle manque ledit organe. Il écrit qu'il escompte que « les corps comptent un peu moins ». Ainsi est-il également favorable à la fécondation in vitro de l'ovule d'une femme, puis de la transplantation de ce dernier dans l'utérus de sa compagne, aux fins que les deux personnes concernées puissent se revendiquer du statut de mères biologiques de l'enfant né[478].

381. Il apparaît que, face à ce type de théories, il convient d'affirmer avec force et conviction que la dignité de la personne humaine doit être protégée, cette dernière ne pouvant s'en départir même volontairement ou en l'absence d'expression de volonté. Un nourrisson, une personne handicapée mentale, un individu en coma dépassé, s'ils n'ont plus la conscience d'être au monde d'un personnage adulte lambda, demeurent et demeureront des êtres humains dignes de respect

[475] Axel KAHN, *Droits et dignité de la personne,* page 157, dans Françoise FURKEL, François JACQUOT et Heike JUNG (sous la direction de), *Bioéthique. Les enjeux du progrès scientifique - France, Allemagne-*, Bruylant, Bruxelles (2000).
[476] Stéphane BAUZON, *La personne biojuridique*, PUF (2006), pages 60-61.
[477] Stéphane BAUZON, *ibid.,* pages 63-64.
[478] François DAGOGNET, *Questions interdites*, Les Empêcheurs de penser en rond (2002), pages 139 à 141.

et de protection. S'il ne s'agit pas ici d'entrer dans le débat d'une hiérarchie à introduire ou non entre les hommes et les animaux, il y a lieu de poser que chaque individu, quel que soit le stade de sa vie et sa condition physique conserve la jouissance de ses droits et la possibilité d'être protégé par sa personnalité juridique. La mort civique n'existant plus, les distinctions introduites par les auteurs sus-mentionnés sont inadmissibles. Le rappel à la dignité objective est donc salvateur.

382. En conséquence, eu égard au choc causé par les horreurs pseudos-scientifiques nazies, à la montée en puissance sans précédent de la maîtrise de l'individu sur le vivant, incluant le corps humain, et enfin face à la dénaturation des théories utilitaristes, l'affirmation de la protection de la dignité objective de la personne humaine apparaît nécessaire. Reste à présent à se poser la question de sa réelle opérabilité, laquelle apparaît relative face à des enjeux jugés plus importants.

§2 L'application de la dignité objective dans le champ bioéthique

383. "Déontologisme et conséquentialisme sont les deux principales théories en compétition dans la philosophie morale d'aujourd'hui. (...) [Selon le déontologisme], il existe des contraintes absolues sur nos actions, des choses qu'on ne devrait pas faire. (...) Pour le conséquentialiste, ce qui compte moralement, ce n'est pas de respecter aveuglément ces contraintes, mais de faire en sorte qu'il y ait, au total, le plus de bien ou le moins de mal possible dans l'univers. Et s'il est nécessaire, pour y arriver, de se libérer de ces contraintes, il faut le faire ou au moins essayer"[479].

384. Le conséquentialisme peut dériver vers une forme extrême, définie par Axel KAHN comme « la nécessité de prendre en compte, pour juger du caractère éthiquement légitime ou illégitime d'une action, uniquement son utilité pour diminuer la douleur et, symétriquement, contribuer plutôt à augmenter le bonheur des personnes, voire de l'humanité entière. En d'autres termes, ce n'est pas la référence à des principes fondateurs, tel le respect de la dignité, qui doit fonder la démarche éthique, mais la somme algébrique des avantages et des inconvénients que l'on peut attendre d'une action »[480].

385. Dans le cadre de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et des trois lois dites de bioéthiques, la protection de la dignité de la personne humaine, si elle a une apparence de

[479] Ruwen OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Grasset (2011), pages 26-27.
[480] Axel KAHN, dans *Bioéthique. Les enjeux du progrès scientifique - France, Allemagne-* sous la direction de Françoise FURKEL, François JACQUOT et Heike JUNG, Bruylant, Bruxelles (2000), pages 156-157.

fermeté (A), cède, de fait et in fine, la place à des intérêts autres, principalement à celui de la recherche scientifique (B). Il en découle une conception conséquentialiste de la dignité qui est remise entre les seules mains démunies de son titulaire.

A. une application sensément dogmatique de la dignité de la personne humaine :

386. Il convient d'examiner tout d'abord les principes régissant la matière bioéthique (1). L'on décrira ensuite leurs modalités d'application pratiques, fondés sur la dignité objective pour laquelle le consentement de l'intéressé est de nul effet (2).

1. Les principes directeurs de la bioéthique :

387. Selon l'article 2 de la loi n°94-653 du 30 juillet 2014, le nouvel article 16 du Code civil énonce que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». En théorie, la personne et son corps deviennent indissociables. « Porter atteinte au corps, c'est porter atteinte à la dignité de la personne »[481]. Par ailleurs, l'on affirme, par ce principe, « la spécificité de l'être humain par rapport à tout être biologique et a fortiori par rapport aux choses »[482] : celui-ci ne peut être réifié, traité comme un assemblage de matériaux dont on disposerait au gré des intérêts de la science ou d'une tierce personne. Il ne fait pas partie du commerce juridique et économique. Il est unique dans le monde végétal, animal et doit être traité comme tel, en tous lieux et circonstances. Selon ce point de vue, il serait impossible de déroger au respect de la dignité de la personne humaine car elle est liée « à l'humaine condition de celui qu'elle protège »[483].

388. Par ailleurs, dans sa décision n° 94-343/344 du 27 juillet 1994, le Conseil Constitutionnel énonce que le « Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Les Sages en tirent pour conséquence que "la sauvegarde de la dignité de la personne humaine

[481] Philippe PEDROT, page 57, *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian BOLZE*, sous la direction de Philippe PEDROT, Economica (1999).
[482] Philippe PEDROT, *op. cit.*, page 62.
[483] Bertrand MATHIEU, *La bioéthique,* Dalloz (2009), page 34.

contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle". Si Bertrand MATHIEU a estimé que ce raisonnement était « quelque peu audacieux »[484], il demeure fondé sur la survivance du souvenir des horreurs nazies et sur la nécessité subséquente d'affirmer que celles-ci ne pourront plus se produire, ce en s'appuyant sur le principe de la dignité de la personne humaine, garantie d'une absence de réification de l'individu. En effet, « la condamnation constitutionnelle de la dégradation de la personne humaine entraîne nécessairement la reconnaissance de sa dignité »[485]. Valérie DEPADT-SEBAG estime qu' « en assurant la primauté de la personne, le législateur indique que l'être humain prime sur les intérêts de la science et qu'en cas de conflit d'intérêts qui opposerait des droits patrimoniaux à des droits extrapatrimoniaux, ces derniers, en ce qu'ils sont associés à la personne, doivent être considérés comme supérieurs aux premiers »[486]. La libre disposition de soi ne saurait donc aller à l'encontre de l'Humanité de la personne, soutenue par la dignité objective.

389. Le Conseil constitutionnel énonce ensuite plusieurs principes qui « tendent à assurer le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » : « la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ». Le respect de ces principes est assuré par leur caractère d'ordre public, ainsi que par la garantie judiciaire instaurée notamment par l'article 16-2 du code civil.

390. Le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie contient des aspects plus complexes en ce que le Conseil Constitutionnel a dénié cette protection à l'embryon[487]. L'inviolabilité et l'intégrité du corps humain sont une transcription de l'adage *noli*

---

[484] Bertrand MATHIEU., *Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science. À propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994*, Revue Française de Droit Administratif, n°5 du 09 octobre 2004, page 1019. Lire également Bertrand Mathieu, Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Dalloz 1995, page 237.

[485] Bertrand MATHIEU, *op. cit.*, page 1019.

[486] Valérie DEPADT-SEBAG., *Droit et bioéthique*, Larcier, deuxième édition (2012), page 80. Dans le même sens, Dominique THOUVENIN, cité par Bérengère LEGROS, *Droit de la bioéthique*, Les Etudes Hospitalières (2013), page 29 : "l'article 16 constitue une sorte de chapitre introductif [...] tandis que les articles qui suivent (sauf les articles 16-4, 16-6 et 16-8) fixent les droits subjectifs dont les personnes sont titulaires [...] ; il est successivement question de la personne, de l'être humain, du corps humain. Il s'agit donc d'une construction prenant en considération la personne humaine dans ses rapports avec son corps ; c'est donc bien le corps humain identifié à la personne en tant qu'il peut être l'objet d'interventions et d'utilisations qui est introduit dans ces articles". Voir également Jean-Pierre DUPRAT, *A la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision 94-343-344 D.C. du 27 juillet 1994*, Les Petites Affiches n° 149, du 14 décembre 1994, page 37 : "l'affirmation de la primauté de la personne oblige le juge de droit commun à renforcer la protection qu'il accorde au corps, car face à des éléments dissociés de celui-ci, il ne doit pas oublier la personne dont il est le support".

[487] Voir les développements du B. 1. Lire en outre Conseil constitutionnel, décision 94-343/344 DC, 27 juillet 1994 : « Considérant que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons

me tangere, selon lequel nul ne peut atteindre physiquement un individu sans se voir opposer tout l'arsenal pénal relatif notamment aux violences tant volontaires qu'involontaires. D'un point de vue civil, ces principes interdisent toute atteinte médicale ou scientifique du corps humain sans que la personne n'y ait donné son consentement préalable. L'absence de caractère patrimonial du corps humain exprime le fait que ce dernier est placé hors de tout commerce, et qu'il ne peut donc se monnayer. Il s'agit là notamment d'une protection en faveur des personnes placées en état de vulnérabilité économique qui pourraient être tentées de vendre le seul matériau dont elles disposent encore, c'est-à-dire les organes de leurs corps, parfois au péril de leur propre intégrité physique future et au prix d'une médication nécessaire pour le reste de leur propre intégrité future. Enfin, l'intégrité de l'espèce humaine renvoie directement au refus de vivre de nouveau les expérimentations nazies et leur cortège de pratiques eugéniques, ainsi qu'à l'interdiction de toute forme de clonage.

391. Se trouve donc construit un édifice juridique complet de protection de la personne humaine et de son corps, placé sous l'égide du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de cette dernière. Un arsenal législatif pénal est venu parachever l'ensemble[488]. Bertrand MATHIEU apporte une voix dissonante car, selon lui, en ne reconnaissant pas explicitement une valeur constitutionnelle à ces principes, ce « flou (...) introduit encore plus de complexité dans la structure des droits et principes constitutionnels »[489]. Il n'en reste pas moins qu'en apparence, l'édifice est complet et solide.

392. De cette première lecture de la loi, combinée à la décision du Conseil Constitutionnel, l'on serait tenté d'affirmer que le respect de la dignité de la personne humaine y est pleinement consacré et que les individus ne sont pas autorisés à accomplir des actes sur leur corps qui ne respecteraient pas leur dignité d'êtres humains. La libre disposition de soi serait conséquemment bridée au profit de l'application d'une dignité indépendante du consentement

---

fécondés in vitro de nombreuses garanties ; que cependant, il n'a pas considéré que devait être assurée la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons ; Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur ».

[488]Code Pénal, chapitre I du Livre du Titre V, "Des infractions en matière d'éthique biomédicale", visant la protection de l'espèce humaine, du corps humain et enfin de l'embryon humain.

[489] Bertrand MATHIEU, *op. cit.*, page 1019.

donné. Il semble en aller de même lorsque l'on confronte les principes de la bioéthique à la réalité des faits.

2. Les applications des principes

393. Les principes garantissant la dignité de la personne humaine semblent pouvoir être opposés à la personne concernée elle-même, nonobstant l'expression, positive ou négative, de sa volonté. Selon Dominique THOUVENIN, la question du rapport de la personne à son corps a été « théorisée par la doctrine juridique dans les années 30 ; elle avait admis l'idée que le corps humain ne constituait pas une chose : un sujet de droit ne pouvait donc pas considérer son corps comme une propriété qu'il pourrait aliéner ou démembrer »[490]. Les principes garantissant le respect de la dignité peuvent donc se retourner contre la volonté de leur titulaire, l'individu, ce au profit de la protection de la personne humaine. Il n'existe pas de liberté absolue à disposer de son corps, la limite étant substantialisée par le principe de dignité objective.

394. Ainsi, une personne qui souhaiterait participer à une expérimentation médicale sans remplir l'ensemble des conditions légales[491] serait exclue du programme de recherche, qu'elle le veuille ou non, et les médecins qui n'auraient pas respecté le protocole établi par le Code de la santé publique se verraient condamnés par une juridiction pénale[492]. Un individu candidat aux fins de se faire rémunérer un don d'organe ne pourrait le faire qu'illégalement[493]. Une personne étant volontaire pour porter l'enfant d'autrui ne pourrait effectuer cette démarche légalement[494]. Les médecins acquiesçant au souhait d'une personne désirant se constituer un clone se verraient lourdement condamnés, l'article 214-2 du code pénal énonçant que « le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende ». La personne elle-même pourrait se voir condamner à trois ans d'emprisonnement, outre 45.000 euros d'amende[495].

---

[490] Dominique THOUVENIN, *La personne et son corps : un sujet, pas un individu biologique*, Les Petites Affiches, n° 149 du 14 décembre 1994, page 26. Dans le même sens, Jean-Christophe GALLOUX, *De corpore jus, Premières analyses sur le statut du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994*, Les Petites Affiches, n° 149 du 14 décembre 1994, page 20 : "le corps humain est, a été ou sera le substratum de la personne. La loi ne contredit pas cette définition doctrinale".

[491] Articles 1121-2 à L 1122-2 du code de la santé publique et plus particulièrement l'article L 1122-1-1 : "aucune recherche biomédicale ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé".

[492] Articles 1126-1 à 1126-11 du code de la santé publique.

[493] Article 16-6 du code civil : " aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci".

[494] Article 16-7 du code civil : "toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle".

395. Les illustrations de la dignité imposée à la libre disposition de soi pourraient être multipliées à loisir, dès lors que les êtres humains ont des désirs par essence illimités, qui se portent notamment sur le corps et l'utilisation qu'ils souhaitent en faire. Il est donc de bon aloi qu'existent des bornes aux actes que seraient capables de commettre les personnes pour satisfaire la première lubie venue. La dignité objective supplante le pouvoir du consentement donné à l'opération. Néanmoins, après une étude plus approfondie tant des textes que de la jurisprudence, il apparaît que les principes découlant de la dignité ne font pas l'objet d'une protection absolue, et présentent même plus d'occurrences dérogatoires que respectueuses de la règle.

B. l'application conséquentialiste de la dignité de la personne humaine

396. Le statut de l'embryon constitue une première exception au principe du respect de la personne dès le commencement de sa vie. La recherche scientifique est en effet autorisée sur les embryons surnuméraires, à la condition que leurs concepteurs donnent leur accord à une telle utilisation. L'intérêt de la recherche doublée du sésame du consentement ont surpassé la volonté de protéger ces êtres en devenir, dont la dignité est en conséquence sujette à caution (1). Quant à la personne adulte, l'utilisation des éléments de son corps se fait plus souvent, et ne requiert plus de consentement exprès, faisant de sa dignité un principe contingent inféodé à l'intérêt des scientifiques (2).

1. L'embryon sacrifié aux intérêts de la recherche scientifique

397. En vertu de l'article L153-7 ancien du Code de la santé publique, "un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles", principe appuyé par les termes de l'article L 153-8 ancien du même Code selon lequel " la conception in vitro d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite. Toute expérimentation sur l'embryon est interdite". Les alinéas trois à cinq ne tempéraient que légèrement l'interdiction. Il y était écrit qu' « à titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons. Leur décision est exprimée par écrit. Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon ».

[495]Article 511-1-2 du code pénal : "est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, de provoquer autrui à se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée".

398. Le principe du respect de la vie dès son commencement ainsi que celui de l'inviolabilité du corps humain subissent un coup de boutoir lors de l'adoption de la loi n° 2044-800 du 6 août 2004, laquelle introduit un article L 2151-5 du Code de la santé publique en vertu duquel « les recherches peuvent être autorisées sur l'embryon [surnuméraire ne faisant pas l'objet d'un projet parental et avec l'autorisation des personnes ayant présidé à sa conception] et les cellules embryonnaires lorsqu'elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable, en l'état des connaissances scientifiques ». Cette disposition dérogatoire est prévue pour une durée limitée de cinq années, délai que la loi n°2011-814 du 07 juillet 2011 a supprimé. La recherche sur les embryons surnuméraires est donc désormais acceptée, sous certaines conditions. « Des recherches biomédicales menées dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation peuvent être réalisées sur des gamètes destinés à constituer un embryon ou sur l'embryon in vitro avant ou après son transfert à des fins de gestation, si chaque membre du couple y consent »[496].

399. La rupture définitive avec le principe d'interdiction de recherche sur les embryons surnuméraires est finalement intervenue avec la loi n°2013-715 du 06 août 2013, laquelle modifie l'article L 2151-5 du Code de la santé publique, en vertu duquel, dorénavant, la recherche devient le principe et l'interdiction l'exception. L'on notera en outre que, parmi les conditions de l'autorisation, la nécessité de progrès médicaux majeurs est remplacée par une simple finalité médicale, introduisant par là une plus grande liberté en faveur des scientifiques. Or, le Conseil Constitutionnel a affirmé, le premier août 2013, que le législateur a « entouré la délivrance de ces autorisations de recherche de garanties effectives [et] que ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »[497]. Bertrand MATHIEU craint que cette décision ne suffise pas à freiner des dérives ultérieures éventuelles. Il prend l'exemple selon lequel de nouvelles techniques de procréation médicalement assistées permettraient d'éviter le recours aux embryons surnuméraires, ce qui « conduirait nécessairement à s'interroger demain sur la création d'embryons à des fins de recherche. Ayant affaibli le lien entre le droit applicable aux embryons surnuméraires et l'exigence de dignité, le Conseil constitutionnel peinerait à s'opposer à de telles évolutions »[498].

[496] Article L 2151-5 V du Code de la santé publique.
[497] Conseil Constitutionnel, décision n° 2013-674 DC du premier août 2013, considérant 17.
[498] Bertrand MATHIEU, *Recherche sur l'embryon : une jurisprudence en demi-teinte. A propos de la décision n°2013-6474 DC du Conseil constitutionnel du 1er août 2013*, La semaine Juridique, édition générale, n° 36 du 2 septembre 2013, page 1562.

400. A l'issue de ce bref tour d'horizon, si le principe d'interdiction d'utilisation des embryons à des fins commerciales ou industrielles demeure[499], l'intérêt de la recherche scientifique a prévalu et est secondée par le consentement que donne les personnes ayant présidé à sa conception[500]. L'embryon surnuméraire a été sacrifié aux avancées significatives promises notamment dans le domaine de la lutte contre les maladies génétiques, tout ceci, dit le Conseil Constitutionnel, dans le respect de la dignité de la personne humaine. Il s'agit donc bien d'une approche conséquentialiste de cette dernière en ce que le but recherché, au demeurant louable, a fini par prévaloir sur les moyens employés. La clef de compréhension du statut de l'embryon tient dans l'existence d'un projet parental : l'embryon n'a de valeur qu'autant qu'il fait l'objet d'un désir d'enfantement[501]. D'autres auteurs expliquent cette évolution par le fait que l'embryon surnuméraire se situe dans une "zone grise". C'est en effet à la fois « un être artificiel et humain »[502]. Quoi qu'il en soit, son sort est exclusivement lié à l'utilisation que ses concepteurs acceptent de tolérer le concernant car la dignité objective qui lui est attachée est contingente.

---

[499] Article 2151-3 du Code de la santé publique.

[500] A propos de la réforme du 6 août 2013, lire XAVIER BIOY, Emmanuelle RIAL-SEBBAG, *L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ?*, AJDA 2013, page 2204 : « Evidemment, la modification de deux des quatre conditions d'accès à la recherche constitue le cœur de la réforme. C'est à l'aune de leur ouverture que se jugera la réalité de l'évolution. La question théorique centrale reste celle de l'équivalence entre une interdiction avec dérogation sous conditions et une autorisation sous conditions. Si en apparence la situation ne change que symboliquement - c'est-à-dire politiquement, ce qui est beaucoup - il n'en est rien en pratique et cela pour deux raisons. D'abord, en cas de dérogation, l'interprétation des conditions est stricte. Ainsi, si le texte évoque le fait qu'une condition doit être explicitement remplie, cela ne peut se réduire à l'affirmer sans motivation approfondie. A l'inverse, en cas de régime d'autorisation, la liberté, ici celle de la recherche, devient le principe et le refus, seul, nécessite une motivation et une proportionnalité » (Reprenant les mêmes arguments, lire Xavier BIOY, Emmanuelle RIAL-SEBBAG, *L'évolution de la recherche sur l'embryon, une question de principes?,* Les petites affiches, 17 décembre 2013, n°251, page 4). Dans le même sens, lire Amandine CAYOL, *La loi du 6 août 2013 : un pas de plus vers la réification des embryons in vitro*, Les Petites affiches, n°212, 23 octobre 2013, page 4 : « L'autorisation de principe des recherches sur l'embryon nie la qualité de personne humaine de l'embryon *in vitro*. Simple matériau de laboratoire, ce dernier n'a plus pour fin que de rendre service au reste de l'humanité, étant voué à une destruction certaine à l'issue de recherches menées dans l'intérêt d'autrui ». Contra lire Anne-Marie LEROYER, *Embryon - Recherche - Cellules souches*, RTD civ. 2013, page 895 : « Il ne faut donc pas exagérer la portée de la modification opérée. La loi de 2013 n'affirme pas que les recherches sont par principe autorisées. En effet, la formulation choisie pour la rédaction continue de mettre l'accent sur l'interdit : « aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation » (…). Il faut donc penser que la loi n'a pas basculé d'une optique à une autre, qu'elle ne permet pas de considérer désormais l'embryon comme un pur agrégat de cellules et un simple matériau scientifique. Le Conseil ne livre pas non plus cette interprétation, puisqu'il considère comme applicable le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». Lire également Jean-René BINET, *Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 36, 2 Septembre 2013, 905 : « Du point de vue de ces principes, le remplacement, par la loi du 6 août 2013, de l'interdiction par la règle selon laquelle « *aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation* », laquelle ne peut être donnée « que si » certaines conditions sont respectées *(C. santé publ., art. L. 2151-5, I)*, n'emporte pas de réel changement de perspective. L'exception n'a en effet pas remplacé la règle qui demeure – implicitement – que la recherche sur l'embryon est interdite ». Pour une approche historique des différentes réformes en la matière, lire Dominique THOUVENIN, La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : interdiction avec dérogations ou autorisation sous conditions, RDSS 2014, page 283. Pour un résumé des termes du débat, lire Lucile LAMBERT-GARREL, François VIALLA, L'exception devient principe : à propos de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, Dalloz 2013, page 1842.

401. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, contrebalance le poids de la volonté individuelle dans un arrêt Parrillo contre Italie[503]. Elle reconnaît en effet que « la possibilité pour la requérante d'exercer un choix conscient et réfléchi quant au sort à réserver à ses embryons touche un aspect intime de sa vie personnelle et relève à ce titre de son droit à l'autodétermination. L'article 8 de la Convention, sous l'angle du droit au respect de la vie privée, trouve donc à s'appliquer en l'espèce ». La Cour européenne affirme ensuite que l'Italie, qui considère que l'embryon est une personne humaine protégée par le principe de dignité, dispose en la matière d'une large marge d'appréciation. En conséquence, l'interdiction de donner les embryons à la recherche ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée de la requérante.

402. Frédéric SUDRE livre néanmoins une appréciation critique de la solution retenue par la Cour européenne et écrit que « cette affirmation de la Cour, bien qu'elle se refuse à se prononcer sur le statut de l'embryon humain en tant que tel (…), est très discutable. En qualifiant l'embryon de « partie constitutive » de l'identité de son parent biologique, la Cour refuse de considérer l'embryon comme une entité séparée et confère au parent biologique, sous couvert de son droit à l'autodétermination - dont on voit mal en quoi il est en cause en l'espèce puisque il n'est pas question de maternité (…) -, le droit de « disposer » (§ 149) ou de « décider du sort » de « ses embryons » (§ 152, § 191) »[504]. Dans la même veine, Grégoire LOISEAU écrit que « s'il n'est pas question d'un droit de disposer des embryons, le droit à l'autodétermination fait office de relai pour fonder un acte de volonté qui n'implique pas que la personne de son auteur mais un « autre » qui, même déclassé à la disparition du projet parental - son régime s'apparentant davantage à celui d'une chose qu'à celui d'un sociétaire du genre humain - appartient tout de même à l'espèce humaine. L'arrêt du 27 août 2015, à le lire minutieusement, rassure en apparence en écartant un droit de disposer des embryons in vitro mais pour inquiéter aussitôt

[501] Une exception, l'article L 2151-5 du Code de la santé publique : « des recherches biomédicales menées dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation peuvent être réalisées sur des gamètes destinés à constituer un embryon ou sur l'embryon in vitro avant ou après son transfert à des fins de gestation, si chaque membre du couple y consent ». Selon Aude MIRKOVIC néanmoins, ces recherches « ne devraient être autorisées par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) que dans le respect du principe de la primauté de l'intérêt de la personne qui se prête à une recherche, ce qui exclut la perspective que la recherche puisse entraîner la destruction des embryons » (Aude MIRKOVIC, *L'apport au droit de la biomédecine de la loi Santé du 26 janvier 2016*, Droit de la famille n° 10, Octobre 2016, dossier 38).

[502] Florence BELLIVIER et Pierre EGÉA, *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, sous la direction de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, LGDJ (2006), pages 128-129.

[503] CEDH, Parrillo contre Italie, 27 août 2015, requête n°46470/11.

[504] Frédéric SUDRE, *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 18 Janvier 2016, doctrine 65.

en valorisant le droit à l'autodétermination jusqu'à le concevoir dans un rapport d'altérité »[505]. Jean-Pierre MARGUÉNAUD relève quant à lui des incohérences dans la décision, notamment au regard du refus de la Cour européenne de considérer que le sort de l'embryon puisse tomber sous le coup de l'article 8§2 de la Convention. En effet, « si autrui dont la protection des droits justifie l'ingérence dans le droit de la requérante n'est pas, de l'aveu de la Cour, l'embryon in vitro lui-même, on ne voit plus qui peut en tenir le rôle essentiel dans son raisonnement. Il y a bien là un problème de quadrature du cercle dans lequel la Cour a pris le risque de s'enfermer elle-même (…) »[506].

403. Quoi qu'il en soit, la recherche scientifique est aujourd'hui dotée en France d'un défenseur de poids : le Comité consultatif national d'éthique. Dans son avis n°129 du 18 septembre 2018, il affirme notamment que l'« on peut voir dans l'impératif d'une finalité [médicale pour l'autorisation des recherches sur l'embryon] une certaine contradiction avec la valeur éthique que représente la recherche de connaissances nouvelles, indépendamment de sa finalité, qui n'est souvent ni immédiate, ni anticipée ». En conséquence, le Comité propose de supprimer ce prérequis. Il envisage également « la création d'embryons chimériques impliquant l'insertion dans un embryon animal de cellules souches pluripotentes (…) », le transfert de ces embryons dans l'utérus d'un animal et leur gestation jusqu'à leur terme. Dans son rapport du 28 juin 2018, le Conseil d'état est plus prudent et se contente d'écrire que le régime actuel

---

[505] Grégoire LOISEAU, *L'embryon in vitro aux prises avec les droits de l'homme*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 44, 26 Octobre 2015, 1187.

[506] Jean-Pierre MARGUÉNAUD*, Les embryons in vitro entre les balances de la justice européenne et les éprouvettes des chercheurs*, RTD civ. 2015, page 830. Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA estime également à lui que la décision contient un certain nombre de contradictions (*L'interdiction de donner les embryons à des fins de recherche scientifique n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention*, Gazette du Palais, 2015, n°332, page 20). Dans le même sens, lire : « Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA estime également que la décision contient un certain nombre de contradictions (*L'interdiction de donner les embryons à des fins de recherche scientifique n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention*, Gazette du Palais, 2015, n°332, page 20). Dans le même sens, lire Aurélia SCHAHMANECHE, *Impossibilité de donner ses embryons conçus par FIV à la recherche scientifique*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 38, 14 Septembre 2015, page 973 : " On relève aussi les errements de la motivation qui consacre la faculté de choisir le sort à réserver à ses embryons – qui « renferment le patrimoine génétique de la personne » et représentent « une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique » *(§ 158)* – au titre de la vie privée, mais juge après que n'est pas en jeu « un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité de l'intéressée », autrement dit le « noyau dur » des droits protégés par l'article 8 *(§ 174)*, et que l'État dispose donc d'une ample marge d'appréciation. De même, l'effort de la Grande chambre pour dégager un but légitime rattachable à la protection de la morale et des droits d'autrui est-il bien compatible avec l'affirmation qu'une telle reconnaissance n'implique pas que soit décidé si « autrui » englobe l'embryon humain *(§ 167)* ? ». Pour une analyse plus neutre de la décision, lire Stéphane PRIEUR, *La Cour européenne des droits de l'Homme confrontée à la légalité du don d'embryons à la recherche scientifique,* Les Petites Affiches, 20 novembre 2015, n°232, page 7 : « Il faut sans doute voir dans l'abstention de la Cour à déduire de l'absence de qualification réificatrice de l'embryon une nécessaire reconnaissance du statut de personne à l'embryon in vitro conservé à la suite de l'abandon d'un projet parental, le souhait de ne pas s'enfermer dans la proclamation d'un statut juridique de l'embryon, afin de laisser aux États membres la marge d'appréciation qui leur permettra de poser des exceptions au principe du droit à la vie dès son commencement, proclamé par l'article 2 de la Convention EDH ».

concernant la recherche sur l'embryon est complet et cohérent, et qu'il convient en conséquence de ne pas le modifier.

404. La dignité de l'être en devenir qu'est l'embryon, si elle existe, est contingente et dépend du projet parental auquel acquiescent ses concepteurs. La prise en compte du consentement au détriment de la dignité objective se vérifie également dans l'utilisation des éléments du corps humain.

2. L'utilisation élargie des éléments du corps humain

405. Après le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, il convient de s'intéresser à l'étendue du respect de l'inviolabilité et de l'intégrité du corps au travers des dispositions relatives à l'utilisation des éléments du corps humain. L'on s'aperçoit que ces principes, censés faire respecter la dignité de la personne humaine, reçoivent des exceptions de plus en plus importantes. Au nom de la recherche scientifique, la dignité est minorée.

406. Les cheveux, les ongles, les poils et les dents sont exclus du régime protecteur[507], ce qui est un moindre mal. Il a néanmoins fallu attendre la loi du 06 août 2004 pour que soit expressément interdit l'utilisation à des fins thérapeutiques ou scientifiques des tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux à l'issue d'une interruption de grossesse, à l'exception de l'hypothèse où la femme concernée « donne son consentement écrit après avoir reçu une information appropriée sur les finalités d'un tel prélèvement »[508]. La question se pose néanmoins de l'intégrité du consentement ainsi donné après une opération nécessairement éprouvante, tant physiquement que psychologiquement. Ainsi, le principe censé assurer le respect de la dignité – l'intégrité du corps humain- apparaît-il affaibli par un but autre, celui de la recherche scientifique.

407. Il est encore plus mis à mal par les dispositions relatives aux prélèvements des « tissus, cellules et produits du corps humain, à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée »[509], qui « peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques ou scientifiques »[510] . Ceux-ci sont réalisés en l'absence de l'opposition de la personne considérée. Dans cette hypothèse, un consentement exprès n'est même pas exigé, à l'instar des prélèvements

[507] Article R 1211-49 du Code de la santé publique.
[508] Article L 1241-5 du Code de la santé publique.
[509] Articles L 1245-2 du Code de la santé publique.
[510] Article L 1245-2 du Code de la santé publique.

post mortem. Enfin, dans le stade ultérieur des transactions entre les institutions médicales et industrielles, des prix, certes réglementés, ont été fixés, s'agissant du sang[511].

408. Il résulte de l'ensemble de ces illustrations que le concept clé en la matière est celui du consentement donné par la personne concernée[512]. Il agit comme un sésame permettant d'établir des exceptions aux principes garantissant la dignité objective de la personne[513]. En conséquence, il apparaît que le seul gardien de ladite dignité, en matière de respect du corps humain, est l'individu concerné lui-même. La question se pose néanmoins de déterminer son réel pouvoir décisionnel face à des intérêts antagonistes aussi forts que ceux de la recherche scientifique, de la pression du libéralisme économique combiné à l'accroissement des inégalités sociales. Une dignité conséquentialiste n'est en définitive qu'une profession de foi d'une portée protectrice plus que mesurée. Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN pose d'ailleurs cette interrogation, laquelle paraît réthorique : « se pourrait-il alors que le consentement qui jadis était nécessaire mais non suffisant pour justifier toute atteinte au corps humain devienne aujourd'hui à la fois nécessaire et suffisant , en telle manière que la dignité humaine s'identifie désormais à la liberté de disposer de soi-même fût-ce au risque de s'aliéner ou de se nuire, à condition -dernier rempart- que ce ne soit pas dans un but lucratif et que le consentement soit libre et éclairé, pour autant d'ailleurs que l'on puisse s'assurer qu'il en est bien ainsi ? »[514]. Plus en amont, l'on peut également s'interroger sur les personnes habilitées à choisir les individus susceptibles de consentir à des atteintes sur leur corps car ces dernières commettront

[511] Article L 1221-9 du Code de la santé publique, Arrêté du 9 mars 2010 relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles.

[512] Pour un exemple de cette importance donnée au consentement, lire Anne-Marie LEROYER, « Bioéthique - Caractéristiques génétiques - Don d'organes - Embryon - Cellules hématopoïétiques - IVG - AMP - Consentement – Anonymat », RTD civ. 2011, page 603 : « Un des objectifs majeurs de la loi de 2011 est de réaffirmer l'importance du consentement dans toutes les techniques relatives à la bioéthique. La nécessité de recueillir le consentement des intéressés est un des principes essentiels du droit médical : le consentement doit être donné aux soins, au choix du traitement, à toute intervention thérapeutique et, ce, préalablement, si le patient n'est pas à même de consentir (art. 16-3 c. civ.). Le recueil du consentement est même particulièrement encadré en matière de don d'organes, de don de gamètes ou d'embryons. Sans surprise, la loi de 2011 réaffirme l'exigence du consentement au don croisé d'organes (art. L. 1231-1 CSP) ».

[513] Contra Merryl HERVIEU*, Le corps humain : à l'heure de la libéralisation ?*, Les Petites affiches, 26 août 2011, n°170, page 3 : « Si l'éventualité d'une forme de propriété sur le corps humain doit être envisagée et discutée, il n'en reste pas moins qu'à ce jour, le législateur comme le juge entravent une telle évolution. Reflet de l'appropriation de son corps par la personne, la privatisation du corps humain reste un phénomène limité, comme le révèle la place inégale et partielle laissée au consentement du sujet. Discréditant la libéralisation annoncée, le droit, de la bioéthique, oppose de nombreuses limites à la libre volonté de la personne, que celle-ci s'exprime sur son propre corps ou sur le corps d'autrui ».

[514] Marie-Thérèse KLEIN, dans *De la bioéthique au biodroit*, Claire NEIRINCK (sous la direction de), page 77.

immanquablement des erreurs. Ceci n'est que la conséquence inévitable de l'entrée dans l'arène juridique, au même titre que les droits individuels, de la dignité objective.

409. En conclusion, c'est donc l'approche conséquentialiste de la dignité qui prédomine dans le droit de la bioéthique. Les utilisations du corps humain sont en effet dominées par les résultats escomptés, notamment en termes d'avancées scientifiques, ainsi que l'illustre l'évolution des dispositions concernant la recherche sur les embryons surnuméraires. L'approche dogmatique annoncée par les premières lois de 1994 n'a de fait pas été mise en place, au profit de la recherche d'un compromis entre des intérêts antagonistes que sont la préservation du corps humain et principalement les avancées technologiques. Des auteurs, tels que Philippe PEDROT le déplorent, en affirmant que le danger de « l'érosion du droit objectif » est d'aboutir à une dignité à géométrie variable, assujettie aux désirs de chacun[515]. Un principe miné de multiples exceptions n'a qu'une valeur très amoindrie. C'est en ce sens que la dignité, au sein d'une théorie conséquentialiste, est mise en échec.

410. La consécration sous-jacente d'une dignité qui ne serait plus un principe absolu crée autant de dangers que son avènement en qualité de notion fondatrice d'un Droit inaltérable. Il ne s'agit en effet que du passage d'un extrême à un autre. Dans le domaine de la bioéthique, le choix du législateur conduit à laisser dépendre du seul consentement des individus et des intérêts de la recherche un domaine aussi sensible et important que le rapport au corps et aux nouvelles technologies. Le droit national donne l'impression de laisser les choix vitaux entre les seules mains démunies de personnes placées en situation de vulnérabilité car placées face à la douleur d'un proche ou incapables d'exprimer un consentement – les embryons- alors que d'autres domaines moins importants tels le droit de porter une burqa sont accaparés par les autorités judiciaires. L'affect étant ici particulièrement présent, le consentement est loin d'être toujours donné librement.

411. A l'issue de cette section, l'on peut affirmer que la dignité constitue un principe historiquement cardinal de l'éthique appliquée à la médecine humaine. Son règne n'est toutefois pas sans partage et la dignité se trouve fréquemment supplantée par des objectifs, tels que l'intérêt de la recherche scientifique, jugés supérieurs. C'est en ce sens qu'elle peine à constituer une protection absolue contre les risques d'instrumentalisation de la personne humaine.

412. En conclusion de ce chapitre, la dignité objective irrigue plusieurs solutions juridiques visant à protéger l'individu contre son gré, ce au nom du respect de l'Humain absolu vers lequel

[515] Philippe PEDROT, *op. cit.*, page 58.

nous devons tous tendre. Par le tabagisme, l'individu joue clairement avec sa vie, pour un but de plaisir immédiat voué à se transformer en souffrances physiques. En poursuivant une telle activité destructrice, l'individu se place en marge de la communauté des êtres rationnels et adopte donc un comportement contraire à la dignité objective. De manière plus frappante encore, ladite dignité objective appliquée aux personnes sans domicile fixe permet d'assurer la survie de ces derniers lorsqu'ils prennent des décisions contraires à leur intérêt bien compris, au nom d'une libre disposition d'eux-mêmes névrotique.

413. Il résulte de ces observations que la mise en pratique d'un principe absolu, la dignité objective, permet dans un certain nombre de cas, de sauver l'intégrité physique et morale des individus, quand bien même ceux-ci se complairaient avec délices dans des comportements mortifères. L'importance de cette dignité objective apparaît ensuite « en creux », lorsqu'elle se retire partiellement d'un champ, la bioéthique, où l'affirmation renouvelée de la valeur de chaque être humain est pourtant salvatrice. En effet, le repli de la dignité objective aboutit légitimer des actes réalisés sur la personne humaine sur le seul fondement du consentement de l'individu concerné, qui n'est certes pas toujours le mieux placé, compte tenu de ses affects, pour prendre une telle décision.

414. Trop ou trop peu de dignité objective, l'équilibre est difficile à trouver. Ce constat alimente le chapitre à venir sur le manichéisme inacceptable de ladite dignité objective.

CHAPITRE II

LE MANICHÉISME INACCEPTABLE DE LA DIGNITÉ OBJECTIVE

415. La dignité objective permet certes d'affirmer l'Humanité de l'individu, l'empêchant ainsi de se mettre trop en danger ou d'être traité comme un objet. Elle a cependant une face plus sombre car elle ne tient pas compte des désirs de chacun. Elle édicte au contraire une norme de comportement général, sur laquelle toute la population doit s'aligner. La dignité objective est en effet conçue initialement comme un principe indépassable, dont le contenu ressort de l'évidence puisqu'il s'agit de défendre le cœur commun de l'Humanité qui n'est pas censé varier en fonction du lieu et du temps de sa mise en œuvre. Emmanuelle LAGARDE appelle de ses vœux une telle dignité : « au total, seule la conception objective de la dignité permet de protéger efficacement la dignité. En effet, il 'est nécessaire, afin d'atteindre cette fin que la dignité objective ne souffre pas d'interprétations propres qui la videraient de sa substance. C'est un principe qui ne doit pas souffrir d'altérations sémantiques afin de conserver sa normativité. (…) Par essence, le principe de dignité objective ne doit pas être adaptable »[516]. D'autres, telle Félicité MBALA MBALA, dénie à la dignité son objectivité : « qu'est ce qui différencie alors la personne qui se livre à la prostitution du « nain lancé » dans la mesure où celui-ci également affirme tout comme celle-là, exercer une activité qu'il aurait librement choisi ? Le regard porté par la société est déterminant, clément dans le premier cas et très sévère dans le second. Et c'est ce regard que l'on veut nous faire passer pour une vision objective de la notion de dignité ! Nous ne sommes pas convaincus »[517].

416. A s'y intéresser de plus près, l'on s'aperçoit néanmoins que la dignité objective est un concept en apesanteur, faute de lui trouver un fondement philosophique stable. Ce constat pose problème en ce qu'un principe juridique qui ne se rattache à une école théorique est d'un maniement délicat. Comme déterminer en effet son contenu, ses modalités d'application alors que son but n'est pas clairement défini ? Ensuite, l'on démontrera qu'une société entièrement mise sous la coupe de la dignité objective ne laisserait aucune place à la libre disposition de soi. C'est pour ces deux raisons que ladite dignité est dangereuse (Section I).

417. La conséquence inéluctable de l'autoritarisme du principe est la mise sous tutelle de la personne humaine. En effet, la dignité objective définissant des normes de conduite

[516] Emmanuelle LAGARDE, *Le principe d'autonomie personnelle. Etude sur la disposition corporelle en droit européen*, thèse (2012), page 223.
[517] Félicité MBALA MBALA, *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, thèse (2007), page 141.

prédéterminées, elle ne laisse aucune place aux choix individuels. Ce constat pose également problème car la définition du bonheur et de l'accomplissement personnel varie en fonction de chaque individu considéré. Nonobstant cette casuistique propre à la vie humaine, la dignité objective a pour ambition d'imposer un seul et unique point de vue, celui de l'Humanité. C'est refuser le droit à la différence. Néanmoins, lorsque l'on examine de plus près une problématique au sein de laquelle la dignité objective paraît avoir toute sa place car les personnes en état végétatif ne sont plus en mesure d'émettre une quelconque opinion sur leur bien-être, l'on s'aperçoit que, malgré ses promesses de pérennité, la dignité objective est inévitablement contingente et donc vidée de sa substance initiale (Section II).

SECTION I LA DIGNITÉ OBJECTIVE, UN CONCEPT DANGEREUX

418. La dignité objective recèle en son sein deux problèmes théoriques de taille. Le premier est qu'elle ne peut être fondée ni sur la thèse essentialiste, ni sur celle qualifiée de conséquentialiste (§1). Elle apparaît donc comme un principe en apesanteur, sans assise solide de nature à guider son évolution. Le deuxième problème réside dans le fait que son application projective à l'ensemble de la société aboutirait à soumettre celle-ci à un contrôle tour à tour trop intrusif ou déviant, ainsi que la comparaison avec le bio-pouvoir et le pouvoir néo-libéral permet de le mettre en lumière (§2).

§1 L'absence de fondement théorique

419. Il convient d'examiner les théories développées par deux auteurs, représentatifs des écoles déontologiques et conséquentialiste, qui ont pour seul point commun que leurs pensées ont été déformées. KANT est en effet considéré comme le thuriféraire dogmatique de l'autoritarisme tandis que l'on fait de MILL un utilitariste conséquentialiste sans âme. Tous deux sont intéressants en ce que leurs recherches ont notamment porté sur le libre arbitre individuel et sur sa légitimé au sein d'une société. A première vue, KANT serait le défenseur rêvé de la dignité objective et MILL son détracteur le plus pugnace. Si la seconde partie de cette assertion recèle une réalité certaine, la première partie doit être définitivement remise en cause, ce qui laisse la dignité objective sans assise théorique.

420. La doctrine de KANT sera donc examinée en premier (A), tandis que celle de MILL sera étudiée en second (B).

A. Le dogmatisme modéré de KANT

421. KANT construit une théorie morale fondée sur l'intention de perfection, qui permet à la personne humaine de s'imposer librement des devoirs envers elle-même (1). Néanmoins, les écris de KANT n'ont jamais visé à justifier que la dignité s'impose aux individus dans la conduite de leur vie et les prive de leur autonomie (2).

1. La théorie kantienne de l'autonomie de la volonté

422. KANT part du principe selon lequel la morale dépend de la personne, prise isolément des circonstances dans lesquelles elle est née, puis a évolué. En conséquence, « de tout ce qu'il est possible de concevoir dans le monde, et même en général hors du monde, il n'est rien qui puisse sans restriction être tenu pour bon, si ce n'est seulement une BONNE VOLONTÉ »[518] . En effet, les autres attributs de l'homme, tels que « les talents de l'esprit » (intelligence, le don de saisir les ressemblances des choses...), « les qualités du tempérament » (courage, décision, persévérance...), « sont sans doute à bien des égards choses bonnes et désirables ; mais ces dons de la nature peuvent devenir aussi extrêmement mauvais et funestes si la volonté qui doit en faire usage (...) n'est point bonne »[519]. Il en va de même des « dons de la fortune » qui peuvent amener l'individu à devenir présomptueux « dès lors qu'il n'y a pas une bonne volonté pour redresser et tourner vers des fins universelles l'influence que ces avantages ont sur l'âme »[520]. KANT prend comme exemple « le sang-froid d'un scélérat » qui « ne le rend pas seulement beaucoup plus dangereux ; il le rend aussi immédiatement à nos yeux plus détestable encore que l'eussions jugé sans cela »[521].

423. L'élément important pour KANT est donc l'intention, le vouloir et non ses conséquences. C'est en soi que la volonté doit être bonne pour être morale. « L'utilité ou l'inutilité ne peut en rien accroître ou diminuer cette valeur »[522]. Pour bien souligner ce point, il convient de se reporter à l'écrit de Mai LEQUAN, selon laquelle « le bien moral qu'est la volonté bonne n'est pas tantôt bon, tantôt mauvais, ni bon à divers degrés, mais est entièrement bon, alors que les autres biens (talents de l'esprit, qualités du tempérament, dons de la fortune)

[518] Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, éditions Delagrave (1997), page 87.
[519] Emmanuel KANT, o*p. cit*, pages 87-88.
[520] Emmanuel KANT, *op. cit.*, page 88.
[521] Emmanuel KANT, *op. cit.*, page 89.
[522] Emmanuel KANT, *op. cit.*, page 90.

peuvent être tantôt bons, tantôt mauvais, selon que la volonté qui en use est bonne ou mauvaise. (…) Est bon sans restriction ce qui est non par son résultat, mais en soi »[523].

424. « (...) La volonté n'entre [cependant] pas nécessairement en accord avec la loi, comme ce serait le cas pour une volonté saine. Il faut donc bien que la loi se manifeste à la conscience sous la forme d'un « tu dois », d'un impératif »[524]. C'est pourquoi il est nécessaire, pour embrasser le concept de la bonne volonté, d'étudier celle de devoir. KANT distingue entre l'action effectuée « conformément au devoir » et celle réalisée réellement « par devoir ». « Cela signifie donc qu'un même acte, une même décision (...) peuvent être moraux ou non, selon que l'intention a été déterminée soit par pur respect pour la loi, soit par inclination ou intérêt »[525]. Ainsi, l'homme confronté à des épreuves très éprouvantes, qui a perdu tout espoir et décide malgré tout de ne pas s'enlever sa propre vie, ou l'homme froid, misanthrope, qui nonobstant cette disposition d'esprit décide de tourner ses faveurs vers autrui, ces hommes-là agissent véritablement par devoir et non pas seulement par crainte d'une punition divine ou sociale, ce qui serait agir conformément au devoir. Victor DELBOS note que ces exemples illustrent ce que l'on a pu appeler le rigorisme de KANT. Néanmoins, il rappelle que ce dernier « ne veut pas dire que pour accomplir le devoir il faille nécessairement agir avec répugnance et comme par force. (...) S'il est rigoriste, c'est donc essentiellement en ce sens qu'il refuse aux inclinations, et du même coup à l'idée de bonheur qui en représente l'objet porté à son maximum, le droit de nous fournir ou de corroborer en nous la règle de notre conduite : le principe de la moralité est en soi tout à fait indépendant de notre nature sensible et la maxime de notre conduite doit l'être »[526].

425. KANT explique ensuite que, pour agir par devoir, il convient de respecter des impératifs catégoriques, c'est-à-dire des règles de comportement contraignantes et qui « indiquent par là le rapport d'une loi objective de la raison à une volonté qui, selon sa constitution subjective, n'est pas nécessairement déterminée par cette loi (une contrainte) »[527]. Ces principes s'opposent aux principes hypothétiques qui ne visent qu'à adopter une règle de conduite aux fins

[523] Mai LEQUAN, *La philosophie morale de Kant*, Le Seuil (2001), page 149.
[524] Arnaud DESJARDIN, *Focus sur Kant. Fondements de la métaphysique des mœurs*, Ellipses (2013), page 12. Voir également Emmanuel KANT, *op. cit.*, pages 122-123 : « (...) si la volonté n'est pas encore en *soi* pleinement conforme à la raison, (...) la détermination d'une telle volonté, en conformité avec des lois objectives, est une *contrainte* : c'est-à-dire que le rapport des lois objectives à une volonté qui n'est pas complètement bonne est représenté comme la détermination de la volonté d'un être raisonnable par des principes de la raison sans doute, mais par des principes auxquels cette volonté, selon sa nature, n'est pas nécessaire docile ».
[525] Arnaud DESJARDIN, *Focus sur Kant, Fondements de la métaphysique des* mœurs, Ellipses (2013), page 23.
[526] Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique de mœurs*, édition Delagrave (1997), traduction par Victor DELBOS, note 44 de bas de la page 97.
[527] Emmanuel KANT, *op. cit.*, page 123.

d'atteindre un certain but[528]. Par exemple, il existe une différence entre cultiver ses connaissances pour atteindre l'idéal d'une vie bonne et ne pas laisser en friche ses capacités intellectuelles et le fait d'apprendre des éléments de culture générale en vue de la réussite à un examen professionnel.

426. Selon KANT, il existe deux types d'impératifs hypothétiques : l'habileté ou la capacité à manier les concepts intellectuels notamment de la science, lesquels sont tous conçus en vue d'une fin à atteindre, comme la guérison d'une personne malade, et la prudence qui consiste à mobiliser tous les moyens possibles pour atteindre notre bien-être personnel ou le bonheur. Comme ce dernier concept est éminemment subjectif en ce qu'il dépend des aspirations de chacun, « (...) les impératifs de la prudence, à parler exactement, ne peuvent commander en rien, c'est-à-dire représenter des actions d'une manière objective comme pratiquement nécessaires, qu'il faut les tenir plutôt pour des conseils (consilia) que pour des commandements (praecepta) de la raison »[529].

427. En revanche, l'impératif de la moralité, « de la libre conduite en général »[530] est catégorique en ce qu'il détient une valeur en lui-même, indépendamment des buts que l'on s'est préalablement fixés. C'est en ce sens que la théorie de KANT est dite formelle car elle ne fixe pas le contenu des principes à mettre en œuvre mais explique le sens, la direction que ceux-ci doivent présenter. Selon les explications de Arnaud DESJARDIN, l'on peut soit se fixer un but à atteindre, tel le bonheur, et travailler sur les moyens nécessaires pour l'atteindre ou l'on peut se focaliser sur « un critère formel qui permette de repérer celles de nos fins qui satisfont à l'exigence morale. Les éthiques grecques ont exploré la première voie ; la morale déontologique kantienne a mis en place la seconde approche »[531]. Ainsi, l'impératif catégorique selon lequel « Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle », n'énonce pas un objectif particulier à rechercher mais une méthode pour déterminer si les actions que l'on effectue sont conformes ou pas à un standard moral indépassable. Quoi qu'il en soit, ainsi que le note Mai LEQUAN, « si l'impératif catégorique concernait autre chose que la pure forme de la maxime, il ne serait plus catégorique, inconditionné. Ses prescriptions dépendraient de la possibilité d'accomplir l'action et de la

[528] Emmanuel KANT, *op. cit.*, pages 124-125 : « Les impératifs hypothétiques représentent la nécessité pratique d'une action possible, considérée comme moyen d'arriver à quelque autre chose que l'on veut (ou du moins qu'il est possible qu'on veuille). L'impératif catégorique serait celui qui représenterait une action comme nécessaire pour elle-même, et sans rapport à un autre but, comme nécessaire objectivement ».
[529] Emmanuel KANT, *op. cit.*, page 132.
[530] Emmanuel KANT, *op. cit.*, page 129.
[531] Arnaud DESJARDIN, *Focus sur Kant. Fondements de la métaphysique des mœurs*, Ellipses (2013), page 9.

possibilité d'en prévoir les conséquences »[532]. Il en découle que « l'éthique kantienne est donc une éthique des intentions plus que des actions, car c'est dans la forme (universalisable) des maximes que réside le critère de la morale »[533].

428. Par exemple, si j'accomplis une action, telle que consommer des cigarettes, que je ne peux souhaiter pour l'intégralité de l'humanité, ladite action ne saurait être considérée comme étant morale. KANT prend quant à lui l'illustration de la promesse que l'on fait avec l'intention de ne pas la tenir. Une telle attitude ne saurait être érigée en règle universelle car « admettre comme une loi universelle que tout homme qui croit être dans le besoin puisse promettre ce qui lui vient à l'esprit, avec l'intention de ne pas tenir sa promesse, ce serait même rendre impossible le fait de promettre avec le but qu'on peut se proposer par-là, étant donné que personne ne croirait à ce qu'on lui promet, et que tout le monde rirait de pareilles démonstrations, comme de vaines feintes »[534].

429. En revanche, suis-je en droit d'imposer ce que je considère comme les préceptes d'une vie saine, par exemple en interdisant toute consommation de cigarettes pour les personnes majeures comme mineures ? La réponse de KANT est négative en ce que la déclinaison finale de l'impératif catégorique implique « l'idée de la volonté de tout être raisonnable conçue comme volonté instituant une législation universelle »[535]. En d'autres termes, « il apparaît que nous sommes, comme êtres raisonnables, les auteurs de la loi à laquelle, comme être raisonnables et sensibles à la fois, nous devons nous soumettre »[536]. C'est le principe de l'autonomie de la volonté. « La nécessité pratique d'agir selon ce principe, c'est-à-dire le devoir, ne repose en rien sur des sentiments, des impulsions et des inclinations, mais uniquement sur le rapport des êtres raisonnables entre eux ; dans ce rapport, la volonté d'un être raisonnable doit toujours être considérée en même temps comme législatrice, parce

[532] Mai LEQUAN, *op. cit.*, page 172. Dans le même sens, selon Arnaud DESJARDIN, *op. cit.*, page 19: « Ni les méthodes d'accès au bonheur des éthiques eudémonistes, ni la maîtrise des affects des stoïciens, ni l'idée aristotélicienne d'un perfectionnement des talents propres à l'homme ne parviennent à cerner la véritable essence de la morale. Ces sagesses gardent, bien sûr, une forme de pertinence : mais elles en restent au stade de l'éthique. Elles livrent des conseils recevables pour accéder à une forme de vie réussie, mais elles n'expliquent en quoi consiste une action bonne en soi. La preuve en est que toutes les qualités qu'elles vantent, comme l'intelligence, le courage, la maîtrise de soi etc. peuvent être mises au service d'actions mauvaises. C'est pourquoi Kant développe ici l'idée selon laquelle la morale réside dans la *bonne volonté*, c'est-à-dire dans une intention déterminée par la seule loi morale, indépendamment de toute inclination et de tout objet ».

[533] Mai LEQUAN, *op. cit.*, page 174. Dans le même sens, selon Arnaud DESJARDIN, *op. cit.*, page 10 : « pour que l'acte soit moral, il faut que la justice soit recherchée pour elle-même, et non pour ses conséquences favorables ».

[534] Emmanuel KANT, *op. cit.*, pages 139-140.

[535] Emmanuel KANT, *op. cit.*, page 154.

[536] Victor DELBOS, *op. cit.*, note 138 de la page 155.

qu'autrement l'être raisonnable ne se pourrait pas concevoir comme fin en soi »[537]. Si KANT introduit une rigueur certaine dans notre existence, il ne le fait pas contre notre gré, puisque nous sommes à l'origine des devoirs que nous nous imposons. Une telle vie est certes dominée par des principes de dureté puisque l'on n'a pas la possibilité de s'ôter sa propre vie même si ses conditions d'existence sont exécrables[538] ; de frugalité puisque l'usage immodéré de la nourriture, de la boisson[539] ainsi que la prodigalité[540] sont condamnées, tandis que la mendicité est considérée comme une atteinte à sa propre valeur d'être humain ; de sacrifices car le mensonge est considéré comme une déviation de notre véritable nature[541] ; de roideur car l'instrumentalisation de sa propre personne en vue d'obtenir des faveurs[542] est condamnée ; de labeur car le développement de son habileté physique et morale[543] fait également partie des devoirs envers soi-même.

430. Mais, une fois de plus, ces devoirs envers soi-même sont créés par notre propre volonté, notre conscience. Ce concept aboutit, de manière idéale, à ce que KANT appelle un « règne des fins ». Dans ce cadre, chaque individu est à la fois législateur des lois applicables et se soumet librement à ces mêmes lois. « (...) Un être raisonnable appartient, en qualité de membre, au règne des fins, lorsque, tout en donnant des lois universelles, il n'en est pas moins lui-même soumis aussi à ces lois. (...) L'être raisonnable doit toujours se considérer comme législateur

[537] Emmanuel KANT, *op. cit.*, page 159.
[538] Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit, doctrine de la vertu,* Flammarion (1994), page 275 : « Anéantir en sa propre personne le sujet de la moralité équivaut à extirper du monde, autant qu'il dépend de soi, la moralité dans son existence interne, laquelle est pourtant une fin en soi ; par conséquent, disposer de soi comme d'un simple moyen en vue d'une fin quelconque, c'est abaisser l'humanité en sa propre personne (*homo noumenon*), à laquelle pourtant l'être humain (*homo phaenomenon*) était confié pour sa conservation ».
[539] Emmanuel Kant, *Doctrine de la vertu, op. cit.,* page 281 : « En état d'ivresse, l'homme doit être traité simplement comme un animal et non comme un être humain ; en se surchargeant de nourriture et se mettant dans un tel état, il est paralysé pour un certain temps vis-à-vis d'actions qui réclament de l'adresse et de la réflexion dans l'usage de ses forces ».
[540] Emmanuel KANT, *Doctrine de la vertu, op. cit.,* page 288 : « La *maxime de l'avarice cupide* (celle du prodigue) est de se procurer et de conserver tous les moyens de bien vivre *dans l'intention d'en jouir* ».
[541] Emmanuel KANT, *Doctrine de la vertu, op. cit.*, page 284 : « (...) la communication de ses idées à quelqu'un par l'intermédiaire de mots qui contiennent (intentionnellement) le contraire de ce qu'a par là en tête celui qui parle, c'est une fin directement opposée à la finalité naturelle de communiquer ses pensées, par conséquence un renoncement à sa personnalité, et l'on n'a plus affaire alors à l'homme lui-même, mais à une simple apparence trompeuse de l'homme ».
[542] Emmanuel KANT, *Doctrine de la vertu, op. cit.*, pages 292-293 : « (...) l'abaissement délibéré de sa propre valeur morale, en vue d'en faire simplement le moyen d'acquérir la faveur de quelqu'un d'autre – et cela de qui qu'il puisse s'agir – (hypocrisie et flatterie), n'est que de la fausse (feinte) humilité et, dans la mesure où il s'agit là d'abaisser la dignité de sa personnalité, c'est une attitude qui est contraire au devoir envers soi-même. (...) Ne devenez pas esclaves des hommes ; n'admettez pas que votre droit soit foulé aux pieds, impunément, par d'autres. NE contractez pas de dettes pour lesquelles vous ne fourniriez pas une complète garantie. N'acceptez pas de bienfaits dont vous pourriez cous dispenser et ne soyez ni parasites ni flatteurs, ni même (ce qui ne s'en distingue en vérité que par le degré) mendiants. En conséquence, soyez économes pour ne pas devenir miséreux ».
[543] Emmanuel KANT, *Doctrine de la vertu, op. cit.*, page 205 : « La culture (*cultura*) de ses forces naturelles (forces de l'esprit, de l'âme et du corps), comme moyens en vue de toute sorte de fins possibles, est un devoir de l'homme envers lui-même ».

dans un règne des fins qui est possible par la liberté de la volonté (...) »[544]. « Dans ce règne, chaque volonté est à la fois auteur de la législation morale et sujet soumis à cette législation puisqu'elle s'y soumet librement »[545].

431. Mai LEQUAN pose très clairement que « la morale de l'autonomie n'aboutit nullement à une surmoralisation de la vie humaine, au sens où toutes les actions humaines devraient être jugées d'après elle. Kant laisse place à d'autres maximes que celles qui sont des devoirs [référence aux impératifs hypothétiques qui « incluent les désirs de l'homme et le respect des traditions sociales »]. Il n'est pas juridiquement (mais seulement moralement) interdit d'agir selon des maximes non universalisables »[546].

432. La seule condamnation de la violation des devoirs moraux réside en effet dans la réprobation sociale, dans l'impureté de notre personne et non dans une condamnation judiciaire. Le droit n'a vocation à s'appliquer qu'aux rapports inter-individuels et non aux décisions que prend la personne et qui ne concerne qu'elle[547] car ce serait enfreindre le principe de liberté. Or, « tout action est juste qui peut faire coexister la liberté de l'arbitre de chacun avec la liberté de tout autre selon une loi universelle, ou dont la maxime permet cette coexistence » (....) Il en résulte (...) qu'on ne peut exiger que ce principe de toutes les maximes soit lui-même, à son tour, ma maxime, c'est-à-dire que j'en fasse la maxime de mon action ; car tout homme peut être libre, (...) dès lors simplement que je ne lui fais pas tort par mon action extérieure »[548]. Par exemple, si le suicide est moralement condamnable, il ne doit pas être juridiquement interdit[549]. « Pourquoi obéir au droit ? Par la conscience de l'obligation d'obéir. Mais d'où vient cette obligation ? Pas de la conscience elle-même, sinon on confond droit et morale, mais d'un motif extérieur à la conscience, qui est la contrainte, à la condition que cette contrainte s'accorde avec la loi de liberté »[550]. Contrainte et droit sont synonymes. Dit en résumé, « la morale concerne

[544] Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, page 158.
[545] Mai LEQUAN, *op. cit.*, page 235.
[546] Mai LEQUAN, *op. cit.*, page 254.
[547] Emmanuel KANT, *Doctrine du droit, op. cit.*, pages 16-17 : « Le concept de droit (...), *premièrement* ne concerne que le rapport extérieur et, plus précisément, pratique d'une personne à une autre, en tant que leurs actions peuvent, comme *facta*, avoir une influence les unes sur les autres (immédiatement ou médiatement). (...) Le droit est donc l'ensemble conceptuel des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être concilié avec l'arbitre de l'autre selon une lois universelle de la liberté ».
[548] Emmanuel KANT, *Doctrine du droit, op. cit.*, page 17.
[549] Otfried HÖFFE, *Introduction à la philosophie pratique de KANT. La morale, le droit et la religion*, Librairie Pilosophique J. Vrin (1993), page 180« Un sujet susceptible d'imputation ne crée pas à lui seul des problèmes juridiques. Ceux-ci n'interviennent que lorsque plusieurs personnes sont à même de s'influencer mutuellement par leurs actes. Contrairement à ce qui a lieu dans une « moralisation » du droit, les actes qui ne concernent que leur auteur échappent au domaine du droit juste. C'est ainsi que Kant tenait par exemple le suicide pour éthiquement défendu, mais s'est élevé contre les tentatives des juristes de son temps pour faire du maintien de sa propre vie un devoir juridique ».
[550] Colas DUFLO, *Kant, La Raison du droit*, Editions Michalon (1999), page 49.

la qualité de l'intention interne, alors que le droit concerne la simple conformité extérieure de l'acte avec la loi »[551].

433. Pour reprendre les mots mêmes de KANT, « les devoirs envers soi (...) reposent tout entiers sur la dignité de l'humanité ; ils reposent sur le fait que nous n'avons pas une liberté illimitée à l'égard de notre personne. Ces devoirs montrent qu'il nous faut estimer hautement l'humanité en notre personne, car sans cela l'homme n'est qu'un objet de mépris, dépourvu de toute valeur aux yeux d'autrui comme à ses propres yeux, ce qui est absolument blâmable »[552]. Cependant, KANT a bien pris soin au préalable, de poser que « le devoir envers soi-même ne peut pas être considéré de manière juridique, puisque le droit ne touche qu'à mes relations avec les autres hommes. Je n'ai pas d'obligations juridiques envers moi, car ce que je me fais à moi-même, je le fais de mon plein consentement »[553].

2. L'interprétation de la théorie kantienne

434. Ce sont ces deux éléments – l'autonomie morale et la dangerosité tenant à la confusion entre droit et morale – qu'une partie de la doctrine juridique apparaît ne pas tenir compte dans l'interprétation qu'elle fait de la doctrine de KANT et du principe selon lequel« Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen »[554].

435. Richard DESGORCES écrit que « Locke et Kant (deux philosophes libéraux !) sont hostiles à la liberté de faire de soi ce que l'on veut »[555], en prenant appui, concernant le second, sur ses Leçons d'éthique. Selon Laurence HARANG, « Kant, pour sa part, fait de l'autonomie le principe de toute action morale. Mais l'individu a des devoirs envers lui-même ; il ne peut donc faire n'importe quoi de sa vie. C'est pourquoi, l'intérêt de l'humanité dépasse celui de l'individu défini par ses passions égoïstes. Certes, il est possible de ne pas exiger de l'individu une conduite digne mais le prix à payer est d'être traité comme une chose »[556]. Emmanuel DREYER note que « pour les défenseurs de cette thèse [favorable à la solution dégagée dans l'affaire du « lancer de nain »], -invoquant peut-être abusivement la pensée de Kant –, la dignité n'inclut pas la liberté ; elle constitue au contraire un rempart contre ses excès. La volonté n'est

[551] Mai LEQUAN, *op. cit.*, page 152.
[552] Emmanuel KANT, *Leçons d'éthique*, Le Livre de Poche (1997), page 232.
[553] Emmanuel KANT, *Leçons d'éthique*, *op. cit.*, page 226.
[554] Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, page 150.
[555] Richard DESGORCES, *Agir contre soi*, revue de recherche juridique, 2003-1, page 37.
[556] Laurence HARANG, *La reconnaissance de la dignité : paradoxe et interrogation*, Revue de recherche juridique, 2008-2, page 841.

respectable qu'à partir du moment où elle s'exerce dans un sens particulier : lorsque l'individu choisit de se soumettre à une obligation morale universelle. La prétendue « autonomie de la volonté » kantienne correspondrait ainsi à la capacité de se donner une loi qui n'est pas tant sa loi personnelle que la loi de tout être humain pris es-qualité. Dans cette approche, la singularité de la personne est ignorée au profit de l'unité du groupe. (...) La société peut lui opposer sa propre dignité afin de l'empêcher d'agir »[557]. Benoît JORION pose que « la définition philosophique de ce qui fait la dignité de l'homme n'est pas séparable de la conception de l'homme. On peut schématiquement opposer Jean Pic de la Mirandole à Emmanuel Kant. Pic de la Mirandole, auteur d'un « Discours sur la dignité humaine », soutient la thèse selon laquelle la dignité de l'homme tient dans sa liberté. (...) A l'inverse, pour Kant, l'homme n'est libre qu'à condition de respecter sa propre dignité. Il n'est donc pas libre d'y porter atteinte. (...) Sa dignité est donc au-dessus de sa liberté »[558].

436. Or, KANT n'a jamais affirmé la supériorité de la dignité sur la liberté puisque, une fois de plus, l'homme est intrinsèquement autonome dans ses décisions, et ne se plie qu'aux ordres de sa propre volonté. En outre, si ses désirs sont déviants, la seule sanction est d'ordre moral, et non juridique. C'est donc par erreur que l'on fonde la dignité objective sur la doctrine kantienne.

437. La jurisprudence a pu également commettre cette erreur dans les affaires des refus de transfusions sanguines par les Témoins de Jéhovah. En l'espèce, l'un de ses membres avait été hospitalisé à la suite d'une grave insuffisance rénale, dans un hôpital parisien. Tout au long de la procédure médicale, cette personne avait réitéré à plusieurs reprises sa volonté de ne pas être transfusée, quand bien même cette décision serait la seule susceptible de sauver sa vie. Les médecins n'en ont pas tenu compte et ont pratiqué sur lui plusieurs transfusions sanguines. Sa femme ainsi que ses enfants ont par la suite, et après son décès, introduit une action devant les juridictions administratives aux fins de voir condamner l'hôpital à leur verser des dommages et intérêts du fait de l'irrespect de la volonté exprimé par leur mari et père. Néanmoins, le Conseil d'Etat, dans un arrêt en date du 26 octobre 2001, énonce clairement que « les transfusions sanguines administrées à M. X... ne sauraient constituer un traitement inhumain ou dégradant,

[557] Emmanuel DREYER, *Les mutations du concept de dignité*, Revue de recherche juridique 2005-1, page 19.
[558] Benoît JORION, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, revue de droit public et de la science politique, 1999, page 197.

ni une privation du droit à la liberté au sens des dispositions des articles 3 et 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[559].

438. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ cite les conclusions du Rapporteur Public attachées à l'arrêt de la Cour administrative d'appel de PARIS qui avait adopté une solution similaire à celle du Conseil d'Etat : « la représentation française de l'autonomie a un sens beaucoup plus étroit [que l'anglo-saxonne], inspiré du droit romain mais aussi de Rousseau et de Kant : c'est la capacité de poser et de respecter des devoirs universels, des lois, envers les autres et envers soi-même comme membre de l'humanité. Un être autonome ne peut vouloir rationnellement un comportement qui n'est pas universalisable. Dans cette conception, le gréviste de la faim, celui qui refuse un soin vital, n'est pas autonome, ce qui justifie l'intervention de l'Etat ou du médecin (...). Dans cette conception, la notion de dignité n'est pas synonyme de liberté autonome (autonorma). Elle comporte une dimension objective, qui se fonde sur l'appartenance de l'individu à l'humanité, qui amène à faire prévaloir, quand est en cause une valeur propre à la condition humaine, l'universel sur les préférences singulières »[560].

439. Or, cette filiation assumée à KANT résulte d'une lecture erronée des écrits de ce dernier en ce que la perte d'autonomie d'un individu, si tant est qu'elle soit avérée, ne justifie pas une intervention étatique. Ensuite, l'adoption d'un comportement contraire à la dignité a pour seule sanction la réprobation personnelle et sociale, mais non un interdit juridictionnel. « Autant dire qu'il paraît, de ce point de vue, plus que problématique de sanctionner juridiquement (en l'espèce, en la mettant de côté) une volonté qui, à part du point de vue de ce qu'elle exprime (ici, un refus de soins vital), possède toutes les qualités formelles (capacité, majorité...) pour être reconnue juridiquement, au simple motif qu'elle ne se conformerait pas à une loi morale d'universalisation possible des choix opérés »[561].

440. On ne saurait retourner la dignité d'un individu contre ce dernier pour le contraindre à adopter un comportement précis car ce serait alors le traiter comme un moyen, et non comme une fin autonome, ce qu'il est pourtant. « (...) L'autonomie est essentiellement une capacité de produire des choix universalisables. Le fait que ces choix soient effectivement universalisables n'est qu'une perspective idéelle ; c'est une exigence morale mais elle est naturellement indépendante des choix effectivement opérés par les individus »[562]. Ainsi, dans l'analyse menée par Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, un individu ne peut jamais être privé de son

[559] Conseil d'Etat, 26 octobre 2001, n°198546.
[560] Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Kant contre Jehovah ?*, Dalloz 2004, page 3154.
[561] Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*
[562] Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*

autonomie, de sa capacité à prendre des décisions conformes au devoir, quels que soient les actions qu'il mène effectivement. Il convient donc de toujours respecter un individu, dans n'importe quelles circonstances, en ce qu'il est porteur du principe de dignité lié à son autonomie personnelle.

441. Le courant doctrinal ainsi que les juridictions qui se prévalent d'une conception objective de la dignité humaine en se fondant sur la doctrine kantienne n'ont donc pas saisi le raisonnement adopté par le philosophe qui n'a jamais imaginé une telle volonté extérieure castratrice. Il est exigeant dans les devoirs qu'il pose quant à l'individu vis-à-vis de lui-même mais les inscrit dans le champ moral et ne les applique pas au domaine juridique car, une fois de plus, une telle société ne respecterait pas la dignité de chacun en les traitant comme des moyens et non comme des fins.

442. Si la conception de la volonté autonome développée par KANT ne correspond pas à la dignité objective, les philosophes utilitaristes, et notamment MILL, y sont opposés.

B. Le libéralisme de John Stuart MILL

443. MILL s'inscrit sans doute possible dans le courant philosophique de l'utilitarisme (1) et prône l'avènement d'une libre disposition de soi pour tous les actes faisant partie de l'intimité de la vie privée, ce qui le place en opposant à la dignité objective (2).

1. L'inscription de MILL dans le courant utilitariste

444. Selon la doctrine utilitariste telle que l'a conçue BENTHAM, l'objectif suprême que doivent poursuivre les individus est le bonheur. Ce dernier est atteint lorsque la majorité de la population est satisfaite de son sort. « Dans sa formulation la plus simple, l'utilitarisme défend l'idée qu'un comportement ou une politique moralement juste est celui ou celle qui produit le plus grand bonheur des membres de la société »[563].

445. Il est une forme de libéralisme car il définit la liberté et l'autonomie comme les instruments les mieux susceptibles de permettre d'atteindre le bonheur. « L'idée générale est extrêmement simple ; elle soutient que, dans de larges domaines de l'activité humaine qui

[563] Will KYMLICKA, *Les théories de la justice une introduction*, La Découverte (2003), page 17. Voir également Francisco VERGARA, *Les fondements philosophiques du* libéralisme, La Découverte (2002), page 13 : « Il s'agit de savoir quel est le *critère* ou la *pierre de touche* qui lui permet de dire que telle institution (telle liberté ou tel règlement) est meilleure ou pire que telle autre. (…) Certains d'entre eux – comme Hume, Smith, Bentham, Ricardo et Mill – soutiennent explicitement qu'en dernière instance le *seul* critère pour distinguer les bonnes lois et bonnes institutions des mauvaises (…) est le *bonheur* qu'elles tendent à occasionner à la communauté. C'est la doctrine éthique appelée « utilitarisme » ou « principe d'utilité publique » ou, en plus court, « principe d'utilité » ».

avaient été dirigées et réglementées dans le passé (la discussion des idées, le choix de son métier et lieu de domicile, la production et le commerce, etc.), la liberté conduit mieux au bonheur de la communauté que la contrainte »[564]. C'est ce qui explique que MILL critique ardemment toute forme de pression ou de coercition exercées sur le libre arbitre des individus, en écrivant notamment que « la seule source d'amélioration intarissable et permanente du progrès est la liberté, puisque grâce à elle, il peut y avoir autant de foyers de progrès que d'individus »[565].

446. Il ne s'agit pas d'un égoïsme organisé, étant entendu que le bonheur à atteindre est celui de la société, et non celui de chaque individu considéré séparément. « Au contraire la société libre est également celle où les individus communiquent et agissent les uns sur les autres par la discussion (....). C'est dire qu'ils tentent d'améliorer non seulement l'ordre et l'action publique, mais également les mœurs individuelles, par des conseils, des arguments, l'approbation et la désapprobation vives même, dans le cadre de cette discussion généralisée que réclame le libéralisme dans la société. Le stéréotype d'un individualisme mesquin signifiant la coexistence de personnes indifférentes les unes aux autres et préoccupées de leur seul bien-être privé est en parfaite contradiction avec la conception du libéralisme millien (....) »[566]. Ce dernier a notamment écrit que « BENTHAM n'a jamais songé à définir la morale comme l'intérêt personnel de celui qui agit. Son « principe du plus grand bonheur » concernait le plus grand bonheur de l'humanité et de tous les êtres doués de sensibilité »[567].

447. Deux principaux reproches sont traditionnellement adressés à l'utilitarisme. Le premier consiste à mettre en exergue le fait que ce type de raisonnement aboutit à écarter certains désirs individuels des choix pertinents. « Parce qu'il ne se soucie que de la somme des satisfactions, il peut en venir à fouler aux pieds les individus. (...) On pourrait donc soutenir, dans une perspective utilitariste, qu'il est moralement justifié d'infliger une intense douleur à une personne, si cela permet d'épargner un grand nombre de vies et de souffrances »[568]. Selon Michael J. SANDEL, MILL répond à cette objection par la mise en perspective longue du bonheur sociétal. Les opinions dissidentes doivent être maintenues, si ce n'est avalisées, pour que le bonheur de la société soit assuré car « l'opinion dissidente pourrait se révéler vraie, ou en partie vraie, et offrir ainsi un correctif à l'opinion dominante. Et même si tel n'était pas le

[564] Francisco VERGARA, *Les fondements philosophiques du* libéralisme, La Découverte (2002), page 74.
[565] John Stuart MILL, *De la liberté*, Gallimard (1990), page 169.
[566] Gilles KÉVORKIAN (sous la direction de), *La pensée libérale. Histoire et controverses*, Ellipses (2010), page 151.
[567] John Stuart MILL, « Whewell on Moral Pholosophy », cité par Francisco VERGARA, *Les fondements philosophiques du libéralisme*, La Découverte (2002), page 65.
[568] Michael J. SANDEL, *Justice*, Albin Michel (2016), pages 59-61.

cas, le fait de soumettre l'opinion dominante à une contestation intellectuelle vigoureuse prévient la tentation qui peut être la sienne de se muer en dogme et en préjugé »[569].

448. Le second reproche a trait au fait que l'utilitarisme place sur un même pied d'égalité l'ensemble des valeurs, en ce compris celle de la vie humaine. Michael J. SANDEL prend l'exemple du fabricant de cigarettes Philip Morris qui avait commandé une étude pour démontrer les bienfaits du tabagisme et ainsi éviter une augmentation de la taxation de ses produits en République tchèque. Selon cet écrit, la cigarette comportait des bienfaits en ce qu'elle rapportait des avoirs fiscaux à l'Etat ainsi que des économies en termes de sécurité sociale, les fumeurs étant généralement victimes d'une mort prématurée. C'était là faire peu de cas de la valeur d'une vie humaine puisqu'elle était utilisée dans un bilan coût-avantages purement économique. Will KYMLICKA, pour sa part, pose la question de la solution à adopter dans une société majoritairement homophobe et écrit : « l'utilité ne serait-elle pas maximisée si les homosexuels étaient sanctionnés publiquement et mis en prison ? »[570]. Mais il serait réducteur de poser que chaque théoricien utilitariste a défendu la thèse que chaque valeur est équivalente. MILL a fermement condamné l'esclavagisme, en ce que « ce n'est pas la liberté que d'avoir la permission d'aliéner sa liberté »[571].

2. « De la liberté »

449. MILL applique un principe d'apparence extrêmement simple. « Ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection. (...) Mais pour ce qui ne concerne que lui, son indépendance est, de droit, absolue. Sur lui-même, sur son corps et son esprit, l'individu est souverain »[572]. MILL délimite deux sphères : celle qui ne concerne que la personne elle-même à l'exclusion de toute autre et dans laquelle sa liberté doit être absolue, opposée à la sphère de la communauté, dans laquelle l'Etat est légitime à intervenir pour limiter les actions des citoyens, de telle sorte que ceux-ci ne se nuisent pas les uns les autres de manière disproportionnée[573]. En revanche, dans le premier secteur d'activités ainsi décrit, la liberté est

[569] Michael J. SANDEL, *op. cit*., page 78.
[570] Will KYMLICKA, *Les théories de la justice. Une introduction.* La Découverte (2003), page 36.
[571] John Stuart- MILL, *De la liberté*, Gallimard (1990), page 222.
[572] John Stuart MILL, *op. cit.*, pages74-75.
[573] John Stuart MILL, *op. cit.*, page 177 : « Dès que la conduite d'une personne devient préjudiciable aux intérêts d'autrui, la société a le droit de la juger, et la question de savoir si cette intervention favorisera ou non le bien-être général est alors ouverte à la discussion. Mais cette question n'a pas lieu d'être tant que la conduite de quelqu'un n'affecte les autres que s'ils le veulent bien, si tant est que les personnes concernées sont adultes et en possession de toutes leurs facultés ».

même celle de se faire du mal. Que cela n'empêche pas ses amis et proches de discuter avec la personne concernée, de la conseiller, mais il doit leur être interdit de la contraindre à agir dans une certaine direction, quand bien même celle-ci serait la mieux appropriée. L'individu « demeure le juge suprême. Il peut se tromper en dépit des conseils et des avertissements ; mais c'est là un moindre mal que de laisser les autres le contraindre à faire ce qu'ils estiment être son bien »[574]

450. Les pressions exercées sur l'individu peuvent provenir de l'appareil étatique mais également de ses concitoyens. « Il faut aussi se protéger contre la tyrannie de l'opinion et du sentiment dominants, contre la tendance de la société à imposer, par d'autres moyens que les sanctions pénales, ses propres idées et ses propres pratiques comme règles de conduite à ceux qui ne seraient pas de son avis. Il faut encore se protéger contre sa tendance à entraver le développement – sinon à empêcher la formation- de toute individualité qui ne serait pas en harmonie avec ses mœurs et à façonner tous les caractères sur un modèle préétabli »[575].

451. MILL va même encore plus loin en édictant que « celui qui n'agit jamais que suivant la coutume ne fait pas de choix. Il n'apprend nullement à discerner ou à désirer ce qui vaut mieux ». MILL prône donc l'avènement d'un individu totalement autonome dans son parcours personnel. « La personne maîtresse de soi (autonome), est celle dont les désirs et les opinions sont les siens propres, c'est-à-dire le fruit de son choix délibéré. En plus de sa liberté négative, l'individu doit être réellement maître de ses désirs ; ses opinions, ses impulsions, ses décisions doivent dépendre ou découler de son propre caractère. Il n'est donc plus un simple miroir qui reflète les coutumes et les traditions dominantes de sa société. L'homme indépendant, ou autonome, est celui qui, quand il pense ou décide, pense et décide par lui-même »[576]. En d'autres termes, en sus de sa liberté négative, qui lui permet d'interdire toute immixtion dans sa sphère personnelle, l'individu doit pouvoir exercer une liberté positive, c'est-à-dire poser des actes mûrement réfléchis, propres à son entendement personnel. Selon Ridha CHAÏBI, une telle posture nécessite un comportement rationnel, libre et informé[577].

452. A l'issue de ces développements, l'on comprendra bien que la dignité objective ne puisse s'accorder avec le libéralisme millien. Elle représente même ce que dernier abhorre

[574] John Stuart MILL, *op. cit.*, page 179.
[575] John Stuart MILL, *op. cit.*, page 67.
[576] Ridha CHAÏBI, *Liberté et paternalisme chez John Stuart Mill*, L'Harmattan (2008), page 123.
[577] Ridha CHAÏBI, *op. cit.*, page 176 : « « Faire un choix », nous dit Mill, c'est précisément utiliser « toutes ses facultés (...) ». Force est de constater que l'utilisation parfaite de *toutes* ses facultés présuppose trois conditions fondamentales sans lesquelles l'autonomie du comportement sera ou partiellement ou totalement remise en

puisqu'elle est la représentation de valeurs censément immuables et inattaquables au nom desquelles la société est légitime à contraindre un individu à adopter un comportement donné. Or, MILL combat précisément les choix que l'on impose à autrui dès lors que ceux-ci concernent la sphère privée. La théorie de MILL est donc favorable à la libre disposition de soi dès lors que sa conception de la liberté inclut tant la possibilité d'être laissé seul face à ses propres choix que celle d'agir en toute liberté si les conséquences éventuellement nuisibles de l'acte posé n'enfreignent qu'indirectement la liberté d'autrui. MILL prend comme exemple l'éventualité selon laquelle la doctrine puritaine anglaise n'en vienne à imposer ses vues sur l'ensemble du territoire pour interdire les amusements publics sous toutes leurs formes (théâtres, cafés, opéras, etc.). Le reste de la communauté « ne prierait-elle instamment ces hommes d'une piété si importune de s'occuper de leurs affaires ? C'est là précisément ce qu'il faut dire à tout gouvernement ou à tout public qui a la prétention de priver tout le monde des plaisirs qu'il condamne »[578].

453. La théorie de MILL et celle de la libre disposition de soi prônent la liberté des cheminements individuels alors que la dignité objective conduit à une voie en sens unique. En bref, tout les oppose. En effet, la dignité objective va à l'encontre de la liberté et demeure du côté de l'ordre établi par les coutumes et traditions. Elle paraît alors rétrograde et nuisible aux individus en ce qu'elle ne leur laisse pas de possibilité de choix autonomes.

454. Mal assise sur la doctrine de KANT, rejetée par la théorie de MILL, la dignité objective est tenue en échec tant par les dogmatiques que par les conséquentialistes. Il convient donc de s'en défaire à titre de principe de référence, pour ne la conserver que dans des cas extrêmes, tels que l'interdiction de l'esclavage, de la torture, et plus généralement des traitements inhumains et dégradants. En effet, la prise en considération de la dignité objective à l'échelle d'une société aboutirait à de graves dérives.

§2 L'avènement projectif d'une société sous contrôle

455. Aux fins mettre en exergue le rôle délétère de la dignité objective au regard de la libre disposition de soi, il y a lieu de procéder par voie de comparaison. Tout d'abord, l'on se rendra compte que le bio-pouvoir décrit par FOUCAULT n'est qu'un avatar de la dignité objective et que les deux aboutissent à la formation d'une société sous contrainte, où la libre disposition de

question. La première concerne la rationalité du comportement de l'individu, la deuxième, la liberté de sa volonté, et la troisième, l'information dont il dispose au moment même de sa décision ».

[578] John Stuart MILL, *op. cit.*, pages 195-196.

soi n'est plus (A). Ensuite, le déploiement du système néo-libéral qui envahit tous les aspects de la vie quotidienne et finit par transformer la libre disposition de soi en un simple élément monnayable, constitue un miroir inversé des conséquences que la dignité objective pourrait avoir sur la société (B).

A. De la biopolitique

456. Michel FOUCAULT décrit un pouvoir s'exerçant non seulement sur l'individu mais également sur la population prise dans son ensemble, enserrant ces deux champs d'action dans la nacelle d'un contrôle étatique intrusif (1). Il sera montré, à propos de la question des vaccinations obligatoires, que la libre disposition de soi ne devrait pas être sacrifiée aux impératifs d'un bio-pouvoir qui s'apparentent à ceux de la dignité objective (2).

1. le biopouvoir synonyme de la dignité objective

457. Michel FOUCAULT avait envisagé les prémisses d'une société autoritaire, sous l'égide de ce qu'il avait nommé la biopolitique. Ce concept est à mettre en relation avec le sujet tel que le perçoit Michel FOUCAULT : « Qu'est ce qui caractérise le sujet de droit ? C'est qu'il a au départ des droits naturels, bien sûr. Mais il devient sujet de droit, dans un système positif, lorsque ces droits naturels, il a accepté au moins le principe de les céder, il a accepté au moins le principe d'y renoncer, il a souscrit à une limitation de ces droits, il a accepté le principe du transfert. C'est-à-dire que le sujet de droit est par définition un sujet qui accepte la négativité, qui accepte la renonciation à soi-même, qui accepte, en quelque sorte, de se scinder et d'être, à un certain niveau, détenteur d'un certain nombre de droits naturels et immédiats et, à un certain autre niveau, celui qui accepte le principe d'y renoncer et qui va par-là se constituer comme un autre sujet de droit superposé au premier »[579]. C'est dans ce cadre que va pouvoir s'épanouir la biopolitique.

458. Celle-ci s'oppose au pouvoir disciplinaire en ce que ce dernier s'intéresse aux individus, pour les dresser. En revanche, la biopolitique s'adresse à la population prise dans son ensemble, en tant qu'objet autonome d'étude et d'action. C'est ainsi que Michel FOUCAULT écrit que « la discipline essaie de régir la multiplicité des hommes en tant que cette multiplicité peut et doit se résoudre en corps individuels à surveiller, dresser, à utiliser, éventuellement à punir. Et puis la nouvelle technologie qui se met en place s'adresse à la multiplicité des hommes, non

[579] Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France.1976.,* Gallimard, Seuil (1997), page 38.

pas en tant qu'ils se résument en des corps, mais en tant qu'elle forme, au contraire, une masse globale, affectée de processus d'ensemble qui sont propres à la vie, et qui sont des processus comme la naissance, la mort, la production, la maladie, etc. »[580].

459. La biopolitique s'applique à différents domaines : la naissance, au travers des politiques natalistes ; la maladie, par le biais de « la mise en place d'une médecine qui va avoir, maintenant, la fonction majeure de l'hygiène publique, avec les organismes de coordination des soins médicaux, de centralisation de l'information, de normalisation du savoir, et qui prend aussi l'allure de campagne d'apprentissage de l'hygiène et de médicalisation de la population »[581]. Elle pénètre dans des sphères très intimes de la vie, au rang desquelles figure le sexe. Selon Michel FOUCAULT, « au cœur de ce problème économique et politique de la population, [se situe] le sexe : il faut analyser le taux de natalité, l'âge du mariage, les naissances légitimes et illégitimes, la précocité et la fréquence des rapports sexuels (...). (...) Certes, il y avait bien longtemps qu'on affirmait qu'un pays devait être peuplé s'il voulait être riche et puissant. Mais c'est la première fois qu'au moins d'une manière constante, une société affirme que son avenir et sa fortune sont liés (...) à la manière dont chacun fait usage de son sexe »[582]. La biopolitique s'attache également à contrôler toutes les formes d'accidents de la vie, "les infirmités, les anomalies diverses"[583], en mettant en place des mécanismes notamment d'assurance. Enfin, elle s'intéresse au milieu dans lequel vit la population, pour en prendre le contrôle, par exemple par le biais de l'urbanisation.

460. Guillaume LE BLANC note que « le sujet de la biopolitique est la vie[584] qu'il s'agit désormais de faire croître sous toutes ses formes par l'établissement de mesures de détection, de prévention et de correction des pathologies qui la caractérisent »[585]. L'objectif de ce nouveau pouvoir est en effet « d'établir des mécanismes régulateurs qui, dans cette population globale avec son champ aléatoire, vont pouvoir fixer un équilibre, maintenir une moyenne, établir une

[580] Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France.1976.,* Gallimard, Seuil (1997), page 216.
[581] Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France. 1976*, Gallimard, Seuil (2004), pages 216-217.
[582] Michel FOUCAULT*, Histoire de la sexualité. 1. La volonté de savoir*, éditions Gallimard (1976), pages 36-37. Egalement, dans l'ouvrage *Il faut défendre la société* (pages 224-225), Michel FOUCAULT affirme que la sexualité a pris de l'importance au XIXè siècle du fait qu'elle était au carrefour du pouvoir disciplinaire et du bio-pouvoir. Par exemple, « un enfant qui se masturbe trop sera malade toute sa vie : sanction disciplinaire au niveau du corps. Mais, en même temps, une sexualité débauchée, pervertie, etc., a des effets au niveau de la population, puisque celui qui a été débauché sexuellement est censé avoir une hérédité, une descendance qui va être perturbée elle aussi, et ceci pendant des générations et des générations (...). C'est la théorie de la dégénérescence ».
[583] Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société* ..., page 218.
[584] Michel FOUCAULT, *op. cit*., page 213 : « Il me semble que l'un des phénomènes fondamentaux du XIXè siècle a été, est ce qu'on pourrait appeler la prise en compte de la vie par le pouvoir (...) ».
[585] Guillaume LE BLANC, *La pensée Foucault*, Ellipses (2006), page 157.

sorte d'homéostasie, assurer des compensations ; bref, d'installer des mécanismes de sécurité autour de cet aléatoire qui est inhérent à une population d'être vivants, d'optimaliser (...) un état de vie »[586]. Michel FOUCAULT en conclut que « la souveraineté faisait mourir et laisser vivre. Et voilà que maintenant apparaît un pouvoir que j'appellerais de régularisation, qui consiste, au contraire, à faire vivre et à laisser mourir »[587].

461. L'aspect saillant de cette théorie, s'agissant de la libre disposition de soi, concerne le fait que les pouvoirs publics s'attachent à contrôler aussi bien les individus – par le biais du pouvoir disciplinaire-, que la population prise dans son ensemble – par l'entremise du bio-pouvoir-, à tous les stades de la vie, en ce non compris la mort, qui devient le seul moment véritablement intime de l'existence. De même que les dignités subjective et objective permettent de prendre en considération l'individu et l'espèce humaine, le pouvoir disciplinaire et le bio-pouvoir couvrent la personne ainsi que la société. Le parallèle en est d'autant plus frappant que Michel FOUCAULT écrit que le bio-pouvoir se dédie, non « pas [à] l'homme-corps, mais [à] l'homme-espèce »[588], tout comme le sujet de la dignité objective est l'Humanité et non l'individu.

462. Il faut à présent imaginer ce que serait une société exclusivement régulée par un bio-pouvoir. Certains effets, tel que le développement de mécanismes d'assurance, seraient assurément bénéfiques. L'Etat providence actuel, par le biais des contrôles imposés à la population, à l'image de l'inscription tant dans les registres d'Etat civil que dans ceux de la sécurité sociale, apporte ses bienfaits en assurant la sécurité et le confort minimum à chacun. Il apparaît néanmoins que le bio-pouvoir constituerait une étape inacceptable dans la restriction de la libre disposition de soi. Surgiraient immanquablement des abus : l'interdiction d'avoir plus d'un certain nombre d'enfants ou au contraire l'obligation d'en enfanter un certain chiffre, l'interdiction de se sustenter sans ingérer certains aliments rendus obligatoires, le contrôle des conditions d'un habitat qui devrait, par exemple, répartir équitablement les personnes entre la ville et la campagne. Il est en effet à craindre que le bio-pouvoir ne se contenterait pas de mesures incitatives, mais tendrait à imposer des normes impératives de comportements, de sorte qu'il n'existerait plus de libre disposition de soi. L'échelon de la société étoufferait en quelque sorte l'échelon individuel sous ses préceptes de conduites prédéfinies. Or, c'est bien ce qu'il adviendrait d'une société régie par la dignité objective. Les individus dans leur grande majorité

[586] Michel FOUCAULT, *op. cit.*, page 219.
[587] Michel FOUCAULT, *op. cit.*, page 220.
[588] Michel FOUCAULT, *op cit.*, page 216.

n'auraient plus leur mot à dire sur leurs destinées puisque le pouvoir décisionnaire serait confié aux représentants de l'Humanité, personnes triées sur le volet qui auraient pour tâche de déterminer, pour l'ensemble de la société, les normes de conduites à tenir. La traduction politique, tant du biopouvoir que de la dignité objective, est donc l'avènement au pouvoir d'une oligarchie.

463. Le biopouvoir est un danger direct pour la libre disposition de soi. En ce qu'il est une traduction, dans l'univers foucaldien, de la dignité objective, son développement tend à démontrer ce qu'il adviendrait dans une société régulée par ladite dignité. Rien moins que la négation de la libre disposition de soi. Aux fins d'illustrer ce propos, l'on analysera à présent la question de la vaccination obligatoire en ce qu'elle interroge les limites de la disposition de soi confrontée à un impératif du bio-pouvoir, la santé publique.

2. Les vaccinations obligatoires, fer de lance du biopouvoir

464. S'agissant de l'état du droit existant, selon l'article L 3111-2 du Code de la santé publique, onze –et non plus trois- vaccins doivent être obligatoirement pratiqués, sauf contre-indication médicale reconnue[589]. « Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement responsables de l'exécution de cette mesure, dont la justification doit être fournie lors de l'admission dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants »[590]. Au surplus, aux termes de l'article L 3111-4 du Code de la santé publique, les personnes travaillant notamment dans les maisons de retraite, les élèves infirmiers, les internes en médecine ainsi que les laborantins doivent également être vaccinés contre cinq maladies. Les personnes qui ne respecteraient pas ces dispositions se verraient confrontées à la perspective d'un licenciement. C'est en tout cas ce qui

[589] Jacques MOREAU*, Le droit à la santé*, AJDA 1998, page 185 : « si le principe [de la vaccination obligatoire] est aujourd'hui admis, il ne l'a pas été sans vives discussions mettant aux prises l'intérêt de la santé, la liberté individuelle et les droits de puissance paternelle reconnus à chaque chef de famille ».
[590] Article L 3111-2 II du Code de la santé publique.

est arrivé à un employé des pompes funèbres qui refusait de se faire vacciner contre l'hépatite B[591].

465. Tant le Conseil d'état[592] que le Conseil constitutionnel[593] ont fait prévaloir l'ordre public sanitaire[594] sur les revendications individuelles de personnes ne souhaitant pas que leurs enfants

[591] Cour de cassation, chambre sociale, 11 juillet 2012, n° 10-27.888. La chambre sociale de la Cour de cassation a validé la cause réelle et sérieuse d'un licenciement d'un employé de pompes funèbres qui refusait de se faire vacciner contre l'hépatite B, aux motifs que « la réglementation applicable à l'entreprise de pompes funèbres imposait la vaccination des salariés exerçant des fonctions les exposant au risque de la maladie considérée, [que] la cour d'appel, qui a constaté la prescription de cette vaccination par le médecin du travail et l'absence de contre-indication médicale de nature à justifier le refus du salarié, en a exactement déduit que celui-ci ne pouvait s'y opposer ». Lire Valérie PONTIF, *Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement*, Revue de droit du travail 2012. 637 : « La question était en tout cas fort délicate compte tenu des enjeux en cause. D'un côté, le droit fondamental à la protection de la santé, l'obligation réglementaire de vaccination contre l'hépatite B et l'obligation de sécurité de résultat incombant au chef d'entreprise permettent de comprendre la solution adoptée par la Cour ».

[592] Le Conseil d'Etat (26 novembre 2001, n° 222741.) a considéré que « si les dispositions [relatives aux vaccinations obligatoires] ont pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain invoqués par les requérants, elles sont mises en œuvre dans le but d'assurer la protection de la santé, qui est un principe garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958, et sont proportionnées à cet objectif. (...) Dès lors, elles ne méconnaissent pas le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine [et], pour les mêmes raisons, elles ne portent pas une atteinte illégale au principe constitutionnel de la liberté de conscience ». Avant que les onze vaccins ne deviennent obligatoires, il convient de souligner que le Conseil d'état (CE, 8 février 2017, n°397151) avait tout de même rappelé à l'ordre le Ministre de la santé qui ne mettait plus à disposition du public des vaccins permettant de satisfaire aux seules vaccinations obligatoires – trois à la date de la décision. Sur ce dernier arrêt, lire François VIALLA, *Injonction à défaut d'injection disponible – Conseil d'Etat 8 février 2017*, AJDA 2017, page 898 ; Caroline MASCRET, *Le casse-tête juridique de la vaccination obligatoire en France, en l'absence de disponibilité de ces produits sur le territoire*, Les Petites Affiches, 18/04/2017, page 8.

[593] Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015. Les requérants estimaient que, « en imposant une obligation vaccinale contre certaines maladies alors que les vaccins ainsi rendus obligatoires peuvent présenter un risque pour la santé, les dispositions contestées port[ai]ent atteinte au droit à la santé garanti par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; que ce risque serait particulièrement élevé pour les jeunes enfants ; que les maladies pour lesquelles ces vaccins sont obligatoires ont cessé de provoquer un nombre important de victimes en raison de l'amélioration des conditions de vie ; que la loi ne prévoit pas d'examen médical préalable permettant de déceler les contre-indications médicales que la personne peut ignorer ». Le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré que le législateur « a ainsi entendu lutter contre trois maladies très graves et contagieuses ou insusceptibles d'être éradiquées »[593], étant entendu que les obligations peuvent être suspendues et sont conditionnées par l'état de santé préalable de la personne concernée. Sur cette décision, lire Michel VÉRON, *Défaut de vaccination : ne pas confondre Code pénal et Code de la santé publique*, Droit pénal n° 6, Juin 2015, commentaire 83 ; Marie LAMARCHE, *Vaccinations obligatoires des mineurs : pas d'atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé*, Droit de la famille n° 5, Mai 2015, alerte 35 ; Mélina Douchy-Oudot, *Contentieux familial*, Dalloz 2016, page 674 ; Amélie DIONISI-PEYRUSSE, Actualités de la bioéthique, AJ famille 2015, page 192.

[594] Jean-Paul MARKUS, *Du vaccin obligatoire à l'obligation vaccinale*, Droit de la famille n° 6, Juin 2018, 19 : « aux termes du préambule de la Constitution de 1946, alinéa 11, la Nation *« garantit à tous [...] la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs »*. Cette disposition doit être lue de deux manières : elle consacre le droit à la protection de la santé comme un droit subjectif à l'accès aux soins, mais également une obligation objective de l'État de protéger la santé publique, en d'autres termes d'assurer la préservation de l'ordre public sanitaire, composante de la salubrité publique, elle-même composante de l'ordre public ». Dans le même sens, lire Nathalie JACQUINOT, Alexandre MANGIAVILLANO, *Droit constitutionnel*, Dalloz 2016, page 1461 : « la protection de la santé est depuis toujours principalement appréhendée dans sa dimension objective, servant ainsi de fondement à la mise en place de politiques publiques, et ce, au détriment de ses aspects subjectifs, le dro it à la santé n'apparaissant ainsi que secondairement ». Egalement dans le même sens, lire Danièle CRISTOL, *QPC * Droit à la protection de la santé * Alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 * Obligation vaccinale * Conformité à la Constitution*, RDSS 2015, page 364 : « Le droit à la protection de la santé, inscrit à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, n'est donc pas assimilable à un droit subjectif. Il doit s'entendre

se fassent vacciner. Les Sages concluent « qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective », ce qui est tout à fait dans la lignée de la définition de la biopolitique telle que Michel FOUCAULT l'entend. L'autorité étatique prévaut donc sur l'autorité parentale, dans une sphère pourtant a priori privée, celle de la protection infantile. « Le Conseil constitutionnel conforte ainsi une approche « parentaliste» de l'État, dans lequel les parents de l'enfant ressemblent à des délégataires de service public, étant « dans une situation bien proche de celle d'agents publics »[595]. La libre disposition de soi est mise à mal, au nom d'un impératif hygiéniste. Une solution différente est peut-être à attendre de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle les vaccinations obligatoires entrent en conflit avec le droit au respect de la vie privée[596].

466. Que l'on ne s'y trompe pas : l'acte de vaccination est loin d'être physiquement neutre. Par exemple, un « rapport du comité technique de pharmacovigilance de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (...) impute deux décès aux vaccins indiqués dans la prévention des infections à rotavirus, dont le Haut conseil de la santé publique recommande l'usage pour les nourrissons âgés de moins de 6 mois »[597]. En outre, des adjuvants tels que l'aluminium ou le mercure sont présents dans les vaccins et peuvent également produire des effets nocifs de par leur nature même. Viennent également s'ajouter des éléments de nature économico-politique : le manque de transparence des modes de communication des autorités publiques[598], la collusion avec des laboratoires pharmaceutiques toujours plus avides de

dans son acception collective. Le Conseil d'État avait, à cet égard, relevé qu'il s'inscrit dans une longue tradition de police sanitaire, laquelle exprime le devoir imparti aux pouvoirs publics de « protéger collectivement les populations contre les risques qui pourraient menacer leur santé » (CE, Réflexions sur le droit de la santé, EDCE n° 49, La Doc. française, 1998, p. 239) ».

[595] Hakim DAÏMALLAH, *L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel*, Constitutions 2015. 267.

[596] CEDH, Salvetti contre Italie, 9 juillet 2002, 42197/98.

[597] Hakim DAÏMALLAH, *L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel*, Constitutions 2015. 267.

[598] *Vaccins : « C'est le manque de transparence qui alimente la défiance* », Le Monde.fr, 15 mars 2016 : Selon Anne CHAILLEU, « les autorités ont une attitude très paternaliste : « *Ne les affolons pas, ne parlons pas des effets indésirables… »* Pourtant, ce manque de transparence alimente la défiance, car faute d'information le public risque de surestimer grandement les risques, et cela attise finalement les peurs. Il faut répondre à ces questions sereinement, en toute rigueur scientifique. On ne peut pas faire de médecine avec des dogmes ou des tabous ».

profits[599], et l'émergence inquiétante de scandales sanitaires[600]. Enfin, après tout, « parmi les pays industrialisés, seules la France et l'Italie ont encore des obligations vaccinales »[601]. Or, les autres Etats notamment européens ne connaissent pas de recrudescence inquiétante de pandémies mortelles.

467. Le point crucial paraît être posé par le Conseil Consultatif National d'Ethique, le 22 juin 2006, qui met en exergue que la problématique de la vaccination obligatoire se situe entre l'individuel et le collectif : « protéger le groupe signifie nécessairement limiter la liberté de la Personne »[602]. C'est là tout l'enjeu de la vaccination. Les autorités publiques imposent en effet l'organisation systématique d'un processus mettant en jeu à la fois l'intégrité physique, la notion de choix personnel d'une part, et l'intérêt collectif d'autre part. Qu'adviendrait-il si l'on passait d'un système d'obligations à un système de pures recommandations et que l'on s'en remettait par-là à la conscience responsable de chacun ? Que doit-on faire prévaloir entre l'intérêt collectif et la sauvegarde des choix individuels ? La libre disposition de soi doit-elle primer le bio-pouvoir sanitaire ?

468. A première vue, l'on pourrait penser que si le collectif meurt, l'individuel ne pourra perdurer. En d'autres termes, dans l'hypothèse où un grand nombre d'individus déciderait que la vaccination est trop dangereuse et opaque, l'on imagine alors que de graves maladies seraient susceptibles de réapparaître et de provoquer conséquemment une hausse du taux de mortalité. Il convient en effet de rappeler que la couverture vaccinale d'une population permet également, à un certain niveau, de protéger les personnes qui ont refusé, délibérément ou par négligence, de se prémunir contre l'apparition des maladies mortelles concernées[603]. « Mesure de

---

[599] *Vaccins : « C'est le manque de transparence qui alimente la défiance »,* Le Monde.fr, 15 mars 2016. : par exemple, « Le site Infovac.fr, qui est un des principaux sites d'information sur les vaccins, a aussi des liens avec l'industrie pharmaceutique. Les experts qui s'expriment sur le site, bien que présentés comme *"indépendants des firmes pharmaceutiques"*, ont plusieurs contrats avec l'industrie, selon les déclarations d'intérêts publiées sur le site ». Voir également, *Non à l'ingérence des lobbys dans la concertation publique sur le vaccin*, Le Monde.fr, 2 février 2016 : « à cela s'ajoutent les scandaleux profits des « majors » pharmaceutiques. Le secteur pharmaceutique est même de très loin la première industrie mondiale en termes de bénéfices (120 milliards d'euros en 2014) exprimés en pourcentage du chiffre d'affaires, avec une moyenne de 20 %. Dans un rapport paru en 2012, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) estimait que, sur les 700 nouveaux médicaments mis en vente par les grands groupes pharmaceutiques sur la décennie 2001-2011, seuls 4 % présentaient un intérêt essentiel ».

[600] *Non à l'ingérence des lobbys dans la concertation publique sur le vaccin*, Le Monde, 2 février 2016 : « Les fondements de notre République sont sapés par la généralisation de la corruption, la banalisation des conflits d'intérêts, le lobbying institutionnel des multinationales et la faiblesse des moyens de contrôle démocratique dans l'exécution des politiques publiques. Ces dernières années, les scandales sanitaires ont fleuri, des 94 millions de doses de vaccins commandés pour rien contre la grippe H1N1 à l'affaire du Mediator (plus de 1 300 morts) ».

[601] http://www.hcsp.fr/Explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=455

[602] CCNE, avis n°92 sur le dépistage de la tuberculose et la vaccination par le BCG, 22 juin 2006.

[603] Jean-Paul MARKUS, *Du vaccin obligatoire à l'obligation vaccinale*, Droit de la famille n° 6, Juin 2018, 19 : « La vaccination étant conçue médicalement comme un outil de protection collective contre des infections à

prophylaxie individuelle et collective, la vaccination n'est assurément pas une démarche anodine et sans risque. Statistiquement cependant, la possibilité d'être victime d'un effet indésirable post-vaccinal est bien moindre que le risque de développer une maladie grave en refusant une vaccination »[604].

469. On peut cependant « émettre quelques doutes sur la nécessité de rendre obligatoire davantage de vaccins, notamment à l'aune de contre-exemples de droit comparé. L'obligation vaccinale peut apparaître comme à contre-courant des politiques de santé actuelles. Au sein des pays européens, 15 pays n'imposent aucune obligation vaccinale. La plupart des vaccins sont recommandés et le taux de couverture vaccinale n'est pas forcément plus mauvais »[605]. En d'autres termes, la libre disposition de soi n'a pas à être mise à mal par l'instauration de vaccins obligatoires, là où la discussion et la recherche concertée d'un consensus fonctionnent au sein d'autres Etats de l'Union Européenne.

470. Michel FOUCAULT situe la naissance de la biopolitique vers la fin du XVIIIe siècle et le XIXe siècle. Mais qu'en est-il aujourd'hui, au XXIe siècle, dans notre espace économiquement ultralibéral ?

B. Du néolibéralisme

471. Il s'agit à présent de retracer la naissance du néo-libéralisme (1), aux fins de démontrer que ce cadre, initialement économique, a débordé sur des aspects de l'intimité des individus, dénaturant notamment les rapports que l'homme entretient avec son corps (2). A l'image de dignité objective, le bio-pouvoir contraint la libre disposition de soi pour la réduire à la portion congrue, tandis que le système néo-libéral la pervertit.

1. De l'histoire du néolibéralisme

472. La question économique s'est construite au fil des siècles et n'est pas le produit d'une pensée spontanée. « Considérer l'échange comme avantageux aux deux parties représente un

caractère épidémique par ce qu'on appelle « l'immunité de groupe », il convient de vacciner chacun pour le bien de tous. Ainsi, les vaccins contre les infections contagieuses comme la rougeole ou la tuberculose n'ont d'efficacité que par une couverture de la population de l'ordre de 90 % ».

[604] François VIALLA, « Vaccinations obligatoires : *σηπτικόσ* (*sêptikos*) ou *σκεπτικόσ* (*skeptikos*) *?* », Dalloz 2017, page 2584.

[605] Centre De Recherche Droits Et Perspectives Du Droit (crdp) - L'eradp De L'université De Lille 2 Droit Et Santé, *Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 15 (2e partie*), LPA 25 sept. 2018, n° 139, page 6. Pour une appréciation critique de l'augmentation des vaccins obligatoires, Marie-Liesse GUINAMANT, *Convaincre par la contrainte* ?, Gazette du Palais, 19/09/2017, n°31, page 12: « est envisagé de rendre obligatoires davantage de vaccins, de manière temporaire, pour restaurer la confiance dans ces derniers. L'incohérence d'une telle idée pourra surprendre : contraindre pour convaincre ne va pas de soi ».

changement fondamental, et signale l'accession de la catégorie économique. Or précisément ce changement se produit dans la période mercantiliste, non pas tout d'un coup mais progressivement »[606].

473. Ainsi, John LOCKE met-il la propriété au centre de sa théorie de la société humaine. Là où régnait les liens de subordination, il introduit des rapports d'égalité entre les individus, chacun propriétaires d'eux-mêmes, de la terre et de tout ce qu'ils en retirent. La propriété, catégorie économique, n'est plus fondée sur les besoins de l'homme, mais sur son travail. Il peut donc l'accumuler, si tel est son désir[607]. « Avec la propriété, quelque chose qui est exclusivement de l'individu est placé au centre d'un domaine qui était gouverné jusque-là par des considérations holistes, hiérarchiques »[608]. John LOCKE introduit donc les prémisses de considérations économiques.

474. Bernard de MANDEVILLE, avec La fable des abeilles, ou Vices privés, bénéfices publics continue cette œuvre. « Le sous-titre résume l'argument du poème : une ruche, miroir de la société humaine, vit dans la corruption et la prospérité. Elle éprouve une certaine nostalgie de la vertu, et prie pour la retrouver. Lorsque leur prière est exaucée, une transformation extraordinaire a lieu : avec le vice disparaissent activité et prospérité, remplacées par l'inactivité, la pauvreté et l'ennui, dans une population fort réduite »[609]. Ainsi, la raison pour laquelle les hommes vivent en société ne tient pas à un quelconque altruisme et amour du prochain, mais à leurs besoins matériels. La relation aux choses prime celles entre les individus : ceci figure la montée en puissance de l'économie et du marché. « MANDEVILLE se fixe sur le gain, la richesse, la prospérité matérielle comme le cœur de la vie sociale. On peut prendre la Fable, et spécialement le poème lui-même, comme traitant d'un bout à l'autre de ce changement de primauté : la moralité convient (peut-être) à la société petite et stagnante d'hier, mais non à la société grande et puissante –l'économie- d'aujourd'hui »[610].

475. Dans la même veine, selon Adam SMITH, « même s'il n'y a pas de bienveillance réciproque entre les hommes, le lien social n'est pas rompu pour autant. Il continue de se maintenir pour des raisons « économiques »[611]. Il faut en outre citer cette formule célèbre de La Richesse des Nations : « ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de biens ou

[606] Louis DUMONT, *Homo aequalis I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Gallimard (1985), page 45.
[607] Louis DUMONT, *ibid.*, pages 72-73.
[608] Louis DUMONT, *ibid.*, page 75.
[609] Louis DUMONT, *ibid.*, page 86.
[610] Louis DUMONT, *ibid.*, page 99.
[611] Pierre ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Seuil (1999), page 40.

du boulanger que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts. Nous ne nous adressons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme ; et ce n'est jamais de nos besoins que nous leur parlons, c'est toujours de leur avantage ». Selon Adam SMITH, la « main invisible » règle les rapports sociaux et politiques. Il n'est plus besoin de structures pour fonder la société, le marché régulant l'ensemble des rapports humains de manière harmonieuse, si la liberté lui en est donnée. Le lien économique est le « véritable ciment de la société »[612] et le marché « un opérateur de l'ordre social »[613].

476. Cette mise en place d'un marché économique et social tient également à l'intervention étatique. « En maintenant le principe d'un commerce local non concurrentiel et assuré de ville à ville, les bourgeois empêchaient par tous les moyens à leur disposition l'absorption des campagnes dans l'espace du commerce (...). Ce fut cette évolution qui contraignit l'Etat territorial à se porter au premier plan comme instrument de la « nationalisation » du marché et comme créateur du commerce intérieur. Aux XVe et XVIe siècles, l'action délibérée de l'Etat imposa le système mercantile au protectionnisme acharné des villes et des principautés »[614]. Sous cette action, et au fil des siècles, le marché instaure une mainmise sur l'ensemble des forces de production : le travail, la terre et la monnaie. Ainsi, « (...) la société est gérée en tant qu'auxiliaire du marché. Au lieu que l'économie soit encastrée dans les relations sociales, ce sont les relations sociales qui sont encastrées dans le système économique »[615], ce en raison de la nature biologique de l'homme, qui le conduit à produire à tout crin, pour satisfaire ses besoins élémentaires, notamment de nourriture[616].

477. Le marché et le capitalisme vécus comme des vertus sociales atteignent leur apogée avec des auteurs comme Friedrich August HAYEK ou Robert NOZIK. Le premier attaque violemment, dans La route de la servitude, le planisme ou collectivisme, lequel détruirait la liberté et la démocratie au profit d'un autoritarisme forcené. A l'inverse, « la transformation progressive d'un système rigidement hiérarchique en un régime où l'homme peut au moins essayer de modeler son destin, où il a l'occasion de connaître plusieurs genres de vie et de choisir entre eux, cette transformation est étroitement liée au développement du commerce »[617].

---

[612] Pierre ROSANVALLON, *ibid*., page 69.
[613] Pierre ROSANVALLON, *ibid.*, page 70.
[614] Karl POLANYI, *La Grande Transformation*, Gallimard (1983), page 114.
[615] Karl POLANYI, *ibid*., page 104.
[616] Jérôme MAUCOURANT, *Avez-vous lu Polanyi ?*, Flammarion (2011), page 146 : « Or, pour que l'homme soit prêt à s'offrir de façon permanente sur les marchés, il faut que son comportement économique soit déterminé par des considérations strictement économiques ; il n'est plus possible de conditionner la disponibilité du travail à un complexe de motivations sociales dont l'économie ne serait qu'un élément subsidiaire. Cela implique que le gain doit être ce motif déterminant des comportements économiques ».
[617] Friedich August HAYEK, *La route de la servitude*, PUF (2011), page 18.

La concurrence est définie comme un bienfait car elle permet à l'individu d'exprimer ses pleines capacités, de choisir entre plusieurs voies possibles, étant entendu que ce dernier est l'acteur le plus légitime à effectuer ce type de tâches, les conditions économiques variant sans cesse et empêchant une planification a priori des actions à accomplir[618]. La conséquence en est que « l'Etat devrait se limiter à établir des règles adaptées aux conditions générales, aux situations-types et garantir à l'individu la liberté d'action dans toutes les circonstances spécifiques, car seul l'individu peut connaître parfaitement ces circonstances particulières et régler sa conduite en conséquence »[619]. La contrepartie de ce système de raisonnement est la responsabilité personnelle : « la responsabilité est pour Hayek une condition nécessaire de la liberté qui ne peut pas se perpétuer dans un régime qui déresponsabiliserait les individus. Chacun doit supporter les conséquences entières de ses actes (...). La responsabilité joue un si grand rôle dans les vues de Hayek car celui-ci ôte toute garantie externe (de la religion, de l'Etat, etc.) au choix individuels. Il accroît en conséquence la responsabilité personnelle des actes : dans la catallaxie [résultat de l'ordre spontané][620], point de salut »

478. Quant à Robert NOZIK, il propose un Etat minimal composé d'agences de protection indépendantes. « [L'agence] est la seule à faire effectivement respecter l'interdiction frappant les procédures peu fiables à d'autres personnes (les nommant comme elles les considèrent), et à surveiller ces procédures. De même l'agence protège ceux qui ne sont pas clients dans ce territoire à qui elle interdit d'utiliser des procédures autonomes contre ses propres clients, dans leurs affaires avec ses clients, même si une telle protection doit être financée (...) par ses clients. Elle est moralement tenue d'agir ainsi en vertu du principe de compensation, qui exige que ceux qui agissent par légitime défense en vue d'augmenter leur propre sécurité offrent une

[618] Friedich August HAYEK, *ibid*., pages 33, 42. Voir également dans *Droit, législation et liberté*, PUF (2007), page 143 : « Hormis la plus rudimentaire des organisations, l'on ne peut en imaginer aucune où tous les détails de toutes les activités soient gouvernés par un esprit unique ».

[619] Friedich August HAYEK, *ibid.*, page 60. Voir également, *Droit, législation et liberté*, PUF (2007), page 146 : « C'est là le point central de l'argumentation contre l'immixtion ou « intervention » dans l'ordre du marché. De tels commandements au coup par coup, prescrivant des actions spécifiées à tel ou tel membre de l'ordre spontané ne peuvent jamais améliorer cet ordre et lui nuisent au contraire ; la raison en est qu'ils porteront sur un segment d'un système d'actions interdépendantes, actions déterminées par des informations et guidées par des objectifs qui ne sont connus que des multiples acteurs intéressés, mais non de l'autorité intervenante ».

[620] Gilles CAMPAGNOLO, *Friedich von Hayek, représentant du libéralisme « autrichien » du XXè* siècle, dans *La pensée libérale, Histoire et* controverses, sous la direction de Gilles KÉVORKIAN, Ellipses (2010), pages 170-171.

compensation à ceux à qui ils interdisent d'accomplir des actions risquées qui peuvent effectivement se révéler sans danger, en raison des désavantages que cela leur impose »[621].

479. Cette description de l'émergence de l'économie, du marché capitaliste et de l'Etat conséquemment minimal qui en résulte accomplie, il convient à présent de se poser la question de la légitimité du système ainsi proposé. Selon Pierre DARDOT et Christian LAVAL, « deux grandes poussées parallèles ont eu lieu : la démocratie politique et le capitalisme. L'homme moderne s'est alors dédoublé : le citoyen doté de droits inaliénables et l'homme économique guidé par son intérêt, l'homme comme "fin" et l'homme comme "outil". L'histoire de cette "modernité" a consacré un déséquilibre en faveur du second pôle »[622].

480. Ce mécanisme s'est mis en place de manière insidieuse, par la mise sous tutelle de l'individu par l'entreprise, non pas au grand jour, mais de manière subreptice, par un effet d'auto-suggestion. Ainsi, « l'effet recherché par les nouvelles pratiques de fabrication et de gestion du nouveau sujet est de faire que l'individu travaille pour l'entreprise comme si c'était pour lui-même, et de supprimer tout sentiment d'aliénation et même toute distance entre l'individu et l'entreprise qui l'emploie. Ce dernier doit travailler à sa propre efficacité, à l'intensification de son effort, comme si cette conduite de soi venait de lui, comme si elle lui était commandée de l'intérieur par l'ordre impérieux de son propre désir auquel il ne saurait être question de résister »[623].

481. Au surplus, ce phénomène ne touche pas le seul aspect professionnel de la vie de l'individu, mais l'atteint dans toutes les facettes de sa personnalité. Pierre DARDOT et Christian LAVAL expliquent en effet que « tous les domaines de la vie individuelle deviennent potentiellement des "ressources" indirectes pour l'entreprise puisqu'ils sont l'occasion pour l'individu d'accroître sa performance personnelle ; tous les domaines de l'existence sont du ressort du management de soi. C'est donc la subjectivité entière, et par seulement l'"homme au travail", qui est convoquée à ce mode de gestion, et c'est d'autant plus le cas que l'entreprise recrute et évalue selon des critères de plus en plus "personnels", physiques, esthétiques, relationnels et comportementaux »[624].

482. Les conséquences de ce mécanisme sont multiples et sont toutes néfastes. La face sombre de l'intégration de l'individu par l'entreprise et ses objectifs de "performance

[621] Robert NOZIK, *Anarchie, État et utopie*, PUF (2012), page 145.
[622] Pierre DARDOT et Christian LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, La Découverte (2009), page 404.
[623] Pierre DARDOT et Christian LAVAL, *op. cit.*, pages 408-409.
[624] Pierre DARDOT et Christian LAVAL, *op. cit.*, page 426.

maximale"[625] se constitue de phénomènes massifs de dépression[626], de transformation de l'identité comme "produit consommable"[627], et surtout de "la surveillance de plus en plus dense de l'espace public et privé, [de] la traçabilité de plus en plus précise des mouvements des individus dans les réseaux, [de] l'évaluation de plus en plus sourcilleuse et mesquine de l'activité des individus, [de] l'action de plus en plus prégnante des systèmes fusionnés d'information et de publicité, et, peut-être surtout, [d]es formes de plus en plus insidieuses d'autocontrôle des sujets eux-mêmes"[628].

483. L'on doit à présent s'intéresser aux effets que le système néo-libéral a sur la libre disposition de soi, pour les comparer à ceux de la dignité objective, ce dont il résultera que cette dernière constitue un autre instrument d'aliénation de l'homme.

2. « L'homme aux cellules d'or »[629] :

484. « En 1974, M. John Moore, qui était atteint d'une leucémie, suivait un pénible traitement au centre médical de l'Université de Californie. Or, l'examen de sang révéla une divine surprise : il contenait des substances uniques au monde qui permettraient peut-être de traiter certaines formes de cancer et même le SIDA. Sans en toucher le moindre mot à leur patient, les médecins décidèrent de le mettre à contribution ou, pour être plus précis, de le mettre en exploitation. C'est ainsi (…) qu'on le ponctionna, on le saigna, on lui soutira de la peau, du sérum et même, sait-on jamais du sperme et de la moelle épinière, durant près d'une dizaine d'années. Mieux encore, il fut décidé en octobre 1976 qu'on procèderait à l'ablation de sa rate (…) et que chacun des médecins concernés en aurait sa part ». Lorsqu'il découvrit que l'on avait exploité ces cellules, Monsieur Moore décidait d'ester en justice contre le personnel soignant.

485. La Cour d'appel de Californie énonça « qu'on ne peut pas dire qu'une personne n'a point un droit de propriété sur les matières (materials) qui firent, un jour, partie de son corps »[630]. Or, si l'on « poussait la logique du droit de propriété jusqu'au bout, on pourrait

---

[625] Pierre DARDOT et Christian LAVAL., *op. cit.,* page 437 : "Ce n'est plus l'équilibre, la moyenne, c'est la performance maximale qui devient le point de visée de la "restructuration" que chacun doit opérer sur soi".
[626] Pierre DARDOT et Christian LAVAL, *op. cit.*, pages 446-447 : " Pour A. Ehrenberg, le culte de la performance conduit le plus grand nombre à faire l'épreuve de son insuffisance et à produire des formes dépressives à grande échelle (...). La dépression est en réalité l'envers de la performance, une réponse du sujet à l'injonction de se réaliser et d'être responsable de soi, de se dépasser toujours plus haut dans l'aventure entrepreunariale".
[627] Pierre DARDOT et Christian LAVAL, *op. cit.*, page 448.
[628] Pierre DARDOT et Christian LAVAL , *op. cit.,* pages 454-455.
[629] Bernard EDELMAN, *La personne en danger*, PUF (1999), page 289.
[630] Ibidem, page 295.

acquérir un organe par prescription c'est-à-dire en le possédant un certain temps, de même qu'on pourrait le perdre si on n'en faisait pas usage durant un certain temps ; ou bien encore, et cela est bien plus grave, on pourrait le vendre »[631].

486. La Cour « reconnaît [pourtant] qu'une personne humaine est bien propriétaire de ses « tissus » mais qu'il n'est point certain, au niveau de la réparation, qu'elle obtiendra quelque chose »[632]. La Cour se livre ici à un raisonnement économique : « le juge qui se prononcera sur l'étendue du préjudice subi pourra, à la limite, décider que M. Moore n'a droit à aucune réparation sinon symbolique. Autrement dit encore, il n'est point du tout impossible que le travail fourni sur ses tissus ne l'emporte, quant à la valeur, sur les tissus eux-mêmes »[633].

487. Il ressort de cette étude d'arrêt que la conception néolibérale dénature le rapport que l'individu entretient avec son corps. La libre disposition de soi ne saurait en effet se traduire en un droit de propriété sur le vivant. A l'instar du juge dissident, il faut asséner qu' « il y a, dans une société civilisée, des choses que l'argent ne peut pas acheter … Il y a, en bref, des valeurs qu'une société juge plus importantes que la recherche effrénée de la richesse qui serait construite par l'achat de la peine, de l'amour ou de la vie »[634]. Les dérives de la marchandisation du vivant sont extrêmes et peuvent notamment comprendre l'hypothèse de la vente légale d'organes en provenant des Etats les plus pauvres et à destination du riche Occident. Le néolibéralisme laisse entrer la logique économique dans une sphère où elle n'a pas vocation à s'appliquer : celle de la disposition de son corps par l'individu. Si ce dernier doit se voir reconnaître un droit de se faire mal, de s'endommager, en d'autres termes, d'user de lui comme il l'entend, ces comportements ne doivent pas pouvoir s'acheter ou se vendre au plus offrant. Ce serait alors la négation de la valeur de chaque individu.

488. Or, malgré des apparences trompeuses, la dignité objective, à l'instar du néolibéralisme, impose une vue sans nuances, bien qu'inversée. L'individu ne peut certainement pas s'avilir, ou se faire du mal, que ce soit ou non contre espèces sonnantes et trébuchantes. Eu égard au fait qu'il ne s'appartient pas, il se doit de respecter un standard prédéterminé, ce qui est une autre manière de désigner la mainmise de la morale prédominante sur des matières par essence privées. C'est au nom de la dignité objective que sont rejetées la gestation pour autrui, la prostitution, pêle-mêle avec les rapports sadomasochistes. Tout est imaginable : des aliments interdits, la cigarette bien entendu rendue hors la loi, mais également des individus privés de

[631] Ibidem, page 295.
[632] Ibidem, page 297.
[633] Ibidem, page 297.
[634] Ibidem, page 303.

l'espace public car non habillés décemment, le contrôle des pratiques sexuelles avec l'installation de caméras individuelles dans les chambres, l'interdiction des performances d'artistes qui se pendent au moyen de crochets insérés sous la peau ... Finalement, la dignité objective, appliquée à grande échelle, devient une nouvelle morale fort austère et paradoxalement inhumaine car ne laissant aucun espace de respiration libre. Elle vaincra la liberté individuelle et formera une société autoritaire où il ne fera pas bon vivre.

489. A l'issue de cette première section, l'on constate que la dignité objective ne saurait se fonder ni sur l'essentialisme de KANT, ni sur le conséquentialisme de MILL. En sus d'être une valeur en apesanteur, la dignité objective appliquée à l'ensemble de la société ne pourrait que se muer en instrument de pouvoir entre les mains des personnes socialement et financièrement les plus influentes. Ce sont ces dernières qui décideraient en fonction de critères qui leur seraient propres de la destinée de la population jusque dans le secret des alcôves. La libre disposition de soi n'y survivrait pas. La dignité objective a donc pour conséquence la mise sous tutelle de la personne humaine.

SECTION II CONSÉQUENCE : LA MISE SOUS TUTELLE DE LA PERSONNE HUMAINE

490. Sous le règne de la dignité objective, l'individu ne s'appartient plus, sa vie étant dédiée à l'accomplissement de son Humanité et non de ses désirs personnels. Il est regrettable de placer ainsi l'individu sous un régime de représentation alors même qu'il est doué de discernement et apte à prendre des décisions (§1). Par ailleurs, même dans les hypothèses où il n'y d'autre choix que de décider à la place de l'individu hors d'état d'exprimer une opinion, la dignité objective n'apparaît pas comme un principe adapté en ce qu'il est très difficile d'imposer une autorité suffisamment sage et légitime propre à discerner entre les actes dignes et indignes. La dignité objective, principe initialement conçu pour ne pas tenir compte des opinions ponctuelles des uns et des autres, apparaît néanmoins vouée à la contingence, ce qui la vide de son contenu et de sa fonction initiale (§2).

§1 Le refus de reconnaissance d'un droit à la différence

491. Le droit demeure sévère à l'encontre des personnes qui ne correspondent pas au standard de feu le bon père de famille. Lorsque des individus sortent de la norme sociale, ils sont appelés à retrouver leur discrétion sur le fondement soit de la dignité objective, soit d'un ordre public qui demeure mâtiné de cette même dignité objective. C'est le cas fameux du nain lancé dans

les airs (A), mais également des personnes sans domicile fixe chassées des centre-villes touristiques (B), et enfin des femmes musulmanes désirant porter la burqa (C).

A. L'arrêt fondateur *Communes de Morsang sur Orge et d'Aix en Provence*

492. En l'espèce, il s'agissait de savoir si des spectacles consistant à lancer dans les airs un nain, pourvu d'un costume comprenant une boucle, puis à le laisser retomber sur un tapis, devaient être ou non interdits. Une circulaire ministérielle enjoignait les Maires de ne pas laisser ces spectacles se dérouler dans leur commune, ce qu'avaient appliqué les deux Officiers Ministériels des Communes sus-citées. Néanmoins, le nain acteur du spectacle s'est trouvé fort marri de cette situation car son emploi forain lui procurait à la fois une place dans la société ainsi qu'une rémunération substantielle.

493. Le Conseil d'Etat a énoncé que « considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine ; considérant que l'attraction de « lancer de nain » consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération »[635].

494. Cet arrêt présente des intérêts multiples. Il limite la libre disposition du nain acteur du spectacle contre sa volonté. Pour se faire, le Conseil d'Etat n'hésite pas à ériger pour la première fois la dignité objective en composante de l'ordre public, donnant naissance un ordre immatériel non lié à des circonstances locales particulières matérielles et extérieures.

495. Refusant d'accepter cette limitation de sa libre disposition, Monsieur Wackenheim a tout d'abord porté l'affaire devant la Commission européenne des droits de l'homme[636], qui a rejeté l'ensemble des points de droit soulevés en arguant soit de leur absence de pertinence

[635] Conseil d'Etat, 27 octobre 1995, n°136727.
[636] Commission européenne des droits de l'homme, 16 octobre 1996, requête N° 29961/96.

(droit à la liberté et à la sûreté) soit du fait qu'ils n'avaient pas été précédemment invoqués devant le Conseil d'Etat et conséquemment que toutes les voies de recours internes n'étaient pas épuisés (droit à la vie privée, principe de non-discrimination). Monsieur Wackenheim ne s'est pas découragé et a saisi le Comité des droits de l'homme des Nations unies, sans plus de succès[637]. La volonté individuelle n'a donc pas triomphé de la dignité objective, imposée à Monsieur Wackenheim contre son gré.

496. La doctrine s'est elle-même trouvée fort divisée au regard de la solution dégagée par le Conseil d'Etat. Jean-Pierre THÉRON fustige le fait que la Haute juridiction administrative « pose de manière péremptoire un principe qu'il intègre dans la notion juridique d'ordre public, sans que l'on puisse en apprécier la teneur exacte ». Il explique cette attitude « plus largement [par] un phénomène plus général de juridicisation à tout prix » et déplore « les conséquences du principe [qui] ne peuvent être que variables en fonction de l'idée que le juge se fera de la dignité »[638]. De manière identique, Virginie SAINT-JAMES pointe le fait que « par son imprécision, le concept de dignité humaine laisse prévoir des difficultés, voire des disparités d'appréciation de la part des juges »[639]. Dissertant de manière plus générale sur la dignité, Diane ROMAN en critique la conception objective, qui en fait un droit de l'humanité que l'homme n'est plus légitime à contrôler. « Or, des auteurs ont fort bien montré les conséquences d'un tel postulat. Il ramène la définition de l'homme à un fait biologique : l'appartenance au genre humain. L'individu étant l'exemplaire particulier d'un genre commun, son identité réside dans son appartenance à l'humanité. Ceci lui impose une obligation, celle de respecter son appartenance. (...) En conséquence, la définition de la dignité n'est plus synonyme de liberté mais d'obligation »[640]. Quant à Emmanuel DREYER, il estime que « l'on peut admettre que des impératifs de sécurité juridique justifient que la personne soit protégée contre elle-même lorsqu'un danger pour sa vie est objectivement appréciable. Mais, la même démarche ne peut

[637] Wackenheim contre France, 26 juillet 2002 : « l'interdiction du lancer prononcée par l'Etat partie dans la présente affaire s'applique uniquement aux nains (...). Toutefois, si ces personnes sont visées à l'exclusion des autres, la raison en est qu'elles sont seules susceptibles d'être lancées. Ainsi, la distinction entre les personnes visées par l'interdiction, à savoir les nains, et celles auxquelles elle ne s'applique pas, à savoir les personnes qui ne sont pas atteintes de nanisme, est fondée sur une raison objective et n'a pas d'objet discriminatoire. Le Comité considère que l'Etat partie a démontré, en l'espèce, que l'interdiction du lancer de nains tel que pratiqué par le requérant ne constituait pas une mesure abusive mais était nécessaire afin de protéger l'ordre public, celui-ci faisant notamment intervenir des considérations de dignité humaine qui sont compatibles avec les objectifs du Pacte. En conséquence, le Comité conclut que la distinction entre le requérant et les personnes auxquelles l'interdiction prononcée par l'Etat partie ne s'applique pas reposait sur des motifs objectifs et raisonnables ».

[638] Jean-Pierre THÉRON, *Dignité et libertés Propos sur une jurisprudence contestable*, in *Pouvoir et liberté, études offertes à Jacques MOURGEON*, éditions Bruylant-Bruxelles (1998), page 295.

[639] Virginie SAINT-JAMES, *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français*, Dalloz 1997, page 61.

[640] Diane ROMAN, « *A corps défendant », la protection de l'individu contre lui-même,* Dalloz 2007, page 1284.

être suivie au nom de la dignité qui est un impératif d'ordre moral. Laissons à d'autres le soin de sauvegarder l'âme humaine : en droit, la volonté individuelle doit être respectée »[641]. Olivier CAYLA est pour sa part très sévère et affirme que les arrêts de 1995 ont introduit une conception « antimoderne » de la dignité. Il ajoute que « le juge administratif introduit nettement, sans toutefois la nommer, l'idée de faute, c'est-à-dire, dans la perspective morale du caractère absolument sacré d'une humanité transcendante et indisponible, d'un péché si grave et manifeste qu'il ne devrait se traduire juridiquement que par sa répression par la loi pénale ». Selon lui, l'arrêt « revient aussi à faire (...) une discrimination entre les nains et les non-nains dans la possibilité d'accès à une activité de spectacle, en n'admettant pas des premiers qu'ils puissent comme les autres tirer parti professionnel, comme ils l'entendent, de leur trait particulier (....), et donc à leur dire, non sans quelque hypocrisie, qu'ils ont bien sûr le droit de vivre comme tout le monde, pourvu qu'ils sachent demeurer discrets et effacés, et n'affichent pas leur nanisme »[642]. Enfin, et la liste n'est pas exhaustive, Gilles LEBRETON affirme qu'en tant que « concept absolu », la dignité est (...) érigée par les arrêts de 1995 comme un principe de droit naturel, qui se situe au-dessus de toute discussion, et dont le contenu, déterminé par les Sages autoproclamés que sont les membres du Conseil d'Etat, s'impose à tous, indépendamment de toute circonstance locale. (...) Ce faisant, il a cédé à la tentation antidémocratique de l'ordre moral (...) »[643].

497. En revanche, Laurence HARANG écrit que « l'idée de profiter de l'incapacité physique d'un être nous semble hautement condamnable. Ainsi, la réprobation morale n'est pas nécessairement équivalente à la morale des « bonnes mœurs », mais témoigne de l'unité du genre humain : retrouver en chacun de nous « un sentiment d'humanité ». (...) Certes, il est possible de ne pas exiger de l'individu une conduite digne mais le prix à payer est d'être traité comme une chose »[644]. Bertrand MATHIEU, quant à lui, « souscrit au raisonnement » du juge

[641] Emmanuel DREYER, *Les mutations du concept juridique de dignité*, RRJ 2009-1, page 19.
[642] Olivier CAYLA, *Le coup d'État de droit ?*, Le débat, numéro 100, mai-août 1998, page 108. Dans le même sens, Laurence WEILL in *La dignité de la personne humaine*, Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET (sous la direction de), Economica (1999), pages 102-103 : « En effet la personne de petite taille se voit ici opposer et imposer à elle-même un handicap qu'elle ne revendique pas de son propre chef. Cette subjectivité du handicap permet en réalité, sous des allures juridiques, son traitement sur un terrain beaucoup plus délicat des mœurs d'une société face à la question du normal et de l'anormal, de la différence et de la manière dont elle doit être intégrée ».
[643] Gilles LEBRETON, *Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine*, *Mélanges Patrice GÉLARD*, Montchrestien (1999), page 53. De manière plus neutre, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (in Charlotte GIRARD et de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (sous la dir. de) *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF (2005), pages 68-69) écrit que « la doctrine administrative considère le principe de dignité comme une notion axiologique, comme une valeur plus que comme un principe juridique de "droit commun". A la faveur de la juridicisation du principe de dignité, se joue quelque chose de l'ordre d'une réactivation de modes pensées jusnaturalistes dans la doctrine juridique française ».
[644] Laurence HARANG, *La reconnaissance de la dignité : paradoxe et interrogation*, RRJ 2008-2, page 841.

administratif[645]. Bernard EDELMAN écrit que « soutenir que le Conseil d'Etat entendrait « moraliser l'individu » et le restreindre dans sa conduite privée revient à situer la dignité dans le paradigme de la liberté. (....) Mais, si l'on se situe dans le paradigme de l'humanité, la perspective change du tout au tout : la défense de la dignité n'a plus affaire à l'individu « libre » mais à l'individu qui appartient à l'humanité. Il en résulte que toute considération relative à sa plus ou moins grande liberté n'a plus de raison d'être (...) Le sens profond de cette décision est donc clair ; un individu ne peut s'exclure, de lui-même de l'humanité ; son consentement est en quelque sorte subordonné à sa qualité d'être humain. En deux mots, un homme n'est pas libre de renoncer à sa qualité d'homme »[646]. A rebours de ses détracteurs, Francis HAMON considère que la dignité est « une notion suffisamment précise pour permettre au juge administratif d'exercer un contrôle strict sur les mesures qui pourront être prises dans ce domaine par l'autorité municipale »[647].

498. Au travers de ces arrêts, le Conseil d'état a introduit la dignité objective comme un instrument de limitation drastique de la libre disposition de soi. Les juges se sont ici érigés en législateur en créant de toutes pièces un nouvel ordre public immatériel, dont la violation est reconnue en dehors d'un quelconque trouble matériel et extérieur. Ici, la dignité objective prend une connotation indéniablement moralisante en imposant à Monsieur Wackenheim la conduite à tenir, au nom de l'appartenance de celui-ci à l'Humanité. Pour autant, celui-ci n'était pas une personne vulnérable, en ce qu'il n'a jamais été argué qu'il manquait de discernement. En outre le fait de déduire une faiblesse de son nanisme serait tout bonnement discriminant. Pour autant, les juges ont décidé qu'ils savaient mieux que l'intéressé lui-même où se trouvait son intérêt bien compris. Les personnes atteintes de nanisme ne sont pas les seules victimes de la dignité objective.

B. Les arrêtés anti-mendicité

499. Tant par le passé (1) que dans les temps présents (2), les personnes sans domicile fixe se voient écartés de la société car ils sont considérés comme étant indignes d'y participer.

[645] Bertrand MATHIEU *La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire*, Dalloz 1996, page 282.
[646] Bernard EDELMAN, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, Dalloz 1997, page 185.
[647] Francis HAMON, JCP G, 1996, page 189, n° 22630.

1. Le passé des personnes sans domicile fixe

500. L'on pourrait penser que les personnes sans domicile fixe ont pleinement disposition d'eux-mêmes en ce que peu, parmi eux, ont encore des contraintes professionnelles ou familiales. C'est pourtant l'inverse qui s'est produit. Le législateur, avant l'adoption du Nouveau code pénal, encadrait la liberté d'aller et venir des vagabonds et mendiants, au motif que ces derniers constituaient une frange dangereuse de la population. Le principe dissimulé derrière ces dispositions était certainement la peur qu'inspiraient ces personnes sans attaches, mais également une certaine idée de la dignité de l'être humain. Parce qu'ils avaient – soit disant volontairement- renié leur condition d'honnêtes citoyens, ils devenaient de dangereux parias dont l'appartenance au genre humain pouvait être mise en question. En conséquence, puisqu'ils n'étaient plus dignes de faire partie de la société, on les en écartait en les enfermant ou en les bannissant.

501. Ainsi, dans l'ancien droit, « la mendicité, trop souvent perçue comme étroitement liée à la délinquance, a très tôt fait l'objet de mesures de répression. Bien que la morale chrétienne impose un devoir de charité envers les plus démunis, les mendiants valides, ces « mauvais pauvres », étaient punis de leur goût pour l'oisiveté selon des modalités variables telles que le fouet, les galères ou le travail forcé. Par exemple, une ordonnance de Jean II le Bon de 1351 enjoignait à tous ceux qui « ne v[oulaient] pas exposer leur corps à faire aucune besogne », alors qu'ils étaient « sains de corps et de membres », à se mettre au labeur ou à quitter la ville de Paris. A défaut, ils étaient emprisonnés, mis au pilori s'ils récidivaient, enfin marqués au front au fer rouge et bannis »[648].

502. Puis, à l'époque moderne, durant de longues années, vagabondage et mendicité sont demeurés marqués du sceau de l'indignité et ont été qualifiés de délits punissables d'emprisonnement. Selon l'article 270 de l'ancien Code pénal, « les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier, ni profession » et sont punissables d'une privation de liberté pouvant aller jusqu'à six mois. Quant à la mendicité, son traitement judiciaire dépend de l'existence d' « un établissement public organisé afin d'obvier à la mendicité ». Si le contrevenant est interpellé dans un endroit où il existe une telle structure, l'emprisonnement est encouru. En revanche, en leur absence, seuls les mendiants « valides » sont susceptibles d'être punis[649].

[648] Isabelle MICHALLET, *Le contentieux administratif des arrêtés municipaux d'interdiction de la mendicité*, AJDA 2001. 320
[649] Articles 274-275 de l'ancien Code pénal.

Preuve en est que la ligne de démarcation est encore fortement marquée de moralisme puisque sont stigmatisées les personnes en bonne forme, potentiellement en capacité de travailler. La logique sous-jacente de ces textes paraît résider dans la punition de ceux que l'on considère comme fainéants, improductifs, qui se sont volontairement exclus de la société des personnes dignes de respect.

503. Ce qui prédomine dans cette ancienne législation est la peur de l'inconnu, du danger que peut représenter le vagabond, vecteur d'infractions et d'autres misères infligées aux braves gens honnêtes, scrupuleuses et travailleuses[650]. Le législateur a donc réagi par des mesures juridiques d'exclusion, bannissant les personnes sans domicile fixe de la société, comme étant indignes d'y participer. « C'est autour de l'intention délictueuse c'est-à-dire du choix délibéré d'un mode de vie déviant que s'articule le jugement, même si cette intention n'est pas explicitement formulée dans les textes. La qualification du délit fonctionne, en effet, sur le mode négatif, c'est donc au prévenu qu'il incombe de prouver sa bonne foi ou de démontrer le défaut d'intention en invoquant par exemple une infirmité ou son grand âge l'empêchant de travailler ou bien encore l'impossibilité de trouver un travail en raison de la crise économique. (…) Le prévenu doit se dégager, s'il désire la clémence des juges, de la catégorie infamante des « mauvais pauvres ». Cette intention délictueuse constitue en quelque sorte un délit moral d'oisiveté qui place l'individu dans une position de coupable, accusé de ne pas fonctionner selon les normes de la réciprocité envers l'État ou la société »[651].

504. Puis, après que les infractions de vagabondage et la mendicité sont tombées en désuétude auprès des Tribunaux[652], le Nouveau Code pénal les a dépénalisés. Ainsi, « la manche « à la rencontre», qui consiste à déambuler en ville pour y aborder le passant, n'est (…)

[650] Agnès OLIVE, *Le droit de mendier*, RSC 1998. 69 : « Pour que le délit soit constitué il faut que ce soit par sa faute que le prévenu ait été réduit à mendier. L'hypocrisie touche à son paroxysme : le mendiant doit être volontairement mendiant, avoir choisi ce mode de vie comme d'autres choisissent d'être pharmacien ou notaire ! ».
[651] Valérie BERTRAND, *La mendicité et l'état dangereux : l'historicité des représentations sociales dans le discours juridique*, Connexions, 2003/2 (nº80), p. 137-154. DOI : 10.3917/cnx.080.0137. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-connexions-2003-2-page-137.htm
[652] Valérie BERTRAND*, La mendicité et l'état dangereux : l'historicité des représentations sociales dans le discours juridique*, Connexions, 2003/2 (nº80), p. 137-154. DOI : 10.3917/cnx.080.0137. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-connexions-2003-2-page-137.htm. « En 1953,9 298 condamnations pour vagabondage et mendicité ont été prononcées ; ce nombre décroît en 1956 et atteint 4 884 (Vienne, 1960). En 1993, sur 1 431 infractions relevées, quinze condamnations seront effectives et il n'y en aura plus qu'une en 1994 (Rapport au ministère de l'Intérieur, 1995) ».

qu'une modalité particulière d'exercice de la liberté de circuler sur les voies publiques et peut (...) être pratiquée librement »[653].

2. Le présent des personnes sans domicile fixe

505. La mendicité et le vagabondage ne sont donc plus punissable per se. Les personnes sans domicile fixe ne sont pour autant pas mieux acceptées par la société et les velléités de ne pas leur reconnaître une dignité égale à celle des travailleurs sont encore présentes. Leur sort n'est plus réglé par le juge judiciaire, mais par le juge administratif. Les actes de mendicité sont en effet finalement passés sous le boisseau de ce dernier, par le biais du contentieux relatifs aux arrêtés « anti-mendicité ». Il s'agit d'actes administratifs pris par les Maires des Communes généralement du sud de la France, touristiques, et interdisant les actes de mendicité, et/ou le fait de demeurer allongé sur le domaine public, de se rassembler avec des chiens, même attachés en laisse[654]. L'objectif officiel de ces décisions est de préserver la sécurité publique par la possibilité, pour les passants, de circuler librement et sans gêne dans les agglomérations[655]. « La salubrité est aussi le fondement d'une interdiction très fréquente dans ces arrêtés, à savoir celle relative à la consommation de boissons alcoolisées. Concernant les animaux accompagnant souvent les sans domicile fixe, les dispositions visent la sécurité, éventuellement la salubrité conformément à l'article L. 2212-2-8° du code général des collectivités territoriales permettant au maire de s'opposer à la divagation des animaux »[656]. Le fondement affiché est

---

[653] Isabelle MICHALLET, *Le contentieux administratif des arrêtés municipaux d'interdiction de la mendicité*, AJDA 2001. 320.

[654] David KATZ*, La légalité des arrêtés anti-mendicité et anti-glanage,* AJCT 2016. 542 : « Juridiquement, et aspects politiques mis à part, il n'est évidemment pas possible de retenir une définition se référant à un critère d'ordre personnel. Un arrêté de police municipale qui interdirait directement la présence d'une population définie concrètement ou abstraitement, même de manière limitée dans le temps et dans l'espace, serait assurément contraire à la liberté d'aller et venir et, plus radicalement, entaché de détournement de pouvoir. (...) Cette évidence n'a pas échappé à l'ensemble des décideurs dont les arrêtés ont plutôt comme champ d'application les activités exercées par les populations en situation de grande précarité. Bien souvent, les arrêtés anti-mendicité visent ainsi les « sollicitations ou quêtes à l'égard des passants. Les arrêtés anti-glanage, quant à eux, interdisent *«* les fouilles de poubelles, de conteneurs, ou de tout autre lieu de regroupement de déchets. Plus subtilement, c'est parfois le mode de vie associé à l'état de précarité qui est visé par l'interdiction, en considérant que les troubles à l'ordre public, notamment à la sécurité, sont davantage générés par de petits rassemblements de mendiants, leurs « attributs » ou leur posture, que par l'activité de mendicité en elle-même. Ainsi, partant du constat que les individus concernés séjournent sur la voie publique en petits groupes et sont souvent accompagnés, à la fois, d'alcool et de chiens, certains maires ont pris des arrêtés « anti-bivouac ».

[655] Isabelle MICHALLET, *Le contentieux administratif des arrêtés municipaux d'interdiction de la mendicité*, AJDA 2001. 320 : « Ainsi, le tribunal administratif de Montpellier a admis la légalité d'une interdiction « des occupations abusives et prolongées » des rues et places, lorsqu'elles sont de nature à entraver la libre circulation des personnes. En l'espèce, l'usage des espaces publics a donc été qualifié non seulement d'anormal, mais d'incompatible avec leur destination, puisqu'il en est devenu illicite. Cependant, un certain seuil est requis : l'occupation doit être « abusive et prolongée », c'est-à-dire empêcher l'usage normal des passants qui circulent. Le tribunal administratif de Strasbourg a également estimé légale l'interdiction d'occupations « prolongées et gênantes entravant l'usage du domaine public » sur une place, un quai et les escaliers d'accès à un parking souterrain ».

[656] Emmanuelle DESCHAMPS, *Le contentieux des arrêtés anti-mendicité*, RDSS 2000. 495.

donc la protection de l'ordre public administratif mais la base non dite est bien la dignité objective. Parce que les personnes sans domicile fixe ne répondent pas au standard de l'honnête homme, elles doivent être écartées de la vue des autres citoyens. Elles ne sont plus enfermées comme par le passé, mais on leur interdit l'accès aux zones les plus passantes des villes. Ils sont en effet indignes de faire partie de la société.

506. « Le premier arrêté municipal pris pour réglementer la mendicité a été signé le 24 mai 1993 par le maire de Montpellier. La même année, d'autres villes se sont engagées sur cette voie pour interdire la mendicité ou la consommation d'alcool sur la voie publique : Carcassonne, Cannes, Perpignan, puis en 1994 Avignon, Toulouse, Angers, Poitiers »[657].

507. Un certain nombre de ces arrêtés ont été invalidés par les juges administratifs, soit parce que le trouble à l'ordre public n'était pas avéré, soit du fait de leur caractère trop général qui était en disproportion avec la gêne occasionnée par les personnes sans-abris et qui n'était pas relié à des circonstances locales particulières[658]. Finalement, le Conseil d'Etat a validé le principe d'un arrêté car ce dernier « n'interdi[sai]t les actes de mendicité que durant la période estivale, du mardi au dimanche, de 9 heures à 20 heures, et dans une zone limitée au centre-ville et aux abords de deux grandes surfaces »[659]. En d'autres termes, les arrêtés anti-mendicité « ne soumettent pas les personnes concernées à des contraintes excessives » dès lors qu'ils sont suffisamment limités dans le temps et dans l'espace[660]. Certains juges du fond sont néanmoins entrés en résistance[661]. Ces arrêtés constituent en effet, malgré leur caractère temporellement et

---

[657] Emmanuelle DESCHAMPS, *Le contentieux des arrêtés anti-mendicité*, RDSS **2000. 495.**

[658] Emmanuelle DESCHAMPS, *op cit.* : « Certaines mesures ont cumulé les irrégularités. L'arrêté de Montpellier du 24 mai 1993 est à ce titre exemplaire. Il disposait dans son article 1er qu'il était « interdit dans les jardins et places publics, sur les voies publiques, et ce compris les trottoirs, de jour comme de nuit, à toutes personnes, de s'installer à quelque titre que ce soit, et sans autorisation et d'y déposer tous objets, en particulier denrées diverses, vêtements, sacs de voyage, cartons ou autres effets », et dans son article 2 que « toute consommation de boissons alcooliques (*sic*) dans les lieux visés à l'article 1er » était interdite. Le juge a relevé une interdiction « générale et absolue » en raison d'une réglementation excessive dans l'espace et dans le temps, et de plus visant des comportements qui ne nuisent pas forcément à l'ordre public ».

[659] Conseil d'Etat, 9 juillet 2003, n°229618.

[660] Alain VANDERVORST, *Le juge administratif et les arrêtés « anti-mendicité »,* La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 38, 15 Septembre 2003, 1802 :« Différentes pièces peuvent servir à justifier la nécessité de l'arrêté et aident alors le juge à en apprécier la légalité. Des témoignages, des procès-verbaux d'incidents ou des pétitions sont fréquemment utilisés dans les contentieux relatifs à ce type d'arrêtés (...) ».

[661] CAA Nantes, 31 mai 2016 : « que, pour justifier sa décision, le maire de la commune de Tours a produit des extraits de main-courante de la police municipale, relatant l'existence de quelques " incidents ", survenus les 11, 16 et 25 novembre ainsi que le 2 décembre 2013, et mettant en cause des personnes sans domicile fixe parfois accompagnées de chiens, sans toutefois que les services de police n'aient mentionné de violences effectives à l'égard des personnes ni de troubles significatifs pour l'ordre public ; que les quelques faits relatés de sollicitations ayant entraîné les interventions des services de la police municipale ne peuvent, à eux seuls, être de nature à justifier la nécessité d'une mesure d'interdiction ; qu'ainsi, en l'absence de menace suffisamment grave pour l'ordre public justifiant la nécessité d'une telle mesure, le maire de Tours ne pouvait légalement prononcer l'interdiction de l'occupation prolongée des rues du centre historique et commercial de la ville pendant la période des fêtes de

géographiquement limités, une indéniable limite à la liberté d'aller et de venir des personnes sans domicile fixe, qui ne demandent qu'un peu d'argent aux passants et le droit d'occuper temporairement des espaces du domaine public, ce qui paraît indispensable pour ces individus dépourvus de domicile privé. L'espace public est le seul lieu de vie qui demeure à leur disposition[662].

508. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a également eu à connaître d'une situation similaire. Le Bourgmestre d'Amsterdam avait interdit l'accès d'une zone déterminée du centre-ville pendant quatorze jours, à un homme, dont le domicile et l'emploi se trouvaient ailleurs, et qui avait été arrêté, à deux reprises, soit consommant des drogues dures, soit en possession de ces dernières dans ladite zone, ce qui avait été considéré comme un trouble à l'ordre public. « La mesure incriminée fut appliquée dans un secteur d'Amsterdam où, ainsi qu'il fut établi par les juridictions néerlandaises, une situation d'urgence existait du fait du trafic et de la consommation de drogues dures en public. (...) Le Gouvernement sout[enait] qu'il existait un «besoin social impérieux » d'éloigner les toxicomanes de la partie d'Amsterdam couverte par l'ordre d'éloignement, de manière à protéger la population en général contre les nuisances provoquées par les toxicomanes»[663]. Quant au requérant, il se plaignait de ce que cette mesure lui interdisait de rencontrer ses amis ainsi que de se rendre dans des établissements administratifs importants de la métropole.

509. Néanmoins, « eu égard au fait que le requérant avait déjà fait l'objet de plusieurs ordres d'éloignement valables huit heures mais était toujours retourné dans la zone d'urgence pour consommer des drogues dures en public, qu'il avait été avisé que s'il récidivait dans un proche avenir le bourgmestre serait invité à émettre à son encontre un ordre d'éloignement valable quatorze jours, qu'il ne résidait pas et ne travaillait pas dans la zone en question et qu'il n'y avait pas de boîte postale, la Cour [a] estim[é] que la restriction mise à sa liberté de circulation n'était

fin d'année ». Élise UNTERMAIER-KERLÉO en déduit que « Cette solution relance la question de la légalité des arrêtés anti-mendicité, alors que le Conseil d'État semblait l'avoir admise, dès lors qu'ils étaient limités dans le temps et l'espace » (Illégalité d'un arrêté anti-mendicité et intérêt à agir d'une association nationale contre une décision locale, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 27, 11 Juillet 2016, 2199). Dans un sens contraire, décision validant un arrêté anti-mendicité : « Besançon: l'arrêté anti-mendicité est confirmé par la justice », l'Express, 28/08/2018 : « Le maire de Besançon, Jean-Louis Fousseret(LREM), avait pris cet arrêté le 3 juillet dernier, pour interdire la mendicité dans le centre-ville. Le tribunal administratif de la commune vient de rejeter la requête d'un militant contre ce dispositif ». Sur cette décision du juge administratif, lire Alexandra KORSAKOFF, La contestation d'un arrêté anti-mendicité au regard du principe de fraternité, AJDA 2018, page 2509.

[662] « La rue n'est pas seulement une voie de circulation, mais aussi le siège d'une vie sociale », conclusions de O. Dutheillet de Lamothe, sous CE 4 mai 1984, *Préfet de police c/ M. Guez*, cité par Emmanuelle DESCHAMPS, *op. cit.*

[663] CEDH, *Olivieira contre Pays-Bas*, 4 juin 2002, requête n° 33129/96, paragraphes 61 et 63.

pas disproportionnée »[664]. L'on constate ici que les critères postérieurement retenus par le Conseil d'Etat sont similaires à ceux de la Cour européenne des droits de l'homme en ce que la mesure incriminée est limitée dans l'espace, dans le temps et n'empêche pas la personne concernée de mener à bien ses activités quotidiennes vitales. La ressemblance avec la jurisprudence nationale s'arrête ici. En effet, c'est principalement un impératif de sécurité publique qui fonde la décision européenne. Le requérant n'est pas considéré comme étant indigne de paraître aux yeux du monde, mais comme présentant un danger pour la population, du fait de sa consommation de drogues dures. En revanche, les arrêtés anti-mendicité français ne visent généralement pas un péril existant, mais la virtualité d'un danger, ce qui laisse à penser que la visée première est de faire respecter non l'ordre public classique, mais la dignité objective des personnes sans domicile fixe. Dès lors que ces dernières présente une image d'avilissement, elles ne sauraient être incorporées à la société des honnêtes gens car elles ne respectent pas leur propre dignité. Pour autant, ces mesures d'exclusion ne sont pas les seules que l'ordre juridique a à offrir.

3. L'hypocrisie des arrêtés « anti-mendicité »

510. Tout d'abord, la seule application du droit pénal paraît suffisante à rétablir l'ordre potentiellement menacé par la présence des personnes sans domicile fixe dans la rue. En effet, l'article 312-12-1[665] du Code pénal incrimine les actes de mendicité agressifs, tandis que l'article 225-12-6[666] de ce même Code érige en délit l'embrigadement de mineurs dans la mendicité. Ainsi, tant les passants, que les commerçants, que les personnes vulnérables que sont les enfants sont protégés. Mais « les poursuites débouchent rarement sur une condamnation car la notion de "mendicité agressive" est difficile à qualifier devant les tribunaux, explique M. Damon. Les élus préfèrent s'appuyer sur des arguments de tranquillité ou de santé publique pour signer des arrêtés anti-mendicité »[667].

511. De fait, derrière cette réglementation se cache sournoisement la notion de dignité objective en ce que l'on impose aux personnes sans domicile de ne pas se montrer à la vue des

[664] CEDH, *op. cit.*, paragraphe 65.
[665] « Le fait, en réunion et de manière agressive, ou sous la menace d'un animal dangereux, de solliciter, sur la voie publique, la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ».
[666] « L'exploitation de la mendicité est punie de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 75 000 euros lorsqu'elle est commise à l'égard d'un mineur ».
[667] Le Monde, 31 octobre 2011, *Nouvelle vague d'arrêtés anti-mendicité dans les villes*.

passants car ils sont indignes de partager l'espace public avec ces derniers[668]. Si cet arrière-plan n'existait pas, les autorités se limiteraient à l'utilisation de l'arsenal pénal plus que prolifique, par le biais des délits de mendicité agressive, de violences, de détention et de consommation de stupéfiants ou de la contravention d'ivresse publique manifeste. Mais il faut que cette population se rende invisible car elle ne correspond pas aux standards de la dignité de la personne humaine. « Le spectre du détournement de pouvoir planera sur les arrêtés anti-mendicité et anti-glanage dont le véritable but n'est pas de prévenir les troubles à l'ordre public tel que défini à l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, mais, par exemple, de préserver les intérêts des commerçants de la commune »[669], ou de restaurer un sentiment de sécurité des passants, alors qu'aucune infraction n'a été commise[670]. « Sont donc mis en opposition, d'une part les individus en groupe (et on rejoint les textes de l'ancien Code pénal réprimant « la mendicité en réunion ») d'autant plus dangereux qu'ils sont nombreux, multipliant les incivilités, bruyants, alcoolisés, licencieux, allongés sur les bancs, accompagnés de chiens, et, d'autre part, le mendiant isolé, silencieux, non alcoolisé, sans chien, connu du quartier où il officie. Le « mauvais pauvre » dangereux se définit par là en opposition radicale au « bon pauvre ». Bien pire, ce « mauvais pauvre » compromet par sa conduite abusive la tolérance à l'égard de la mendicité et porte préjudice au « bon pauvre » méritant l'aumône »[671].

512. Et pourtant, « l'été, les arrêtés anti-mendicité se multiplient dans des villes touristiques comme Cannes, Nice, Fréjus, Colmar, Tours, Périgueux ou Aix-les-Bains, et l'hiver, en banlieue parisienne, comme à Argenteuil ou Nogent-sur-Marne. En 2015, la maire (LR) de Limeil-Brévannes (Val-de-Marne) tâchait d'empêcher par tous les moyens, y compris la pose

---

[668] Alain VANDERVORST, *Le juge administratif et les arrêtés « anti-mendicité »,* La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 38, 15 Septembre 2003, 1802 **:** « L'atteinte aux bonnes mœurs, voire à l'esthétique de la commune, si elle n'est jamais visée clairement par les arrêtés anti-mendicité, est elle aussi parfois considérée comme un des fondements implicites de ces arrêtés. Le comportement de SDF ou de marginaux peut en effet être considéré par certaines personnes comme choquant voire inesthétique, car, exposant leur différence et leur marginalité, ils porteraient en quelque sorte atteinte aux bonnes mœurs et à l'aspect de la commune. Un tel postulat est choquant et inexact, car il correspond plus selon nous à une peur à l'égard de la différence et de la marginalité. La vue d'un groupe de SDF est avant tout triste plutôt que choquante ou inesthétique ».

[669] David KATZ, *La légalité des arrêtés anti-mendicité et anti-glanage*, AJCT 2016. 542.

[670] Le Monde, 19 octobre 2011, Les arrêtés anti-mendicité se multiplient dans les villes : « A Marseille, la mairie fait valoir que son arrêté ne vise pas directement la mendicité, mais cherche plus largement à *"réprimer le vagabondage"*. Lundi, l'adjointe en charge de la sécurité de la ville, Caroline Pozmentier, déclarait vouloir *"restaurer un sentiment de sécurité chez les Marseillais"*. David-Olivier Reverdy, secrétaire régional du syndicat de police Alliance, s'est félicité de cette disposition. Il estime qu'elle *"facilite la tâche des patrouilles de gardiens de la paix et ne peut que renforcer la lutte contre le sentiment d'insécurité qui gagne l'opinion publique"*.

[671] Valérie BERTRAND, *La mendicité et l'état dangereux : l'historicité des représentations sociales dans le discours juridique*, Connexions, 2003/2 (n°80), p. 137-154. DOI : 10.3917/cnx.080.0137. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-connexions-2003-2-page-137.htm

de plots pour bloquer l'accès au chantier, la construction, à l'initiative du Secours catholique, d'un centre d'hébergement pour femmes »[672].

513. Les personnes sans domicile fixe ne sont néanmoins pas les seules victimes de la dignité objective.

C. L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public

514. La France a fait le choix d'interdire la dissimulation du visage dans les lieux publics afin de prévenir la présence de femmes revêtues de la burqa ou du niqab. La méconnaissance de cette interdiction est punie d'une amende de la seconde classe ainsi qu'éventuellement de l'accomplissement d'un stage de citoyenneté. Bien qu'il s'agisse là d'une infraction, donc d'un ordre public punitif, la finalité ultime est bien celle de la prévention d'une atteinte à un ordre public d'un genre nouveau, le « vivre-ensemble »[673], lui-même fondé sur la dignité objective. Les trois hautes juridictions françaises, sans oublier la Cour européenne des droits de l'homme ont eu à connaître de l'interdiction de la dissimulation du visage dans les lieux publics, et l'on avalisée (1). C'est un nouvel ordre public fondé sur la dignité objective qui naît (2).

1. L'interdiction de dissimulation du visage face aux juges :

515. Avant l'adoption de la loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010, l'ordre public, dans ses composantes classiques, permettait de circonscrire de manière limitée la libre disposition de soi au regard de ses convictions religieuses. Face au Fonds de Défense des Musulmans en Justice qui estimait que la nécessité décrétale de se présenter tête nue sur les photographies destinées à être apposées sur la carte nationale d'identité contrevenait à la liberté de religion des femmes de confession musulmane, le Conseil d'Etat a opposé « les risques de falsification et d'usurpation d'identité », justifiant une restriction jugée proportionnée à ladite liberté[674].

516. De manière similaire, la Cour européenne des droits de l'homme a « relevé [s'agissant d'une personne pratiquante Sikh] que la photographie d'identité avec « tête nue », apposée sur

---

[672] Le Monde, 31 octobre 2016, « Face à la pauvreté, « on sent un vent mauvais ».

[673] Anne LEVADE, *Épilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée !*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 43, 25 Octobre 2010, 1043 : « Robert Badinter joua (...), à n'en pas douter, un rôle déterminant lorsqu'il déclara : « en interdisant le port du voile intégral dans l'espace public, vous n'empêchez personne de pratiquer sa religion. (…) vous n'empêchez pas celles qui le veulent de pratiquer leur religion, mais vous ne tolérez pas que les éléments les plus intégristes et les plus fanatiques affichent et proclament leur vision, que nous ne pouvons pas accepter, d'une société où les femmes disparaissent de l'espace public et ne sont plus que des fantômes. Cela non ! Et c'est la raison pour laquelle je voterai ce projet de loi » *(JO Sénat CR, 15 sept. 2010, p. 6761) ».*

[674] Conseil d'Etat, 27 juillet 2001, n°216903.

le permis de conduire, est nécessaire aux autorités chargées de la sécurité publique et de la protection de l'ordre public, notamment dans le cadre de contrôles effectués en relation avec les dispositions du code de la route, pour identifier le conducteur et s'assurer de son droit à conduire le véhicule concerné. De tels contrôles sont nécessaires à la sécurité publique au sens de l'article 9 § 2 de la Convention »[675].

517. Puis, la loi du 11 octobre 2010 a énoncé que « nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage », sauf si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles[676]. C'est ici la naissance d'un nouvel ordre public, qui s'applique de manière absolue, sans tenir compte des circonstances locales particulières, aux fins de protéger l'égale dignité des femmes de confession musulmane, même contre leur gré. Quand bien même ces dernières souhaitent volontairement dissimuler leur visage en portant leur habit traditionnel, le respect de la dignité de la femme, égale à celle de l'homme, impose que son visage ne soit pas caché du reste du monde, traduisant par là son inféodation à son époux.

518. La tendance nationale n'allait néanmoins pas dans le sens de la tolérance, nécessitant le recours non-dit à la dignité objective. En effet, dès son rapport du 25 mars 2010, le Conseil d'Etat avait énoncé que l'ordre public, dans sa conception initiale, était insuffisant pour interdire le port du voile intégral. En effet, « en premier lieu, les restrictions aux droits et libertés doivent être justifiées par l'existence de troubles à l'ordre public ou une probabilité suffisamment forte qu'ils surviennent. On décèle une réticence du juge administratif à admettre qu'un risque virtuel ou non démontré, voire le «principe de précaution », puisse justifier une interdiction »[677]. Or, le port du voile intégral, s'il peut froisser les personnes de religions différentes ou athées, ne constitue pas, en soi, une atteinte à la sécurité publique, dès lors que

[675] CEDH, Mann Singh contre France, 13 novembre 2008, requête n°24479/07.
[676] Sur cette loi, lire Marion LACAZE, *La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales*, Droit pénal n° 2, Février 2012, étude 5.
[677] Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Rapport adopté par l'Assemblée Générale Plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010, page 30.

la personne concernée admet de le retirer pour un contrôle d'identité ou pour les besoins d'une enquête.

519. « En deuxième lieu, le juge exige que l'atteinte que portent les mesures de police aux droits et libertés soit proportionnée à ce qui est nécessaire pour assurer la sauvegarde de l'ordre public, compte tenu des circonstances locales »[678]. Eu égard au fait que le port de la burqa ne doit concerner qu'environ 1.900 femmes en France, soit un nombre infime de personne rapportée à la population totale, une interdiction totale portant sur l'ensemble du territoire nationale apparaît comme une atteinte disproportionnée à la fois à la liberté de religion et à la vie privée.

520. Enfin, « en troisième lieu, le juge, en particulier constitutionnel, attache une importance constante aux garanties dont sont assorties les mesures d'interdiction »[679]. Une fois encore, une interdiction absolue du port du voile intégral ne permet pas de garantir le standard de la vie privée, qui consiste à laisser chacun développer sa vie personnelle en concordance avec ses sentiments personnels.

521. Face à ces difficultés, le Conseil d'état avait recommandé une interdiction de dissimulation du visage limitée à des cas particuliers. Ce n'est pas le choix pour lequel le législateur a opté. Pour autant, tant les juridictions nationales que la Cour européenne des droits de l'homme ont avalisé cet ordre public d'un nouveau genre, inspiré de la dignité objective, et qui vient protéger les femmes musulmanes contre leur volonté en limitant la libre disposition qu'elles ont d'elles-mêmes.

522. Le Conseil Constitutionnel a estimé que les objectifs de sécurité publique, ainsi que les principes constitutionnels de liberté et d'égalité non respectés par le fait que « les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité » permettent de justifier l'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public[680]. Selon Michel VERPEAUX, « ce qui constitue l'originalité de cette décision est sans conteste la référence implicite à l'ordre public. Celui-ci (…) trouve sa source principale dans l'article 5 de la Déclaration [qui] envisage les actions nuisibles à la société, et ne concerne pas une protection d'une liberté individuelle ou de l'homme. Il s'agit plutôt des droits des citoyens considérés comme l'ensemble du corps social. Cet article 5 consacre ainsi

[678] Etude *relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'Assemblée Générale Plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010, page 31.
[679] Etude *relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'Assemblée Générale Plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010, page 32.
[680] Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

un ensemble - qui ne peut être qu'assez indéterminé - de droits de la société »[681]. De manière similaire, Frédéric DIEU écrit que « l'interdiction législative de dissimulation du visage dans l'espace public est, de manière remarquable, justifiée non pas par un lien juridique mais par un lien social : aucun lien juridique n'existe en effet entre les personnes simultanément présentes dans l'espace public. (…) En bref, c'est presque une hiérarchie entre les droits fondamentaux constitutionnels qui est consacrée : dans certains cas, les droits fondamentaux sociaux, ceux que définit (via la représentation nationale) la société et dont elle peut imposer le respect aux individus même si ceux-ci consentent à y renoncer, sont supérieurs aux droits fondamentaux qui visent seulement à protéger les individus»[682]. Olivier CAYLA émet quant à lui une critique sévère et écrit que « le juge constitutionnel a beau ne pas employer une seule fois le mot de dignité, il soumet la porteuse de burqa exactement au même régime juridique que celui appliqué au nain par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Cne de Morsang-sur-Orge. Cette décision du Conseil constitutionnel n'est ainsi rien d'autre que le Morsang-sur-Orge de la jurisprudence constitutionnelle. Il en résulte une notion d'ordre public immatériel qui subvertit totalement le concept d'ordre public dans son rapport à la liberté selon l'arrêt Benjamin du 19 mai 1933, exactement comme l'a entraîné l'intégration de la dignité à l'ordre public dans Morsang-sur-Orge »[683]. C'est donc une nouvelle fois la société qui impose le comportement dit acceptable, au nom de la dignité objective des personnes concernées, même s'il ne correspond pas à la volonté de ces dernières. La concorde sociale a été jugée plus importante que le désir individuel.

523. Quant à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, tout en reconnaissant que l'interdiction du port du voile intégral constitue une ingérence dans les droits garantis par les articles 8 et 9 de la Convention, elle affirme que ladite ingérence est justifiée par la protection du « vivre-ensemble », compris comme un rempart nécessaire à la mise en œuvre paisible des droits et libertés d'autrui [684]. Or, ce « vivre-ensemble » n'est-il pas inspiré par la dignité objective, laquelle impose les seuls modes de comportement socialement acceptables, par

[681] Michel VERPEAUX, *Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public*, AJDA 2010, page 2373.
[682] Frédéric DIEU, *Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ?*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 48, 29 Novembre 2010, 2355.
[683] Olivier CAYLA*, Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ?,* Dalloz 2011, page 1166.
[684] CEDH, S.A.S. contre France, premier juillet 2014, requête n°43835/11.

opposition aux habitudes qui ne correspondent pas au standard de l'être humain raisonnable et policé ?

524. L'arrêt a été fraîchement accueilli par la doctrine française. Il convient d'en livrer quelques exemples. Baptiste BONNET note que « pour autant, la Cour ne nous dit pas quels droits concrets d'autrui sont ici en cause, par rapport aux droits concrets de celles qui dissimulent leur visage et en quoi un individu ne pourrait pas jouir du droit de ne pas communiquer, de refuser même dans l'espace public le contact avec autrui. Peut-on imaginer que surgisse une sorte d'obligation d'échange social dès lors qu'un individu se trouve dans l'espace public ? (...) Partant, les droits et libertés d'autrui nous semblent un bien mauvais socle pour légitimer l'interdiction du voile intégral au sens de la Convention »[685]. Quant à Jean-Pierre MARGUÉNAUD, il regrette que la Cour européenne n'ait pas fondé son appréciation sur le principe de l'autonomie personnelle « qui sert à empêcher que les uns n'exportent trop généreusement leur propre vision de l'égalité et de la dignité dans la vie personnelle des autres »[686]. Laurence BURGORGUE-LARSEN émet le vœu selon lequel « il ne faudrait pas que l'incise du « vivre ensemble » - désormais érigée en critère de restriction aux droits et libertés protégés par la Convention - soit instrumentalisée par d'autres Etats aux desseins belliqueux à l'égard de certaines minorités aux us et coutumes, voire aux mœurs différents... »[687]. La doctrine s'est également interrogée : « Les juges ont-ils conscience qu'une forte proportion d'individus au visage découvert souhaite n'entrer en relation avec strictement personne dans les espaces publics, entravant parfois les règles les plus élémentaires de politesse? Il est, par ailleurs, paradoxal de justifier l'interdiction du voile intégral par le principe abstrait du « vivre ensemble », lequel semble davantage consister à accepter de côtoyer des personnes de cultures différentes qu'à les exclure des espaces communs »[688].

525. La Cour Européenne des droits de l'homme est elle-même bien embarrassée pour justifier la différence de traitement entre l'interdiction du voile intégral et le refus de sanctionner

---

[685] Baptiste BONNET, *La Cour EDH et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public - . - Quand la marge nationale d'appréciation fait droit…* , La Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 21 Juillet 2014, 835.
[686] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Le « vivre ensemble » et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public ou le bricolage d'un nouveau concept européen aux fins de sauvegarde d'une incrimination malvenue*, RSC 2014 p.626.

[687] Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA 2014. 1763.
[688] REGINE, Recherches et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe, *Droit et genre*, janvier 2014 - janvier 2015, Dalloz 2015 page 1007. Lire également Céline CHASSANG, *La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Dalloz 2014, page 1701 : « Si le malaise de la Cour est perceptible, la loi du 11 octobre 2010 a donc finalement résisté au test de proportionnalité. Sur le fondement de la protection des droits et libertés d'autrui, la CEDH valide

le fait de revêtir la tenue du Prophète par les membres d'un groupement considéré comme sectaire. Dans cette dernière affaire, « le 20 octobre 1996, les requérants, provenant de divers départements de la Turquie, se rendirent à Ankara afin de se réunir et de participer à une cérémonie à caractère religieux organisée à la mosquée de Kocatepe. Ils portaient la tenue caractéristique de leur groupe, composée d'un turban, d'un « salvar » (saroual) et d'une tunique, tous de couleur noire, et étaient munis d'un bâton, cette tenue rappelant selon eux celle des principaux prophètes, notamment le prophète Mohammed. Ils firent ensemble le tour de la ville ainsi vêtus »[689]. Or, en l'espèce, la Cour «relève (...) qu'il ne ressort pas du dossier que la façon dont les requérants ont manifesté leurs croyances par une tenue spécifique constituait ou risquait de constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui »[690]. Elle ne retient pas plus l'accusation de prosélytisme portée par le gouvernement contre les participants à la manifestation. Elle conclut donc au caractère injustifié de l'ingérence étatique dans la liberté de religion des requérants.

526. La Cour met en exergue la différence entre ces deux arrêts tenant au fait que dans le second cas, la figure des participants à la manifestation n'était pas dissimulée[691]. Pour autant, elle ne justifie pas la loi française par des impératifs de sécurité publique. L'on a en conséquence de la peine à se retrouver dans ce raisonnement à géométrie variable. Or, tout juge sait que lorsque l'on éprouve des difficultés à motiver un jugement de manière cohérente, c'est que la solution n'est pas la bonne. Baptiste BONNET écrit que « l'arrêt Ahmet Arslan et autres contre

---

l'interdiction générale de la dissimulation du visage dans l'espace public ». Lire également Pauline GERVIER, *L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public*, AJDA 2014, page 1866 : « La fluctuation des termes employés - « droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble » (arrêt préc., § 122), « souci de répondre aux exigences minimales de la vie en société comme élément de la "protection des droits et libertés d'autrui" » (*ibid.*, § 140), ou encore « préservation des conditions du "vivre ensemble" en tant qu'élément de la "protection des droits et libertés d'autrui" » (*ibid.*, § 157) - révèle la difficulté de la Cour à saisir ce fondement et l'insécurité juridique à laquelle son acception aboutit ». Lire également Mustapha AFROUKH, L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public : ou quand la subsidiarité permet la coexistence harmonieuse des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, Constitutions 2014, page 483. Pour une approche plus consensuelle, lire Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA (Sous la direction de), *Chronique de jurisprudence des cours supranationales en matière de droits de l'homme (suite et fin)*, Les Petites Affiches, 18/03/2015, n°55, page 3 et Anne LEVADE*, Ultime hypothèque levée : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public n'est pas contraire à la Convention EDH !,* La Semaine Juridique Edition Générale n° 39, 22 Septembre 2014, 974**.**

[689] CEDH, Ahmet Arslan et autres contre Turquie, 23 février 2010, requête n°41135/98, paragraphe 7.

[690]CEDH, Ahmet Arslan et autres contre Turquie, 23 février 2010, requête n°41135/98 paragraphe 50. Sur cette décision lire notamment Gérard GONZALEZ, *L'inconventionnalité des sanctions pour port de tenues à caractère religieux dans les lieux publics ouverts à tous*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 18, 3 Mai 2010, 514 ; Louis-Marie Le ROUZIC, *L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public sous surveillance de la Cour européenne des droits de l'homme*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 28, 11 Juillet 2011, 2252.

[691] 136. Parmi toutes ces affaires relatives à l'article 9, l'affaire Ahmet Arslan et autres est celle dont se rapproche le plus la présente espèce. Cependant, si les deux affaires concernent l'interdiction de porter un habit à connotation religieuse dans l'espace public, la présente affaire se distingue significativement de l'affaire Ahmet Arslan et autres, précitée, par le fait que le voile islamique intégral est un habit particulier en ce qu'il dissimule entièrement le visage à l'exception éventuellement des yeux.

Turquie du 23 février 2010 (...) nous semble être parfaitement illustratif des errances de la Cour sur ces sujets. (...) On observera que (...) les membres du groupe Aczimendi tarikaty, reconnu comme étant une secte, entièrement vêtus de noir, avec tunique, turban et bâton ne constituent pas des modèles d'intégration sociale et qu'ils sont à n'en pas douter, lorsqu'ils se déplacent à plus de 100, très impressionnants et de nature à gêner la population bien plus qu'une femme portant la burqa »[692].

527. L'on ne peut donc que conclure à l'absence de cohérence de la jurisprudence européenne en la matière, la conventionnalité de l''interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public paraissant plus être un arrêt politique, masqué sous le signe de la juridicité. La Cour européenne a pourtant réitéré la même analyse à propos de la législation belge, dans une décision du 11 juillet 2017[693], sans emporter plus d'enthousiasme de la part de la doctrine française[694].

528. La Cour de cassation n'a pas tardé pour emboîter le pas européen en écrivant que « si l'article 9 de la convention susvisée garantit l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'alinéa 2 de ce texte dispose que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; que tel est le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics

---

[692] Baptiste BONNET*, La Cour EDH et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public - . - Quand la marge nationale d'appréciation fait droit…*NET, La Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 21 Juillet 2014, 835.

[693] CEDH, *Belcacemi et Oussar contre Belgique*, 11 juillet 2017, n°37798/13 : « En conséquence, notamment au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce, la Cour conclut que l'interdiction que pose la loi du 1er juin 2011, quoique controversée et présentant indéniablement des risques en termes de promotion de la tolérance au sein de la société (*S.A.S. c. France*, précité, §§ 146-149), peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui ». Pour une appréciation neutre de la décision, lire Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *La promotion européenne du « vivre ensemble » comme instrument de lutte contre la dissimulation du visage dans l'espace public*, RTD civ. 2017, page 823.

[694] Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Le *niqab* de retour à Strasbourg », Dalloz 2017, page 1926 : « Il n'en reste pas moins que le constat de non-violation auquel la Cour aboutit dans ses deux arrêts de juillet 2017 produit bien pour résultat de valider, fût-ce indirectement, cette notion de « vivre ensemble » ici définie comme emblème d'un « modèle de société ». Ce faisant, elle ne fait que renforcer les inquiétudes soulevées par sa consécration de la notion en 2014, exprimées notamment par les juges dissidentes Nussberger et Jäderblom : voilà, en effet, une notion bien abstraite qui, en tant que telle, tranche singulièrement avec ce qui est généralement requis en matière de restrictions aux droits garantis par la Convention. En cela, la critique que suscite cette consécration de la notion de « vivre ensemble » dans le contentieux européen des droits de l'homme fait assez largement écho à celle que nourrit, en France, la notion d'ordre public immatériel ». Lire également Sébastien HOURSON, *Nouvelle compatibilité de l'interdiction de dissimuler le visage dans l'espace public*, Droit Administratif n° 8-9, Août 2017, alerte 124 : « La jurisprudence européenne maintient enfin une analyse hautement relativiste en laissant la plus grande marge d'appréciation aux États en raison de la diversité des politiques nationales ».

et à garantir les conditions du "vivre ensemble" en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage »[695]. Elle était auparavant demeurée prudente dans sa motivation en ne visant que l'ordre et la sécurité publics aux fins de justifier l'interdiction du port de la burqa au regard des dispositions de l'article 9 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme[696].

529. C'est une nouvelle forme d'ordre public inspiré par la dignité objective, qui est née de l'ensemble de ces décisions et de la loi du 11 octobre 2010. En effet, la conception classique de l'ordre public implique que soient atteintes l'une de ses trois composantes traditionnelles –la sécurité, la tranquillité et la salubrité. Or, dans l'hypothèse présente, l'interdiction fulminée par la loi et avalisée par tous les juges est principalement fondée sur un autre objectif, « le vivre-ensemble ».

2. L'avènement d'un nouvel ordre public mâtiné de dignité objective

530. L'interdiction totale du voile intégral, véritable objectif de la loi, aboutit à une atteinte importante à la liberté de religion et de conscience mais également à la libre disposition de soi, ce pour condamner la pratique d'une minorité de personnes. Le législateur s'est érigé en censeur de la conduite d'autrui. La libre disposition est ici atteinte dans son cœur, au nom d'un vivre-ensemble dont on ne sait exactement ce qu'il peut légitimement recouvrer, tant la société est changeante. « Au fond, comme le souligne S. Hennette-Vauchez (« La burqa, la femme et l'État », http://www.raison-publique.fr/La-burqa-la-femme-et-l-État.html, p. 12), le port du voile intégral et la loi qui l'interdit dans l'espace public (même si elle interdit plus largement

[695] Crim., 9 décembre 2014, n°14-80873.

[696] Crim., 5 mars 2013, n° 12-80891 : « Attendu que, si c'est à tort que la juridiction de proximité a ignoré la motivation religieuse de la manifestation considérée, le jugement n'encourt pas la censure dès lors que, si l'article 9 de la Convention susvisée garantit l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'alinéa 2 de ce texte dispose que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; que tel est le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage ». Lire Pierre de COMBLES de NAYVES, *La Chambre criminelle jette le voile sur la Convention européenne*, AJ pénal 2013, page 400 : « La Chambre criminelle estime que l'atteinte portée à la liberté religieuse se justifie, au visa du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention européenne, par la sécurité et l'ordre publics. Cette position est critiquable. L'atteinte à l'ordre public est virtuelle; le trouble à la sécurité publique inexistant ». Pour une autre approche critique de l'arrêt, lire Stéphane DETRAZ*, La Cour de cassation se voile la face*, Gazette du Palais, 11/05/2013, n°131 : « Ne serait-il pas plus franc, et juridiquement plus pertinent, d'énoncer que, nonobstant sa valeur européenne et constitutionnelle, la liberté religieuse n'est pas absolue et se trouve soumise à des principes moraux supérieurs, tels que la dignité ou l'égalité ? ». Lire également Michel VÉRON, Interdiction et liberté de pensée, de conscience et de religion, Droit pénal n° 5, Mai 2013, commentaire 70.

toute dissimulation du visage) participent d'une même négation de l'autonomie personnelle et du libre-arbitre des femmes concernées qui conduit à leur commander la manière dont elles doivent se vêtir. »[697].

531. Par ailleurs, le fait de se trouver gêné voire outré face au port du voile intégral ne permet pas de légitimer son interdiction. Le danger se trouve dans les limites à poser aux comportements considérés comme admissibles et ceux que l'on stigmatise comme étant anormaux. « Viendra-t-il un jour où la personne ne sera plus admise à paraître quarante ans, si elle en a soixante, ou à paraître comme une femme si elle est un homme ? Quelles autres exigences de vie en société lui seront imposées ? L'expression pourrait conduire à une « moralisation de l'espace public » (...) où serait condamnée la personne légèrement vêtue - fi aux modes -, la prostituée, le fumeur, le buveur - l'ivrogne l'étant déjà - et autres comportement considérés comme non exemplaires »[698]. Il y a, dans tout cela, de l'intolérance, au nom des principes républicains. Plus grave, il y a, une fois de plus, une immixtion intolérable dans la sphère de la libre disposition de soi. Qu'importe si des personnes choisissent délibérément de se voiler totalement la face ? Un tel comportement ne nuit nullement à autrui mais à des principes abstraits que l'on oppose à la libre détermination des individus, au nom d'un modèle abstrait de l'Humanité digne qu'ils sont sommés de suivre.

532. Il apparaît que l'ordre public peut justifier une interdiction de la dissimulation du visage mais dans certaines circonstances précises, déjà en cours dans la jurisprudence actuelle, c'est-à-dire lors de manifestations publiques, de contrôles d'identité rendus nécessaires par des éléments tenant à la sécurité, par exemple lorsque la mère vient chercher son enfant à l'école ou à la crèche, quand une personne se présente devant un Tribunal. Fonder une interdiction générale sur un motif aussi vague que le « vivre-ensemble » ne fait qu'introduire un flou artistique dans une matière extrêmement sensible et donner les pleins pouvoirs à l'autorité pour s'ingérer dans le libre arbitre de tout un chacun. Il ne faut pas écarter la possibilité que cette loi permettra de libérer des femmes dont la volonté n'est pas de porter le voile intégral, mais à quel prix, alors que des interdictions ponctuelles pourraient produire un effet similaire et permettre de dénouer des situations où l'inégalité des sexes est néfaste aux femmes.

533. L'interdiction générale n'est que l'aveu de la volonté de la société de contrôler ses citoyens dans leurs moindres faits et gestes. « Brandissant ses normes, l'Etat-peur politise une

[697] Frédéric DIEU, o*p. cit*.
[698] Anne-Marie LEROYER, *Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* (JO 3 mars 2011, p. 4128), RTD Civ. 2011 p.399.

question de société (V. rapport, p. 124), il envahit la sphère de la société civile et provoque la confusion non seulement entre le Droit et la morale, mais encore le Droit et la législation. Une nouvelle fois, l'Etat substitue des lois aux normes de comportement des individus; il remplace les codes non écrits de civilité par des codes écrits de contrainte »[699]. Pour contrer une telle déviance, il serait possible de s'inspirer de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui avait répondu, à un homme pratiquant Sikh qui se plaignait d'avoir été contraint d'ôter son turban lors d'un contrôle aéroportuaire, que « d'une part, les contrôles de sécurité dans les aéroports sont sans aucun doute nécessaires à la sécurité publique au sens de cette disposition. D'autre part, les modalités de leur mise en œuvre en l'espèce entrent dans la marge d'appréciation de l'Etat défendeur, d'autant plus clairement qu'il ne s'agit que d'une mesure ponctuelle »[700].

534. Il ressort de ces lignes que, derrière le fondement de l'ordre public, se cache la dignité de la personne humaine, dans sa dimension objective. En effet, le raisonnement consiste à considérer que les femmes revêtues de la burqa perdent leur dignité en se plaçant sous l'autorité exclusive de leur mari et d'une culture étrangère à la nôtre. A l'instar des personnes sans domicile fixe, les femmes porteuses de la burqa ne sont plus dignes de paraître dans l'espace public car elles exposent une différence inacceptable pour le citoyen lambda. Même si ce choix est animé par une intention véritable de pratiquer sereinement sa religion, il est trop éloigné des valeurs de la majorité et ne peut qu'être interdit.

535. La dignité objective réduit donc la libre disposition de soi à la portion congrue. Il convient de démontrer à présent que, même à supposer cette dignité nécessaire, elle ne peut être efficacement mise en œuvre, faute d'une autorité légitime permettant de départager entre les actes dignes et ceux indignes de la personne humaine.

§2 A la recherche d'un régime préservant la dignité de la personne en état végétatif

536. La dignité de la personne humaine entretient des rapports ambiguës avec les personnes en état végétatif en ce qu'elle permet leur protection (A) mais il paraît très difficile, voire impossible de déterminer un régime d'exécution efficace (B).

A. La dignité objective au secours de la libre disposition de soi :

[699] Jean-Philippe FELDMAN, *Burqua : une loi dangereuse et inutile*, Dalloz 2010, page 387.
[700] Souligné par nous. CEDH, Phull contre France, 11 janvier 2005, requête n°35753/03.

537. En soutenant l'humanité résidant chez les patients en état végétatif chronique, la dignité objective protège dans le même temps leur libre disposition d'eux-mêmes car elle permet leur reconnaissance en qualité de sujets titulaires de droits subjectifs, quand bien même ils ne sont plus en capacité d'émettre une opinion ou un consentement.

538. S'agissant de l'indemnisation des préjudices subis par des victimes en état végétatif, Aline TERRASSON de FOUGÈRES distingue deux écoles[701]. La première, subjective, « limite l'indemnisation du dommage corporel de la victime en raison de son état de quasi-inconscience ». L'auteur estime que « dans la gradation de l'indemnisation du préjudice de la victime (plus le préjudice subi est grave, plus l'indemnisation sera importante), la courbe ascendante s'effondrerait d'un coup : lorsque le préjudice subi est extrême, l'indemnisation serait moindre ! Considéré comme presque mort, la personnalité juridique de l'individu est amputée de certains des droits fondamentaux de la personne. C'est retrancher la victime de « l'ensemble de la condition humaine », une forme de mort civile ». Quant à l'école objective, elle « prône la réparation intégrale ».

539. La chambre criminelle de la Cour de cassation avait rallié la thèse de l'indemnisation objective des préjudices subis par la victime en écrivant le 11 octobre 1988 que «les juges doivent réparer intégralement le préjudice résultant de l'infraction ; (…) qu'en réduisant ainsi l'évaluation du dommage subi par Z... [plongé dans un état végétatif] au montant des dépenses nécessaires à sa subsistance, sans tenir compte du préjudice physiologique et économique résultant de la perte complète et définitive de sa santé et de sa capacité de travail, la cour d'appel a violé la règle ci-dessus rappelée »[702].

540. Dans ses arrêts du 22 février 1995, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation se range à son tour dans le giron de l'école objective. Elle énonce que « l'état végétatif d'une personne humaine n'excluant aucun chef d'indemnisation, son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments »[703]. En refusant l'indemnisation des préjudices personnels, les Cours d'appels n'avaient pas appliqué, à tort, le principe de dignité aux patients concernés. De manière réaliste, Yannick DAGORNE-LABBE approuve cette solution, en indiquant que le contraire eût abouti à laisser l'auteur se prévaloir de la gravité de sa faute pour en tirer une indemnisation moindre

[701] Aline TERRASSON de FOUGÈRES, *La résurrection de la mort civile*, RTD civ. 1997, page 893. Sur cette thématique, lire également Marie LANNOY, *Corps à corps : la personne humaine en droit de la responsabilité hospitalière*, RDSS 2015, page 117 : « Dans une approche *subjective*, la réalité de ce préjudice - et donc son indemnisation - dépendent de l'état de conscience de la personne. Dans une approche *objective*, au contraire, l'état d'inconscience de la personne ne fait pas obstacle à la réparation de son préjudice personnel ».
[702] Crim, 11 octobre 1988, n°87-81894.
[703] Civ 2°, n° 93-12644 et n°92-18731

d'un préjudice qu'il avait lui-même causé. En outre, cette approche instaure l'égalité entre les différents types de victimes[704]. Ce dernier point, crucial, est également souligné par Bertrand MATHIEU, selon lequel la Cour « refuse implicitement l'idée d'une hiérarchie entre les êtres humains. C'est en fait l'idée de dignité, partagée également par les hommes, quel que soit leur état, qui justifie la solution »[705]. Geneviève VINEY explique que la solution retenue « s'explique principalement par des raisons morales tenant au respect de la personne blessée »[706]. Dans le même sens, Yves CHARTIER écrit que « l'arrêt, (…), veut rappeler que toute personne est, et reste un être humain, fût-elle gravement atteinte. Et c'est pour cette raison qu'elle a droit à une indemnisation complète, quel que soit son état »[707]. Il s'agit ici d'une application de la dignité objective, qui ne se préoccupe pas de la volonté de la victime, laquelle n'est quoi qu'il en soit plus en capacité d'émettre un quelconque souhait. La Cour de cassation protège l'humain qui sommeille en chaque personne, quelle que soit son état de conscience. La seule exception introduite par la jurisprudence est l'exclusion de l'indemnisation du préjudice moral, lié à la douleur éprouvée en raison de la perte de son espérance de vie[708], ce qui paraît raisonnable, compte tenu de la perte de conscience de la victime. Il n'en demeure pas moins que ses préjudices esthétiques et d'agrément doivent être indemnisés.

541. Depuis le 24 novembre 2004, le Conseil d'état s'est aligné sur ses homologues judiciaires, en décidant que « la circonstance qu'un patient se trouve placé dans un état végétatif chronique, ne conduit, par elle-même, à exclure aucun chef d'indemnisation ni ne fait obstacle à ce que le préjudice subi par la victime soit réparé en tous ses éléments », en ce compris notamment le préjudice d'agrément[709]. Selon Christophe GUETTIER[710], la solution retenue

[704]Yannick DAGORNE-LABBE, *L'état végétatif de la victime d'un accident n'exclut aucun chef d'indemnisation et son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments*, La Semaine Juridique, Edition Générale n° 4, 24 Janvier 1996, II 22570.

[705] Bertrand MATHIEU, *La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?*, Dalloz 1996, chronique, page 282.

[706] Geneviève VINEY, *Responsabilité civile*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 14 Juin 1995, doctrine 3853.

[707] Yves CHARTIER, *Etat végétatif et réparation du préjudice*, Dalloz 1996, page 69.

[708] Voir notamment Crim 5 octobre 2010, n°10-81743 : « Attendu que, pour écarter cette demande, l'arrêt relève que, très gravement blessé à la tête, M. X... a présenté un coma dont il n'est jamais sorti et qu'il est décédé quinze jours après l'accident sans avoir jamais repris connaissance ; que les juges d'appel énoncent que ses ayants droit n'apportent aucun élément médical de nature à établir qu'à un moment quelconque au cours de cette période, M. X... aurait été en mesure de prendre conscience "d'une perte de chance de survie" ; qu'ils en déduisent que le préjudice allégué par ses ayants droit n'est pas démontré ; Attendu qu'en statuant ainsi, par des motifs procédant de son appréciation souveraine, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a justifié sa décision ».

[709] Conseil d'Etat, 24 novembre 2004, n°147080.

[710] Christophe GUETTIER, *Indemnisation d'un patient en état végétatif*, Responsabilité civile et assurances n° 5, Mai 2005, commentaire 164. Sur cette décision, lire également les conclusions du Commissaire du gouvernement Terry OLSON, L'indemnisation d'un patient en état végétatif, AJDA 2005, page 336. Pour une appréciation critique de l'arrêt, lire Christine CORMIER, *L'indemnisation des préjudices personnels subis par la*

s'explique par l'alignement nécessaire des jurisprudences des différentes juridictions pour ne pas créer d'inégalités entre les différents requérants, mais également par la volonté du juge de permettre que le recours de la caisse de sécurité sociale ne s'exerce pas l'intégralité des sommes versées. Il s'agit pour lui vraisemblablement du vrai fondement de l'arrêt qui ne serait en conséquence pas « une manifestation du principe du droit au respect de la dignité humaine qui voudrait que la victime soit protégée dans tous ses droits en tant que personne, sa conscience fût-elle altérée ». Nonobstant les réelles motivations judiciaires, il n'en demeure pas moins que la personne en état végétatif se voit ainsi reconnaître une véritable existence, une réelle dignité.

542. La dignité objective apparaît donc, à première vue, comme une conception utile car elle réhabilite l'Humain, quand bien même l'expression de la volonté ne pourrait se faire normalement. Dès lors cependant que l'on essaie d'appliquer cette dignité aux patients en état végétatif, l'on se heurte à un obstacle de taille. En l'absence de directives anticipées, quelle personne ou quelle entité est légitime à déterminer les actes qui seront conformes à la dignité du blessé ?

B. La difficile mise en œuvre de la dignité objective

543. Les personnes en état végétatif ne pouvant exprimer d'opinions sur leur condition, il apparaît de prime abord raisonnable de leur appliquer un principe de dignité objective sans se préoccuper d'un consentement qu'elles sont physiquement incapables de donner. Elles seront ainsi protégées contre toute tentative de réification car il sera à chaque fois rappelé qu'elles font toujours partie de l'Humanité en égalité avec les personnes capables de donner un consentement. Se pose toutefois ici une difficulté dirimante : comme déterminer l'instance, suffisamment sage et objective, capable de poser la limite entre les actes que l'on devrait

victime plongée dans un état de coma végétatif, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 37, 12 Septembre 2005, 1313 : Elle écrit en effet que « le juge aurait pu admettre l'existence du *pretium doloris* de la victime en état végétatif mais exclure celle du préjudice d'agrément à propos duquel la conception objective du préjudice se révèle particulièrement inadaptée. Il paraît, en effet, logique d'envisager la conscience comme étant un élément constitutif du préjudice d'agrément dès lors que l'existence de ce chef de préjudice est intimement liée à la perception que la victime a des privations ou des désagréments divers qui résultent, en l'occurrence, du coma végétatif. (…) [En outre], la finalité de l'indemnisation d'un préjudice personnel est, sinon de réparer celui-ci, du moins d'offrir une compensation d'ordre satisfactoire à la victime d'un tel préjudice. Or, il est difficile de considérer qu'un malade en état de coma végétatif chronique et irréversible puisse réellement être en mesure de bénéficier de cette compensation. Par suite, l'indemnisation des préjudices personnels de la victime réduite à l'état de coma végétatif risque de profiter essentiellement à ses proches ce qui est d'autant plus contestable qu'ils sont déjà susceptibles d'obtenir la réparation de leurs préjudices en qualité de victimes par ricochet ».

autoriser au nom de la dignité de l'Humanité encore présente chez la personne blessée et ceux que l'on devrait interdire[711] ?

544. Il apparaît que l'entité chargée de ces définitions, même si elle se pare des couleurs apparentes du législateur, de la magistrature, de la médecine consiste de fait dans l'application de l'opinion de la majorité de nos concitoyens, dans une société donnée et à un moment donné. Si l'on excepte les cas les plus extrêmes, tels que les crimes contre l'Humanité ou les actes de torture et de barbarie, la notion de dignité objective, alors qu'elle est initialement conçue comme un principe absolu, est vouée à ne pas remplir le rôle qui lui a été théoriquement dévolu en ce qu'elle devient forcément contingente. En effet, ce qui apparaît indigne à une certaine époque ne l'est plus à une autre. Il devient en conséquence difficile de croire encore en la pérennité des solutions juridiques fondées sur la dignité objective. La preuve en est l'arrêté du Maire qui avait interdit les combats de boxe, contraires à l'hygiène publique. De nos jours, de nombreuses compétitions des différents types de boxe, y compris les plus violents comme la boxe thaïlandaise, sont régulièrement organisés. Certains y discernent un « risque (...) que chacun détermine, définisse, sa propre dignité comme il l'entend »[712]. Hugues MOUTOUH cite Thierry CORNAVIN, selon lequel si l'on laisse les personnes décider individuellement de la définition de la dignité, dans le cadre d'une société ultra-libérale où l'homme est devenu une monnaie d'échange, « l'on frémit à la pensée de ce qu'il pourrait advenir de ceux dont on jugerait que la vie n'est plus "digne" »[713].

545. Un exemple paradigmatique de cette problématique réside dans l'affaire Lambert. « Victime d'un accident de la route le 29 septembre 2008, Vincent Lambert subit un grave traumatisme crânien qui le rendit tétraplégique et entièrement dépendant. (…) [Le] Dr Kariger, médecin en charge de Vincent Lambert et chef du service où il est hospitalisé, [décida] d'arrêter sa nutrition et de réduire son hydratation. Cette décision fut mise en œuvre le 10 avril 2013 ». Le 11 mai 2013, le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne fit droit aux demandes

[711] Yan THOMAS, *Le sujet de droit, la personne et la nature,* Le débat, Gallimard, mai-août 1998, n° 100, page 85 : "(...) s'il ne revient plus au sujet d'une telle dignité de la définir lui-même et d'en faire l'usage qui lui convient, il faudra bien en contrepartie qu'une instance tierce, un législateur ou son interprète, objective à son tour cette dignité et définisse, au besoin contre la personne elle-même, la part qui en est indisponible (comme tel usage de son corps ou tel emploi de sa dignité, etc.). Il faudra bien que cette autorité dispose souverainement de l'indisponibilité de la personne et que, sans autre garantie que la position dans laquelle elle s'autoproclame d'être un tiers, à la manière des Eglises, des monarques ou des Etats patriotiques, elle exige de chacun, à son propre égard, un sacrifice de soi."

[712] Béatrice MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La documentation Française (1999), page 41.

[713] Hugues MOUTOUH, *La dignité de l'homme en droit,* Revue de droit public et de la science politique, n°1 (1999), page 159.

des parents de Monsieur Lambert, de l'un de ses demi-frères et de l'une de ses sœurs, de rétablir l'alimentation et l'hydratation de l'intéressé. Au terme d'une consultation de la famille de Monsieur Lambert, « le Dr Kariger annonça le 11 janvier 2014 son intention d'interrompre la nutrition et l'hydratation artificielles à compter du 13 janvier ». Par jugement du 16 janvier 2014, le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne suspendit l'exécution de la décision médicale. Après avoir ordonné une expertise médicale, le Conseil d'État, le 24 juin 2014[714], décida « que les différentes conditions mises par loi pour que puisse être prise, par le médecin en charge du patient, une décision mettant fin à un traitement n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie et dont la poursuite traduirait ainsi une obstination déraisonnable peuvent être regardées, dans le cas de M. Vincent Lambert et au vu de l'instruction contradictoire menée par le Conseil d'État, comme réunies ; que la décision du 11 janvier 2014 du Dr Kariger de mettre fin à l'alimentation et à l'hydratation artificielles de M. Vincent Lambert ne peut, en conséquence, être tenue pour illégale »[715].

546. La décision du Conseil d'Etat du 24 juin 2014 a été diversement accueillie par la doctrine. Jean-René BINET déplore « qu'une loi conçue comme un rempart contre les certitudes technicistes et saluée comme un texte de grande sagesse, se mue en instrument de toute puissance médicale »[716]. Yves-Marie DOUBLET salue au contraire la casuistique de la décision. « Invitée à statuer sur le cas particulier de Vincent Lambert, cette décision est très attentive à la singularité de chaque situation. D'une part, elle se garde d'ériger un arrêt de principe. (…)D'autre part, elle insiste sur la nécessité pour le médecin de fonder sa décision d'arrêt de traitement sur un ensemble d'éléments médicaux et non médicaux dont l'importance ne peut être définie par avance et dépend du contexte personnel de chaque patient »[717]. Quant à Didier TRUCHET, il assume le fait que « traiter la décision de mettre fin

[714] Conseil d'état, 24 juin 2014, n° 375081. Sur cette décision, lire Diane POUPEAU, *L'affaire Lambert se poursuivra devant la CEDH, Conseil d'Etat 24 juin 2014*, AJDA 2014, page 1293 ; Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *Actualités de la bioéthique*, AJ famille 2014, page 396 ; Dominique THOUVENIN, L'arrêt « Lambert », miroir des limites de la loi du 22 avril 2005, dite loi Leonetti, RDSS 2014, page 1101.

[715] CEDH, Lambert et autres contre France, 5 juin 2015, requête n° 46043/14, paragraphes 1 à 50.

[716] Jean-René BINET, Affaire Vincent Lambert : arrêt de traitement suspendu, Droit de la famille n° 9, Septembre 2014, commentaire 141.

[717] Yves-Marie DOUBLET, *La décision du Conseil d'Etat du 24 juin 2014 sur l'arrêt des traitements de Vincent Lambert : une décision sage et raisonnée*, Les Petites Affiches, 17/10/2014, n°208, page 6. Dans le même sens, Marguerite CANEDO-PARIS, *Le juge administratif et l'euthanasie : les apports de l'affaire Vincent Lambert*, Revue du droit public, n°1, premier janvier 2015, page 41. Pour une interprétation nuancée de la décision, lire Daniel VIGNEAU, L'affaire *Vincent Lambert* et le Conseil d'État, Dalloz 2014, page 1856 : « l'analyse menée jette un regard qualitatif sur une vie qui n'est pas encore parvenue à sa fin et dans un but qui n'est pas de la préserver. C'est bien l'une des difficultés majeures soulevées par cette affaire. Procéder ainsi pour décider que le maintien d'une telle vie est artificiel et donc déraisonnable est une démarche qui, intellectuellement et en éthique, peut ne pas convaincre ».

à la vie d'un patient dont on ignore la volonté », est une « décision du médecin, sous le contrôle du juge »[718].

547. Les parents, un demi-frère et une sœur de Vincent Lambert saisirent ensuite la Cour européenne des droits de l'homme qui conclut au respect, par la France, des articles 2 et 8 de la Convention[719]. L'histoire n'est pas terminée car le Docteur Kariger a quitté ses fonctions, de telle sorte que le Conseil d'Etat a décidé, le 19 juillet 2017, que la procédure collégiale ayant conclu à l'arrêt des traitements, était devenue caduque et qu'il fallait en initier une autre[720]. Le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a, dans sa dernière décision de 2018, ordonné une nouvelle expertise médicale[721].

548. Cette affaire est l'illustration de l'extrême difficulté à déterminer, à la place de l'intéressé, l'instance régulatrice de vie et de mort et permettant de définir les actes conformes à la dignité de ce dernier. En effet, l'on peut appeler au secours la dignité pour justifier le maintien de l'alimentation de Vincent Lambert, qui mérite, en sa qualité d'être humain, d'être soigné jusqu'au bout des possibilités médicales et même au-delà, tout comme l'on peut recourir

---

[718] Didier TRUCHET, « L'affaire *Lambert »,* AJDA 2014, page 1669.

[719] Laurence BURGORGUE-LARSEN et en exergue le pathos dont la décision n'est pas exempte (*Actualité de la convention européenne des droits de l'homme (janvier - juillet 2015)*, AJDA 2015. 1732 53) :« les « précautions [du Conseil d'état consistant à recueillir l'avis *d'amicus curiae*, et à ordonner une expertise médicale] furent hautement valorisées par la grande chambre, à l'instar du poids donné aux témoignages des proches de Vincent Lambert sur le sens de ses souhaits. Autant d'éléments qui, à l'inverse, furent réfutés un à un par les juges dissidents qui étaient en phase avec la ligne défendue par les requérants, au point même d'affirmer que « la Cour aurait [.../...] dû donner plus d'importance à la valeur de la vie » (pt 7 de la dissidence). A la lecture de cette phrase, on ne peut s'empêcher de penser que dans ce genre d'affaires, malgré les incroyables précautions prises à l'échelle médicale et judiciaire, c'est toujours *in fine* les intimes convictions du cœur qui l'emportent… ». ; Jean-René BINET estime que la décision de la Cour européenne n'est pas à la hauteur des enjeux (*Pas de violation du droit à la vie du patient en cas d'interruption de son alimentation et de son hydratation*, Droit de la famille n° 9, Septembre 2015, commentaire 180) : « Si l'on peut être convaincu par l'équilibre auquel est parvenu le législateur, on peut relever, dans la présente affaire, certaines affirmations contradictoires qui brouillent la clarté prétendue de l'application de la loi. (…) Pourquoi alors affirmer ensuite, comme le fait la cour, que « le patient, même hors d'état d'exprimer sa volonté, est celui dont le consentement doit rester au centre du processus décisionnel » et ne retenir, au soutien de cette volonté que les témoignages favorables à l'arrêt des traitements ? Et, puisque le « consentement du patient » est tellement important, que se passera-t-il si, dans une autre affaire, nulle personne de confiance, nul membre de la famille, nul proche, nulles directives anticipées ne permettent de discerner sa volonté ? Cela signifiera-t-il que le médecin ne peut prendre aucune décision en respectant la procédure l'article R. 4127-37 du Code de la santé publique ? »; Jean-Grégoire MAHINGA rejoint le commentaire de Didier TRUCHET sur la décision prise par le Conseil d'état le 24 juin 2014 (*Noli me tangere (à propos de CEDH, 5 juin 2015, Vincent Lambert)*, Les Petites Affiches, 9 juillet 2015, n° 136, page 7) : « Il faut admetttre que dans le cas où il n'existe aucune expression explicite de volonté et en l'absence de désignation d'une personne de confiance, toute tentative visant à interpréter une volonté implicite confine à la divination. Ce qui constitue la porte ouverte à toutes les manipulations. Aussi, dans une telle situation, faudrait-il préférer un choix fondé sur la décision médicale. Car celle-ci trouve son fondement dans des considérations purement médicales. Par ailleurs, l'avantage d'une procédure mise en œuvre par décision médicale est de soumettre celle-ci au contrôle juridictionnel. C'est l'option prise par le droit français »). Lire également François VIALLA, *Nous savons qu'il faut mourir, et qui sait si ce n'est pas aujourd'hui même*, Dalloz 2015, page 1625 ;

[720] Conseil d'Etat, 19 juillet 2017, n° 402472.

[721] François VIALLA, *Fin de vie (arrêt des traitements) : nouvelle expertise dans l'affaire Vincent Lambert – Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne 20 avril 2018*, Dalloz 2018, page 896.

à ce même concept pour appuyer un arrêt des traitements et ne pas laisser le blessé dans des conditions de vie si diminuées. Les médecins sont disqualifiés par la famille, et la bataille fait conséquemment rage dans l'arène juridictionnelle. Or, la dignité objective, dans sa conception initiale, est censée s'imposer aux yeux de tous et non changer de contenu en fonction du juge qui a à connaître de l'affaire. La casuistique n'est pas mauvaise en soi, surtout en cette matière si sensible, mais elle doit alors être assumée, et non plus être abritée sous le manteau d'un principe indérogeable.

549. Ainsi que l'a écrit Daniel VIGNEAU, « le problème posé n'est pas ici de savoir si une personne peut, au nom du principe d'autonomie personnelle que la Cour de Strasbourg regarde comme un corollaire du droit au respect de la vie privée, prendre elle-même, de façon explicite et insistante et avec l'aide du médecin, des décisions concernant sa fin de vie, ce qui est déjà discutable, mais bien de savoir s'il est admissible que la loi permette à autrui, fût-il un médecin, de prendre une décision devant causer la mort d'une personne inconsciente n'ayant formulé en ce sens aucune volonté explicite »[722]. En l'absence de directives données par Mr Vincent Lambert et de tiers digne de confiance, la famille se déchire autour des directives médicales pourtant constantes et collégiales, ce par juges interposés. C'est ainsi que la doctrine a pu déplorer l'acharnement des plaideurs. « Dessaisir le corps médical de la décision, malgré une discussion collégiale, annuler les décisions de justice malgré de longs débats et de nombreux avis d'instances éthiques, pour chercher dans d'autres lieux d'autres avis est une fuite sans fin dont le sens et la temporalité sont, in fine, trop éloigné du patient. Il faut que l'application de la loi puisse permettre de trouver le juste chemin entre acharnement thérapeutique et euthanasie, en valorisant l'accompagnement, la décision collégiale et la réflexion éthique sur le sens du soin »[723].

550. Il résulte de ces développements que la dignité objective appliquée aux personnes en état végétatif ne paraît pas être le concept adapté car la matière requiert une finesse d'analyse et l'adoption de solutions nuancées auxquelles ladite dignité ne peut donner naissance. La notion de dignité objective, qualifiée de principe indépassable, devrait aboutir à une décision sereine, univoque et définitive. Mais la réalité humaine est bien plus complexe, ce dont il résulte

[722] Daniel VIGNEAU, « L'affaire *Vincent Lambert* et le Conseil d'État », Dalloz 2014, page 1856.

[723] Hélène PAULIAT, Dominique BORDESSOULE, Sophie TRARIEUX-SIGNOL, Stéphane MOREAU, *Affaire Vincent Lambert : au-delà de la légalité, la volonté du patient*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 41, 13 Octobre 2014, 2284. Pour une appréciation plus mesurée de l'acharnement des requérants, lire Anne LAUDE, Droit de la santé, Dalloz 2014, page 2021: « L'inquiétude suscitée par ce contentieux relatif à la fin de vie fait parfois craindre une judiciarisation de la relation médicale. N'y a-t-il pas un risque de voir les patients contester systématiquement en justice les décisions prises par leurs médecins ? Cela ne nous semble pas inéluctable ».

que la dignité objective est vidée de sa substance initiale et devient dépendante du médecin ou du juge qui l'apprécie.

551. En conclusion de ce chapitre, la dignité objective, en sus de ne pouvoir se rallier à une théorie philosophique connue, aboutirait, si elle était appliquée à la société dans son ensemble, à l'élaboration d'un système de contrôle des comportements individuels très intrusifs. C'est en tout ce qui ressort de l'étude comparative des effets du bio-pouvoir et du pouvoir néo-libéral et de ceux de la dignité objective. Le premier réduit considérablement la libre disposition de soi tandis que le second la détourne à son seul et unique profit. Or, la dignité objective est un principe qui restreint également la libre disposition de soi, ainsi que cela a été examiné pour les personnes atteintes de nanisme, pour les personnes sans domicile fixe et pour les femmes porteuses de la burqa. Tout comme le pouvoir néo-libéral, la dignité objective aliène en outre l'individu en ce que celui-ci ne maîtrise pas la détermination des actes conformes à sa dignité et de ceux qui ne le sont pas. Un obstacle de taille surgit toutefois dans les modalités d'application de la dignité objective. Il s'agit de la difficulté de définir l'entité capable de déterminer pour chacun le contenu de sa dignité. Celle-ci se veut un principe immuable, et pourtant elle est vouée à la contingence, ce qui la vide de sa substance initiale.

552. Il ressort des explications livrées dans ce deuxième titre que la dignité objective n'est pas un instrument adapté à la contention équilibrée de la libre disposition de soi. En effet, du fait de son positionnement théorique en tant que principe absolu et indépassable, son maniement n'est pas suffisamment nuancé pour prendre en considération la casuistique inévitable des vies humaines. Il ne s'agit pas ici de lui dénier toute utilité en ce que le rappel de la valeur de chaque être est parfois salvateur et permet d'éviter que les individus ne se mettent démesurément en danger. C''est ainsi par exemple que le positionnement des pouvoirs publics, consistant à prendre d'office en charge les personnes sans domicile fixe par temps de grands froids est à approuver et non à condamner parce que ces derniers n'auraient pas respecté la libre disposition de ses malheureux. Il n'en demeure pas moins que la dignité objective dégénère en une mise sous tutelle inacceptable de la personne humaine, interdisant certaines attractions de foire, contraignant les personnes sans domicile fixe à ne plus se rendre dans les centre-villes touristiques, condamnant le port de la burqa, ce contre la volonté pourtant bien affirmée des personnes concernées. Il aura donc été démontré que la dignité objective va trop loin dans sa lecture univoque des comportements acceptables et respectueux de l'Humanité. On se sera enfin rendu compte, après avoir envisagé le sort des patients en état végétatif, que la dignité objective, malgré toutes ses promesses initiales, n'a pas un contenu stable mais qu'elle dépend

au contraire de la personne qui l'invoque. Elle ne peut remplir sa mission première qui est de tracer des lignes de conduites prédéterminées qui ne violent pas le cœur de l'Humanité puisque son contenu est fonction de l'individu qui s'en prévaut. Perçue comme étant trop manichéenne pour s'appliquer avec la subtilité requise à la libre disposition de soi, la dignité objective est finalement un principe dont l'application dépend trop des circonstances de temps et de lieu pour protéger de manière durable cette libre disposition de soi. En d'autres termes, elle échoue aussi bien en sa qualité de principe indérogeable, qu'en sa qualité de notion contingente.

553. Au terme de cette première partie, l'on aura démontré que tant l'ordre public classique que les deux types de dignités échouent à encadrer juridiquement la libre disposition de soi. L'ordre public est mis en échec par le pouvoir des volontés individuelles lorsque ces dernières sont déterminées à supporter les conséquences de leur comportement illégal ou velléitaire. C'est à cette occasion que l'on se rend compte du pouvoir d'une seule volonté lorsqu'elle s'érige contre la société. Celle-ci ne peut en effet être anihilée et atteint immanquablement son but.

554. Quant à la dignité subjective, elle sert de contrepoids à l'ordre public classique en permettant aux individus de s'opposer à un trop grand cantonnement de leur libre disposition d'eux-mêmes. Son rôle est cependant destiné à rester ponctuel et ne saurait constituer un principe cardinal dans l'encadrement de la libre disposition de soi. Enfin, la dignité objective est soit trop castratrice lorsqu'elle s'érige en principe indérogeable que l'ensemble de la population est censée suivre au nom d'une certaine idée de l'Humanité, soit trop contingente et donc dépourvue de sa valeur essentielle lorsqu'elle descend totalement dans l'arène juridique. La dignité objective ne sait se départir de ces deux extrêmes et perd ainsi de sa valeur opératoire.

555. En vue de diriger convenablement les individus dans les hypothèses où ils sont susceptibles de se nuire à eux-mêmes, mais tout en leur laissant une dose suffisante de libre arbitre, il faut donc un nouvel instrument juridique : l'ordre public de direction de la personne.

PARTIE II

L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE, NOUVEL INSTRUMENT JURIDIQUE D'ENCADREMENT DE LA LIBRE DISPOSITION DE SOI

556. L'objectif de la première partie a été de démontrer l'inadéquation aussi bien de l'ordre public classique que de la dignité objective pour encadrer la libre disposition de soi. Le premier échoue à endiguer le cours tumultueux des désirs individuels qui trouvent toujours un sentier pour parvenir à leurs fins, à l'instar des sportifs dopés par appât de la gloire et du gain, ou des consommateurs de stupéfiants bien décidés à ne pas contrôler leur addiction. Quant à la dignité objective, elle présente un fonctionnement trop manichéen et ne s'adapte pas avec succès au doigté requis pour manier la libre disposition de soi. C'est ainsi notamment que la dignité objective ne permet pas l'affirmation d'un droit à la différence en faveur des personnes de petite taille ou des personnes sans domicile fixe, les éradiquant de la scène juridique des individus doués de leur entière capacité d'exercice.

557. Face à ce double échec, il faut à présent se pencher sur la construction d'un nouvel instrument qui ne répètera pas les erreurs de ses frères juridiques. De l'ordre public, celui-ci doit prendre l'aspect directif pour éviter que l'homme ne devienne une créature en apesanteur, sans repères ni limites. Il est nécessaire de diriger, et non pas seulement de protéger la libre disposition de soi. En effet, ainsi que la première partie l'a démontré, les volontés individuelles parviennent toujours à trouver un chemin pour réaliser leurs désirs, de sorte que l'objectif premier d'une législation sur la libre disposition de soi doit être celui de son encadrement pour que ladite disposition ne déborde pas sur l'espace d'autrui ou sur celui de la société. Aux fins d'illustrer ce propos, citons l'exemple des personnes transsexuelles. Pendant plusieurs années, la jurisprudence française a refusé de reconnaître la modification de leur état civil, au nom du principe de l'indisponibilité de celui-ci. Toutefois, l'on sait que sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, les personnes transsexuelles se sont vues reconnaître un droit spécifique au changement de leur identité de genre. Se pose à présent la question des limites à imposer à ces dernières : quel sort réserver à leur mariage, aux liens de filiation établis antérieurement au changement d'identité sexuelle, faut-il imposer que le changement physique soit doublé d'une stérilité de fait, de sorte qu'une personne juridiquement identifiée comme un homme ne puisse pas tomber enceint ? En bref, s'il a été dans un premier temps nécessaire de reconnaître et de sauvegarder la libre disposition de son identité sexuelle, le flot tumultueux de cette dernière doit à présent être dirigé et non plus seulement protégé.

558. Aux fins d'exister, l'ordre public de direction de la personne devra respecter une règle de proportionnalité et tendre vers l'objectif du Bien commun. Tout d'abord, pour ne pas se laisser déborder par les désirs individuels, le nouvel ordre public doit se garder de la tentation de verser, ainsi que l'a fait l'ordre public classique, dans le manichéisme de la dignité objective.

L'encadrement de la libre disposition de soi doit donc se construire suivant une échelle nuancée offrant d'infinies possibilités de réalisations personnelles et non pas suivant une simple dichotomie posée entre le Bien et le Mal. En d'autres termes, l'ordre public de direction de la personne, pour éviter la critique d'un fonctionnement trop binaire et trop simpliste, doit s'appliquer selon un principe de proportionnalité directement inspiré du contrôle effectué par la Cour européenne des droits de l'homme. Ceci permettra de nuancer les réponses apportées par le Droit, de sorte à ne pas juguler la libre disposition de soi dans des hypothèses où les conséquences d'une telle interdiction seraient trop graves pour l'individu concerné.

559. Il n'en demeure pas moins que le principe de proportionnalité existe déjà et ne permet pas à lui seul de garantir que la libre disposition de soi soit correctement dirigée par le législateur ou par les juges. La construction de l'ordre public de direction de la personne s'achève donc avec son inféodation à un objectif supérieur, le Bien commun. Celui-ci se fonde sur les racines théoriques de la décroissance fraternelle. Il tend à voir réaliser « moins de biens, mais plus de liens »[724]. Ce Bien commun permettrait de mieux expliquer, par exemple, que l'individu transsexuel rejoigne sa véritable appartenance genrée, sans pour autant que ne lui soit reconnu le droit d'engendrer des enfants en utilisant ses organes reproductifs d'origine. La première opération conditionne la qualité de vie des personnes transsexuelles, mais également leur intégrité, certaines d'entre elles qui ne pouvaient accéder à un changement complet de leur état ayant commis des tentatives de suicide. En revanche, la deuxième opération ne correspond pas à l'intérêt de l'enfant qui requiert de pouvoir identifier le genre de ses géniteurs, que ceux-ci soit hétéro ou homosexuels. Elle contrevient au Bien commun en ce qu'elle donnerait naissance à des générations « hors-sol », dont les parents biologiques auraient utilisé la science pour faire valoir leur droit à un enfant. Une telle attitude revendicative et strictement égotiste rompt la chaîne de solidarité qui doit courir le long de la société pour que celle-ci demeure vivable et acceptée par l'ensemble des citoyens.

560. L'ordre public de direction de la personne doit donc se plier à un principe de proportionnalité pour que la libre disposition de soi soit guidée non seulement vers la réalisation de l'objectif individuel recherché mais également vers celle du Bien commun. C'est à cette double condition que l'on recherchera ensuite les solutions juridiques à conserver et celles à modifier pour que soient respectés à la fois la libre disposition de soi et les intérêts de la société. L'on envisagera notamment la prise en considération d'ores et déjà mesurée des pratiques

[724] Inspiré de Paul ARIÈS, *Décroissance et gratuité. Moins de biens, plus de liens,* éditions Golias (2010).

sadomasochistes, mais également les progrès qui demeurent à accomplir dans certaines questions sensibles de société, telles que celle de la prostitution. Après avoir ainsi envisagé l'ordre public nouveau appliqué à la conception classique de la personne, il conviendra enfin de s'attacher à élaborer des règles impératives prospectives, susceptibles de restreindre la libre disposition de soi de la personne transhumaine. A défaut, il sera démontré que la société ne pourra que devenir un empire unifié sous le drapeau d'un petit nombre de personnes fortunées et améliorées par les sciences.

561. En conséquence, une fois décrite la construction du nouvel ordre public de direction de la personne (Titre I), il conviendra d'examiner ses applications pratiques tant au regard de la conception classique de la personne que vis-à-vis du possible futur transhumain (Titre II).

TITRE I LA CONSTRUCTION DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE

563. Deux options se dégagent en la matière, selon la conception que l'on se forge de l'être humain. Si l'on considère que ce dernier n'est que le reflet d'un dieu ou un simple support des caractéristiques supérieures de l'espèce humaine – dit autrement le reflet d'un dieu laïc-, il ne peut alors posséder un quelconque contrôle sur ses actions. Il est dépourvu de marge de manœuvre car il se doit de respecter l'image que son créateur lui impose. « Il en résulte que la personne ne peut tuer son corps en se suicidant, qu'elle ne peut faire avorter le fœtus qui est une personne au moins en puissance, qu'elle doit soigner son corps malade avec le secours de la médecine, le garder des agressions des drogues, et n'est pas autorisée à avancer l'heure de la mort même imminente et fatale »[725]. En d'autres termes, l'individu est tenu à un devoir de conservation de son corps et de son âme, sous peine de ne plus être considéré comme faisant partie de l'Humanité en perdant sa congruence avec l'image divine ou avec sa dignité. Il n'est pas libre de disposer de lui-même et n'est autorisé qu'à suivre les préceptes qu'on lui impose. Un intérêt supérieur, celui de l'Humanité, guide donc toutes les conduites individuelles dans un sens que celles-ci ne contrôlent pas.

564. En revanche, si l'on admet que l'homme est livré à lui-même dans le vaste univers, qu'il ne dépend ni d'une religion, ni de préceptes laïcs définissant ce que doit être une personne humaine, mais qu'il est un atome unique, un individu à part entière, alors il faut laisser à cet homme son libre arbitre, sa liberté de se fourvoyer, de se nuire. « Les transcendances qui ont été présentées sont des produits de la culture. Elles sont construites et apprises. Adhérer à celle-là plutôt qu'à celle-ci dépend d'un acte de foi. (...) La réalité durable réside dans la conscience que chacun a de sa propre personne. Alors comment ne pas être tenté de s'en tenir à elle, de se déterminer en elle, sans faire appel à des béquilles extérieures ? Voici la volonté de la personne livrée à elle-même, c'est-à-dire à la raison, pour faire ses choix »[726]. Cette deuxième option amène à l'élaboration d'un être humain à la liberté illimitée. Il ne s'ancre plus dans une société, dans une tradition mais est au contraire le seul auteur des valeurs qu'il choisit de privilégier. Nul n'est légitime à lui dicter sa conduite en aucune circonstance, car il est le seul maître de

[725] Raymond MARTIN, *Personne, corps et volonté*, Dalloz (2000), page 505.
[726] Raymond MARTIN, *op. cit.*

son destin. L'individu, libre de disposer de lui-même, prime sur l'intérêt général lequel, dans un tel cadre, est inexistant.

565. A la croisée de ces deux chemins extrêmes soit du contrôle infini soit de la liberté infinie, se trouve l'ordre public de direction de la personne. Celui-ci vise à encadrer la libre disposition de soi mais n'a pas pour objectif de la contrôler dans ses moindres manifestations individuelles. Cet ordre public sait lui laisser un espace de respiration propice à son développement harmonieux. Un tel instrument n'existe pas en droit positif. Il est temps de démontrer que sa conception est possible, et même souhaitable.

566. Le principe de proportionnalité in concreto constitue tout d'abord le moyen par lequel l'ordre public de direction de la personne embrasse toute la complexité des vies humaines pour mesurer l'empreinte qu'il laisse sur la libre disposition de soi. Un peu à la manière du traitement juridique de l'inceste qui recouvre une zone où ce dernier n'est pas constitué, une zone grise où il est certes constitué mais autorisé par les pouvoirs publics, une zone noire où il est formellement interdit, il convient de construire une application proportionnée de l'ordre public. Se faisant, ce dernier pourra varier en intensité selon les situations, rendant son intervention toujours opportune.

567. L'ordre public de direction de la personne doit ensuite tendre vers un objectif fraternel, le Bien commun, sans lequel il n'est qu'un instrument d'oppression des libertés publiques, placé entre les mains du pouvoir central. Ce deuxième élément est tout aussi primordial que le principe de proportionnalité car il garantit également que les volontés individuelles ne soient pas brimées au-delà de ce qui est nécessaire. Dans le même temps, il est le mur dans lequel la libre disposition de soi, lorsqu'elle est dévoyée, instrumentalisée, bute et ne détruit en conséquence pas son auteur.

568. Ainsi sera-t-il démontré que l'ordre public de direction de la personne se construit de manière à limiter la libre disposition de soi sans pour autant l'anéantir. Pour se faire, il utilise le principe de proportionnalité in concreto tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Chapitre I) et poursuit l'objectif d'un Bien commun décroissant et fraternel (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA PROPORTIONNALITÉ IN CONCRETO, MOYEN DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE

570. Dans l'arrêt fondateur Benjamin[727], « pour interdire les conférences du sieur René Benjamin, figurant au programme de galas littéraires organisés par le Syndicat d'initiative de Nevers, et qui présentaient toutes deux le caractère de conférences publiques, le maire s'est fondé sur ce que la venue du sieur René Benjamin à Nevers était de nature à troubler l'ordre public ». Cependant, le Conseil d'Etat a estimé « qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ». Entre la liberté de réunion et d'expression d'une part, et les nécessités de l'ordre public d'autre part, ce sont les premières qui prévalent par application du principe de proportionnalité : interdire la venue de René Benjamin eût été disproportionné par rapport aux mesures de police que le Maire pouvait prendre aux fins de prévenir tout risque de trouble à l'ordre public. « On voit bien ici les éléments de la trilogie : une situation (l'éventualité de troubles), une finalité (le maintien de l'ordre), une décision disproportionnée (l'interdiction de la conférence) »[728].

571. Cette jurisprudence a une longue descendance, jusque par exemple 2016, où le Conseil d'Etat, répondant à une question prioritaire de constitutionnalité, a décidé qu'une personne s'étant trouvée coupable d'actes de terrorisme ayant affecté une commune, pouvait légitimement se voir refuser son inhumation dans cette même commune, du fait des pouvoirs de police du Maire qui ne pouvait prendre une autre mesure de nature à prévenir les risques de trouble à l'ordre public[729]. Les autorités publiques doivent donc sans cesse établir la balance entre les libertés individuelles et l'intérêt de la société personnifié par l'ordre public. En fonction de la proportionnalité des mesures attentatoires aux libertés par rapport aux risques qu'encourent la sécurité, la tranquillité et la salubrité d'autrui, les pouvoirs publics feront prévaloir l'ordre public ou la liberté concernée.

572. La proportionnalité irrigue également le droit privé. Ainsi, la théorie de l'abus de droit est-elle inspirée de ce concept. Par exemple, un copropriétaire qui dirige sa vindicte contre

[727] Conseil d'Etat, 19 mai 1933, n°17413.
[728] Guy BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, in *Mélanges offerts à Marcel WALINE*, LGDJ (1974), page 297.
[729] Conseil d'Etat, 16 décembre 2016, n°403738.

toutes les décisions prises par l'assemblée générale alors que les formes ainsi que l'opportunité des actes retenus sont correctes, peut se voir condamné à une amende civile pour avoir abusé de son droit d'agir en justice. « C'est [la théorie de l'abus de droit] qui va rendre juridiquement concevable ce qui jusque-là reposait sur la notion suspecte d'équité. Désormais, le juge dispose d'un instrument qui lui permet de mesurer son intrusion dans l'autonomie des volontés. Il vérifie si, entre les engagements réciproques, la disproportion n'est pas flagrante »[730].

573. Au regard spécifiquement de la libre disposition de soi, c'est le principe de proportionnalité in concreto, tel qu'il ressort dorénavant de la jurisprudence, qui constitue un moyen de mettre celle-ci en pratique, de manière raisonnable. En effet, à l'inverse de la dignité objective, il permet au Droit de s'appliquer de manière mesurée et nuancée. Au surplus, ledit principe, en dégageant à la libre disposition de soi un espace d'expression, diminue les risques de débordement par les volontés individuelles, ce que ne permettait pas de prévenir l'ordre public classique.

574. Il y a donc lieu de traiter du principe de proportionnalité tel que défini, en concordance avec la subsidiarité, par la Cour européenne des droits de l'homme (section I). Puis l'émergence grandissante de ce principe sera examinée au travers des jurisprudences judiciaire et administrative (section II).

SECTION I LA DÉFINITION EUROPÉENNE DES PRINCIPES DE SUBSIDIARITÉ ET DE PROPORTIONNALITÉ IN CONCRETO

575. La Cour européenne des droits de l'homme a une approche de la libre disposition de soi que certains qualifieraient de casuistique, et que d'autres appelleraient mesurée. Il ne s'agit en fait que de l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, lesquels entraînent une appréciation différenciée des situations litigieuses. Les solutions ne sont pas véritablement prévisibles, introduisant par là une insécurité juridique certaine. C'est cependant à ce prix que la libre disposition de soi trouve un développement harmonieux car elle n'est pas enfermée dans un carcan de règles prédéfinies et immuables. Elle varie en fonction de l'appréciation des intérêts en présence.

576. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme revendique le fait de n'intervenir qu'après les autorités nationales, ces dernières étant les mieux à mêmes de juger des limites à imposer à la libre disposition de soi (§1). La marge d'appréciation des Etats membres n'est

[730] Paul MARTENS, *L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité*, in *Mélanges offerts à Jacques VELU,* Tome premier, Bruylant (1992), page 49.

cependant pas illimitée et la Cour procède à un contrôle de proportionnalité pour déterminer si l'ingérence dans le droit ou la liberté concernés est bien légitime (§2).

§1 Du principe de subsidiarité confronté à la libre disposition de soi

577. Il convient de définir le principe de subsidiarité, qui demeure un point cardinal de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (A), avant d'en livrer un exemple dans le domaine de la libre disposition de soi (B).

A. Définition jurisprudentielle du principe

578. Lorsque les solutions juridiques concernant une problématique donnée, en ce compris la libre disposition de soi, sont encore divergentes au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme n'impose pas sa propre vision de la question, mais se fonde sur le principe de subsidiarité pour laisser les autorités nationales arbitrer entre les intérêts en présence. Ainsi, la libre disposition de soi, à l'image des droits et libertés fondamentaux, n'est-elle pas enfermée dans un carcan européen rigide et castrateur.

579. La Cour européenne des droits de l'homme met en forme le principe de subsidiarité dans un arrêt *Handyside contre Royaume-Uni* du 7 décembre 1976. « La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme (...). La Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes (…) »[731]. « La Convention européenne des droits de l'homme confie en premier lieu aux autorités nationales – plus particulièrement au juge national, juge naturel de la convention – le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. La convention a donc un caractère second par rapport aux droits nationaux, ses règles de fond ne visant nullement à se substituer aux règles de droit interne mais, si besoin, à le compléter ou à pallier ses insuffisances »[732]. En effet, « les Etats, premiers responsables de la protection des droits

[731] CEDH, *Handyside contre Royaume Uni*, 7 décembre 1976, requête n°5493/72, paragraphe 48.
[732] Frédéric SUDRE, JurisClasseur Europe Traité, Fascicule 6500 : Convention européenne des droits de l'homme, Caractères généraux (29 Février 2016).

fondamentaux, sont aussi à bien des égards les mieux à même d'assurer une protection complète et efficace de ces droits »[733].

580. L'un des corollaires du principe de subsidiarité réside dans l'établissement d'une marge nationale d'appréciation « sur des questions particulièrement difficiles – notamment celles où il y a de grands enjeux de valeurs morales et éthique en discussion »[734]. Dès l'arrêt Affaire linguistique belge, la Cour européenne a énoncé qu'elle « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention »[735]. « Le juge européen prend acte de ce que les autorités nationales ont la meilleure connaissance des circonstances et des conditions locales d'application de la Convention et constate que « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer » sur le contenu des exigences de l'ordre public et la nécessité d'une restriction à une liberté. (…) [En outre], la marge d'appréciation est aussi la traduction d'une exigence idéologique qu'exprime l'arrêt Handyside (§49) : composante de la « société démocratique », le « pluralisme » joue également à l'intérieur de la communauté des Etats européens. La Cour européenne se montre ainsi sensible à la diversité européenne, notamment des cultures juridiques (…) »[736].

581. La marge nationale d'appréciation des Etats n'est toutefois pas illimitée. Elle est inexistante concernant certains droits indérogeables comme le droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être soumis à l'esclavage ou à la servitude. S'agissant des autres droits et libertés libellés aux articles 8 à 11 de la Convention, et donc de la libre disposition de soi assise sur l'article 8, la Cour européenne des droits de l'homme « recherche si l'ingérence est proportionnée au but légitime poursuivi et vérifie alors qu'un "juste équilibre" a été ménagé entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu »[737]. Plus grande est la marge nationale d'appréciation, moins profond et détaillé le contrôle juridictionnel

[733] Jean-Marc SAUVÉ, *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Dalloz 2010, page 1368.
[734] Pascal MBONGO, *Libertés et droits fondamentaux*, Berger-Levrault (2015), page 166.
[735] CEDH, affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" contre BELGIQUE, 23 juillet 1968, requêtes n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64. .
[736] Frédéric SUDRE, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Adeline GOUTTENOIRE, Gérard GONZALEZ, Laure MILANO, Hélène SURREL, Fabien MARCHADIER, Caroline PICHERAL, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Hommes,* PUF (2015), Pages 80-81.
[737] Frédéric SUDRE, JurisClasseur Europe Traité, Fascicule 6500 : Convention européenne des droits de l'homme – Caractères généraux (29 Février 2016).

de proportionnalité sera. A l'inverse ledit contrôle sera renforcé dès lors que la marge nationale d'appréciation sera réduite.

B. Un exemple : l'arrêt *Odièvre contre France*

582. Par exemple, dans l'arrêt *Odièvre contre France*[738], la Cour européenne des droits de l'homme met en balance « d'un côté, (…) le droit à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée ; (…) de l'autre, (…) l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées ». Pour résoudre ce conflit, la Cour européenne analyse la marge nationale d'appréciation de l'Etat français en matière d'accouchement sous X. Elle « déduit que face à la diversité des systèmes et traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon, les Etats doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction ». La Cour européenne reconnaît par ce biais que la France dispose d'une marge d'appréciation aux fins d'apprécier l'arbitrage à effectuer entre le droit de l'enfant à connaître ses origines et la libre disposition de la qualité de mère.

583. Plusieurs auteurs se sont émus du raisonnement fondé sur l'absence de convergence législative au sein des Etats membres de la Convention. Selon Blandine MALLET-BRICOUT, « il semble [au contraire] qu'un consensus se dégage à l'heure actuelle en Europe pour limiter l'absolutisme de l'accouchement et de l'abandon anonymes, afin de respecter un tant soit peu les droits de l'enfant né sous X ou abandonné anonymement dans un endroit organisé pour le recevoir. Sur ce constat qu'elle s'est refusée à effectuer, la Cour européenne des droits de l'homme aurait pu considérer que la marge d'appréciation laissée à l'Etat français devait être limitée, et pousser ainsi la France à améliorer sa législation »[739]. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, quant à lui, s'étonne de « la conclusion que la Cour tire de l'isolement de la France en matière d'accouchement sous X. Après avoir constaté qu'il n'y avait pas d'autres législations consacrant l'impossibilité à jamais d'établir un lien de filiation à l'égard de la mère biologique, elle aurait dû constater l'existence, en faveur de l'accès aux origines, d'un consensus européen, à peine troublé par la récente instauration en Allemagne de la pratique des « boîtes à bébés » (Babyklappen) qui conduit logiquement et habituellement, à restreindre la marge d'appréciation

[738] CEDH, 13 février 2003, requête n°42326/98.
[739] Blandine MALLET-BRICOUT, *Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz 2003, page 1240.

de l'Etat »[740]. Adeline GOUTTENOIRE et Frédéric SUDRE se montrent très critiques de la solution retenue par la Cour au regard de la marge nationale d'appréciation. « (…) Ce constat de l'absence d'un dénominateur commun fournit, une fois encore, à la cour un alibi commode pour reconnaître à l'État une "certaine marge d'appréciation" pour décider des mesures propres à assurer le respect du droit à la connaissance de ses origines et ouvre la voie au refus du juge européen de mettre à la charge de l'État une obligation positive - ici, celle de divulguer des informations sur la naissance de la personne - qui aurait pour effet d'étendre le contenu du droit protégé »[741].

584. Quoi qu'il en soit, la Cour européenne estime que « la législation française tente (…) d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause. La Cour observe à cet égard que les Etats doivent pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment les plus adaptés au but de la conciliation ainsi recherchée. Au total, la Cour estime que la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs ». Grâce au recours à la marge nationale d'appréciation, la Cour européenne avalise la solution française consistant à faire prévaloir la libre disposition de la qualité de mère sur le droit de connaître ses origines. Par le biais de l'accouchement sous X, la femme a en effet la possibilité de décider si elle souhaite assumer son rôle d'ascendant d'un enfant. Elle peut refuser d'être mère, et se contenter d'être la gestatrice contrainte et forcée d'un être humain. Quand bien même la solution législative française est isolée sur le plan européen, la complexité de la matière, les intérêts multiples qui s'entrechoquent commandent de laisser une marge d'appréciation à l'Etat membre et de se retirer derrière le principe de subsidiarité du droit de la Convention européenne.

585. Certains auteurs[742] se sont déclarés satisfaits de cette solution, quand la majorité a été très critique. Odile ROY se positionne en faux contre l'argument de la Cour européenne tendant

[740] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X*, RTD civ. 2003, page 375.
[741] Adeline GOUTTENOIRE, Frédéric SUDRE, *La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 26 Mars 2003, II 10049.
[742] Lire par exemple Hélène GAUMONT-PRAT, *la réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'état et l'arrêt de la cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003*, Droit de la famille n° 5, Mai 2003, chronique 14 : « Ainsi un tel droit a été reconnu à la femme en difficulté « à la grossesse impensable » ou en situation d'IVG dépassé, autant pour protéger le nouveau-né de maltraitance ou d'infanticide éventuels que pour protéger et préserver la santé de la mère de naissance en lui offrant de bonnes conditions sanitaires pour l'accouchement. À défaut, celle-ci risquerait d'accoucher dans la clandestinité avec tous les risques qui s'y attachent pour sa santé et celle de l'enfant. (…)La notion de la protection de la santé est souvent

à asseoir son approbation de la législation française sur le droit à la vie de l'enfant né sous X. Elle écrit en effet que « quant au droit à la vie, il est mis en avant par les juges majoritaires alors qu'il n'a jamais été démontré que cette législation éviterait des avortements ou des infanticides »[743]. Critiquant le même point du raisonnement juridictionnel, Sandrine ROYANT argue que « cet argument est, d'une part, dangereux car il laisse à penser que « parmi l'ensemble des pays du Conseil de l'Europe, seul le système français serait celui qui assurerait le respect du droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention» et semble, d'autre part, nier la relativité de ce principe, telle qu'accordée par la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de ses organes »[744]. Quant à Jean-Pierre MARGUÉNAUD, il note qu' « il est quand même étonnant que le droit à la vie du fœtus, encore dans l'antichambre de l'article 2 (…), compte pour si peu quand il contrarie la volonté de la femme qui le porte et qu'il revête une telle importance quand il conforte son intérêt longtemps même après qu'elle ne le porte plus »[745]. Philippe MALAURIE précise enfin que la décision de la Cour européenne serait « apaisante », avant d'ajouter une « critique fondamentale : ce genre de questions ne devrait pas relever de la Cour de Strasbourg »[746].

586. Nonobstant ce point de vue, l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme sur ces questions de société permet à l'espace européen de demeurer une terre d'accueil pour la libre disposition de soi qui soit à la fois cohérent et solide. La Cour européenne conserve sa

---

ignorée par les détracteurs de l'accouchement sous X qui se bornent à stigmatiser la position isolée de la France parmi les pays européens. Pourtant cette dimension révèle toute son importance sur le plan pratique où la recrudescence d'abandons sauvages consécutifs à la détresse des mères amène les gouvernements étrangers à réviser leur législation.(…) Mais c'est ainsi autant la santé des femmes que celles des nouveaux-nés qui est prise en considération, pour éviter les accouchements clandestins porteurs de risques tant pour la mère que pour l'enfant, pour permettre un suivi médical de la grossesse, pour éviter les abandons dans des conditions précaires de nature à entraîner la mort de l'enfant, pour éviter aussi les infanticides ou la maltraitance. Ces situations de détresse malgré des mesures d'aide sociale mises en place, perdurent puisqu'il existe environ 500 à 600 enfants nés sous X par an. L'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État permet à celui-ci d'être rapidement adopté »

[743] Odile ROY*, Le droit "virtuel" des personnes nées sous X à la connaissance de l'identité de leurs parents de naissance : l'arrêt Odièvre*, Les Petites affiches, 11 juin 2003, n°116, page 11.

[744] Sandrine ROYANT, *Filiation, CEDH, 13 février 2003*, Gazette du Palais, 18 janvier 2005, n°18, page 11.

[745] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X*, RTD civ. 2003, page 375. Dans le même sens, lire Sandrine ROYANT, *Filiation, CEDH, 13 février 2003*, Gazette du Palais, 18 janvier 2005, n°18, page 11 : « On ne peut donc pas, en toute cohérence, réfuter *« la thèse que le fœtus a un droit absolu à la vie»*, et arguer de ce même droit à la vie pour voir dans l'institution de l'accouchement sous X une mesure permettant *« d'éviter des avortements»* ».

[746] Philippe MALAURIE, *La cour européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines, L'affaire Odièvre*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 26 Mars 2003, doctrine 120. Pour une opinion plus nuancée, lire Jean HAUSER*, Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative*, RTD civ. 2003, page 276 : « Il aurait été clair et courageux, quoique contestable, de dire que le droit au secret de la mère, élément de sa vie privée, prévaut sur le droit de l'enfant mais il fallait alors assumer les conséquences prévisibles de cette affirmation sur l'ensemble du droit de la filiation et renoncer à la théorie chère à la Cour européenne des droits de l'homme du juste équilibre. L'arrêt approuvé par 10 juges et désapprouvé par 7 est donc loin d'avoir fait l'unanimité ».

faculté d'intervention pour limiter, ajuster l'exercice de cette liberté qui pourra s'épanouir sans excès dans ce cadre d'une contraignante souplesse. Lorsque les modalités de traitement d'une problématique, tel l'accouchement sous X, paraît conforme à l'intérêt général de la société auxquelles elle s'applique, la Cour européenne se retire derrière le principe de la subsidiarité de son intervention pour laisser les pouvoirs publics nationaux arbitrer entre les intérêts en présence. La Cour a en effet hautement conscience de l'impact de ses décisions. Ainsi a-t-elle écrit, dans l'arrêt Pretty contre Royaume-Uni que l'interdiction du suicide assisté ne paraissait pas disproportionnée car « les arrêts rendus dans les affaires individuelles constituent bel et bien, dans une mesure plus ou moins grande, des précédents, et la décision en l'occurrence ne saurait, ni en théorie ni en pratique, être articulée de façon à empêcher qu'elle ne soit appliquée dans d'autres espèces ». En conséquence, la Cour européenne s'interdit d'intervenir dans un débat national lorsque les termes de la discussion ne sont pas encore bien fixés car ses décisions ont vocation à s'appliquer dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe.

587. Chacun sait néanmoins que si la Cour européenne des droits de l'homme demeure respectueuse des législations nationales, elle n'hésite pas à condamner un Etat, lorsque la marge d'appréciation est plus réduite et que l'atteinte à la liberté est disproportionnée.

§2 Du principe de proportionnalité au regard de la libre disposition de soi

588. « Le contrôle de proportionnalité implique que l'atteinte à un droit ne soit pas excessive au regard des motifs qui la fondent. Il revient donc à vérifier qu'un juste équilibre a été réalisé entre le droit fondamental en cause et les différents intérêts publics ou privés justifiant cette atteinte. Il s'agit de la proportionnalité stricto sensu. A l'époque contemporaine, le contrôle de proportionnalité sert également de couverture à deux autres exigences : l'adéquation et la nécessité de l'ingérence. Le contrôle de l'adéquation vise à déterminer si l'atteinte est de nature à permettre la réalisation de l'objectif poursuivi. Le contrôle de nécessité conduit à vérifier que ledit objectif ne pouvait pas être réalisé par une autre voie moins « liberticide » c'est-à-dire sans restreindre l'exercice du droit fondamental en cause ou du moins en lui portant une atteinte moins grave. Le principe de proportionnalité repose donc désormais sur un triple contrôle de proportionnalité stricto sensu, d'adéquation et de nécessité»[747]. Ce contrôle « permet, en

[747] Xavier DUPRÉ de BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, PUF (2018), page 157. Dans le même sens, lire Xavier BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ (2014), page 205 : « la proportionnalité implique donc l'adéquation de la mesure à la fin poursuivie, sa nécessité, faute de mesure moins attentatoire à la liberté, le caractère minimum du sacrifice demandé. La proportionnalité implique ainsi que les moyens liberticides soient aptes à réaliter l'objectif d'intérêt général poursuivi, qu'ils soient nécessaire, c'est-à-dire sans équivalent

fonction des circonstances de l'espèce, d'écarter l'application de la loi à un cas particulier si elle porte une atteinte excessive aux droits individuels »[748].

589. Il convient ici de livrer une application satisfaisante du principe de proportionnalité dans le champ de la libre disposition de soi (A), avant de s'intéresser à une hypothèse où aucune solution n'entraîne une pleine adhésion. Où l'on constate que l'application du principe de proportionnalité ne permet pas véritablement de résoudre les conflits de droits horizontaux (B). Nonobstant cette problématique, la Cour européenne des droits de l'homme incite le juge français à faire application du principe de proportionnalité in concreto (C).

A. Une application satisfaisante du principe de proportionnalité : l'arrêt *Dudgeon contre Royaume-Uni*

590. Dans une espèce concernant la pénalisation, en Irlande du Nord, des relations homosexuelles entre adultes consentants, la Cour européenne affirme que « l'étendue de la marge d'appréciation dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu. Or la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 (art. 8-2), des ingérences des pouvoirs publics »[749]. La Cour estime que « du point de vue de la proportionnalité, les conséquences dommageables que l'existence même des dispositions législatives en cause peut entraîner sur la vie d'une personne aux penchants homosexuels, comme le requérant, prédominent aux yeux de la Cour sur les arguments plaidant contre tout amendement au droit en vigueur. L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants »[750]. Il faut en effet souligner que les conséquences pour Monsieur Dudgeon avaient été assez traumatisantes puisque lors d'une perquisition effectuée à son domicile, les forces de police avaient confisqué des courriers et un journal intime décrivant ses relations sexuelles. En outre, « [la police] lui a[vait] demandé de

(même efficacité) moins liberticides et enfin, il doivent être réalistes au vu de de ce que les destinataires de la norme peuvent supporter ».

[748] Frédéric SUDRE, *Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ?*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 11, 13 Mars 2017, doctrine 289.

[749] CEDH, DUDGEON contre Royaume Uni, 22 octobre 1981, n° de requête 7525/76, paragraphe 52.

[750] CEDH, ibidem, paragraphe 60.

l'accompagner à un commissariat où elle l'interrogea pendant quatre heures et demie environ, sur la base de ces pièces, au sujet de sa vie sexuelle »[751].

591. Jean-Pierre MARGUÉNAUD n'hésite pas à écrire que « cet arrêt est assurément un des plus grands arrêts jamais rendus par la Cour de Strasbourg. Il passe pour être le grand arrêt qui a posé le principe de liberté du comportement sexuel. Il est peut-être plus important pour la liberté homosexuelle en particulier que pour la liberté sexuelle en général. S'agissant de la liberté homosexuelle, il a en effet eu le grand mérite d'avoir affirmé qu'il n'y avait plus, en 1981, de besoin social impérieux d'ériger en infractions des actes d'homosexualité entre adultes consentants et d'avoir jugé que des menaces de poursuites pénales faisaient subir à un homosexuel une atteinte injustifiée à son droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la cedh. À ce titre, le retentissement de l'arrêt *Dudgeon* a été considérable. Son influence s'est même exercée au-delà des États membres du Conseil de l'Europe puisque, comme on le sait sans doute, la Cour suprême des États-Unis s'y est expressément reportée dans sa décision *Lawrence c/ Texas* du 26 juin 2003 pour stigmatiser enfin la répression pénale des relations homosexuelles »[752].

592. Le contrôle de proportionnalité de l'atteinte portée par la législation irlandaise au droit de mener sa vie sexuelle en toute liberté permet de reconnaître que des adultes consentants peuvent disposer de leur corps et de leur affection comme bon leur semble, sans que le législateur ne trouve rien à y redire. Le principe de proportionnalité est donc protecteur de la libre disposition de soi, sans laisser cette dernière dériver vers des rives dangereuses. En l'espèce par exemple, la Cour européenne limite la liberté sexuelle aux adultes consentants, excluant par-là son application à des personnes non douées du discernement suffisant pour valablement donner leur accord à des relations intimes. C'est ainsi que l'entend Diane ROMAN, lorsqu'elle écrit que « le principe d'autonomie, soit littéralement la possibilité reconnue au sujet de poser sa propre norme, est placé au service de l'épanouissement de la personne. L'empire des sens peut ainsi librement guider ses sujets... (…) Mais ce principe libéral [de non-intervention des autorités étatiques dans la réglementation des relations intimes] entraîne moins une disparition de la norme juridique en matière sexuelle que sa transformation. En effet, la protection du consentement entraîne une multiplication des règles juridiques visant à sanctionner tout manquement à celui-ci, qu'il s'agisse de celui du partenaire ou de celui des

[751] CEDH, ibidem, paragraphe 33.
[752] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps*, Droits, 2009/1 (n° 49), p. 19-28. DOI : 10.3917/droit.049.0019. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-droits-2009-1-page-19.htm

tiers »[753]. C'est tout l'intérêt du principe de proportionnalité : il permet de poser la liberté de la vie sexuelle, la libre disposition de son corps, tout en l'encadrant pour que l'intégrité du consentement à l'acte soit protégée. Cette application proportionnée de l'interdit apparaît bénéfique en ce qu'elle s'adapte à chaque cas d'espèce, autorisant l'expression d'une liberté contrôlée et conforme au Bien commun.

B. L'impossible balance des intérêts : l'arrêt *Evans contre Royaume-Uni*

593. Pour autant, l'application du principe de proportionnalité induit également des solutions insatisfaisantes. Dans l'arrêt Evans contre Royaume Uni, la Cour européenne soutient que « dès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation »[754]. La Cour conclut que « eu égard à ce qui précède, et notamment à l'absence de consensus européen sur la question (...), la Grande Chambre estime qu'il n'y a pas lieu d'accorder davantage de poids au droit de la requérante au respect de son choix de devenir parent au sens génétique du terme qu'à celui de J. au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant biologique avec elle »[755]. La Cour ne retient donc pas de violation de l'article huit de la Convention. L'atteinte portée au droit de la requérante n'est pas disproportionnée.

594. La doctrine a critiqué cette application du principe de proportionnalité, en regrettant que la Cour se retire derrière la marge d'appréciation de l'Etat pour ne pas trancher entre deux intérêts individuels qu'elle estimait irréconciliables. « On peut regretter, comme l'ont relevé les deux opinions dissidentes (des juges Traja et Mijovic), que les marges d'appréciation délaissées aux Etats pour l'application des articles 2 et 8 soient aussi larges et laissent béantes les questions les plus fondamentales du droit de la biomédecine. Il est certain que l'on peut s'interroger sur la compatibilité d'un texte légal qui réduit à néant les droits essentiels de l'une des parties : ils méritaient sans doute de bénéficier d'une balance plus équitable »[756]. Diane ROMAN souligne

[753] Diane ROMAN, *Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ?,* Dalloz 2005, page 1508. L'auteur fait ici référence notamment aux incriminations pénales de viol et d'agression sexuelle, ainsi qu'à l'interdiction de pratiquer sa sexualité en dehors de l'intimité (incrimination de l'exhibition sexuelle).
[754] CEDH, ibidem, paragraphe 81.
[755] CEDH, ibidem, paragraphe 90.
[756] Jean-Christophe GALLOUX, Hélène GAUMONT-PRAT, *Droits et libertés corporels*, Dalloz 2007. 1102.

même le risque d'arbitraire auquel cette décision ouvre la voie[757]. Quant à Jean-Pierre MARGUÉNAUD, il écrit qu'« en cédant à la tentation de placer le débat sur le terrain de la proportionnalité que tout appelait à abandonner, la Grande Chambre a donc pris le risque inconsidéré de faire prévaloir le droit du mâle désinvolte sur le droit de la femme en détresse »[758]. Bertrand MATHIEU critique également le raisonnement conduit par la Cour européenne. « Alors que la décision du père génétique d'interdire l'implantation de l'embryon conduit à sa destruction, nul n'a jamais imaginé empêcher une femme enceinte devenue veuve de poursuivre sa grossesse. Alors que l'accord des deux membres du couple est nécessaire pour que l'embryon puisse poursuivre son développement, la volonté du père n'intervient pas relativement à la décision de recourir à une interruption volontaire de grossesse, dans la plupart des États, dont la France »[759].

595. La Cour européenne a choisi de faire prédominer la libre disposition de ses gamètes au profit du concepteur, et au détriment de la requérante. Elle était quoi qu'il en soit placé devant un dilemme cornélien, qui n'appelait aucune solution satisfaisante, ce qui explique la divergence d'opinions doctrinales. Diane ROMAN soutient que « la différence de situation qui serait de nature à justifier une différence de traitement n'est pas évidente ici : car après tout, on ne voit pas en quoi la situation de la requérante serait en soi différente de celle d'un homme stérile dont, par extraordinaire, la seule chance de procréer serait l'implantation dans l'utérus d'une tierce personne d'embryons issus de ses gamètes contre l'avis de la femme donneuse d'ovule »[760]. A l'opposé, Jean-Pierre MARGUÉNAUD estime que « (...) dans cette affaire douloureuse, tout conduisait à accorder plus de poids au choix de Mme Evans, victorieuse du cancer dont les embryons in vitro représentaient les six dernières chances de devenir mère par

[757] Diane ROMAN, *L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ?*, RDSS 2007. 810 : « Ainsi, le droit britannique accorde à chaque donneur de gamètes utilisés dans une fécondation *in vitro* la possibilité de retirer son consentement très tardivement (en fait, jusqu'au transfert de l'embryon) mais le juge européen aurait indifféremment admis un autre équilibre, comme celui conférant à l'accord du donneur masculin un caractère irrévocable ou interdisant formellement à celui-ci de revenir sur son engagement après la conception de l'embryon. De même, la latitude laissée aux Etats aurait aussi conduit la Cour à valider une éventuelle possibilité de déroger à la nécessité du consentement masculin dans des cas extrêmes, comme celui de la requérante... La doctrine de la marge nationale d'appréciation aboutit à transformer la mise en œuvre d'un droit de l'homme en droit de l'Etat, souverain si ce n'est arbitraire ».

[758] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *La triste fin des embryons in vitro du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits du Mâle*, RTD civ. 2007, page 295. Plus concerné par les conséquences projectives de la libre disposition de soi, lire Jean HAUSER, *L'embryon et le couple séparé : la notion de vie privée comprend le droit de devenir ou de ne pas devenir parent*, RTD civ. 2007, page 545 : « Demain les couples d'hommes réclameront une libéralisation de la maternité pour autrui en avançant que les couples de femme peuvent procréer par elles-mêmes : la nature devient alors une discrimination... originelle ! ».

[759] Bertrand MATHIEU, *Non-violation du droit à la vie de l'embryon et du droit au respect à la vie privée de la mère*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 30 Mai 2007, II 10097.

[760] Diane ROMAN, *L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ?*, RDSS 2007. 810.

le sang (...) »[761]. L'application du principe de proportionnalité pour résoudre un conflit de droits horizontaux, dont aucun ne saurait être rattaché à un intérêt supérieur à l'autre n'est pas concluant. Cependant, aucune des deux branches de l'alternative n'était objectivement souhaitable. Pour autant, il fallait trancher, ce qu'a fait la Cour européenne.

C. L'avenir du principe de proportionnalité in concreto

596. Dans l'arrêt *Charron et Merle-Montet contre France*, un couple marié de femmes avait demandé au CHU de Toulouse l'autorisation de bénéficier d'une procédure de PMA, se prévalant notamment des problèmes de fertilité de l'une d'entre elles. Il leur avait alors été répondu que la procédure était réservée aux couples hétérosexuels. Elles avaient immédiatement saisies la Cour européenne des droits de l'homme, estimant que le recours devant une juridiction administrative était voué à l'échec, du fait d'une décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 par laquelle les Sages avaient décidé que l'ouverture du mariage pour tous n'emportait pas comme conséquence une réforme de la PMA et de la GPA[762]. La Cour européenne répond qu'« une mesure prise en application d'une loi dont la conformité aux dispositions constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux est établie peut être jugée incompatible avec ces mêmes droits tels qu'ils se trouvent garantis par la Convention à raison par exemple de son caractère disproportionné dans les circonstances de la cause ». Elle estime en conséquence que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées et déclare la requête des deux femmes irrecevable[763].

597. La doctrine ne s'est pas affolée face à cette nouvelle affirmation de l'articulation dues principes de subsidiarité et de proportionnalité. Adeline GOUTTENOIRE et Fabien MARCHADIER relèvent avec neutralité et technicité que « la proportionnalité, appréciée tant in abstracto (compatibilité du contenu de la règle avec les droits fondamentaux) qu'in concreto (compatibilité de l'application de la règle et de ses conséquences avec les droits fondamentaux), très critiquée en ce qu'elle fragiliserait l'autorité de la loi, renforce le principe de subsidiarité et le rôle des autorités nationales pour assurer le respect de la Convention EDH »[764]. En revanche, selon Jean-Pierre MARGUÉNAUD, la décision « ne revient pas

[761] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *La triste fin des embryons in vitro du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits du Mâle*, RTD civ. 2007. 295.
[762] CC n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.
[763] CEDH, *Charron et Merle-Montet contre France*, 16 janvier 2018, n° de requête 22612/15.
[764] Adeline GOUTTENOIRE, Fabien MARCHADIER, La famille dans la jurisprudence de la CEDH (novembre 2017-avril 2018), Droit de la famille n° 7-8, Juillet 2018, chronique 2. Sur cet arrêt, lire également Jean-René BINET, Discrimination dans l'accès à l'AMP : irrecevabilité de la requête d'un couple de femmes, Droit de la famille n° 4, Avril 2018, commentaire 117.

seulement à encourager la Cour de cassation et le Conseil d'État à continuer à l'exercer [le contrôle de proportionnalité in concreto] : c'est les avertir que le principe de subsidiarité ne peut s'épanouir que si les juridictions nationales jouent le jeu du contrôle du contrôle de proportionnalité in concreto. (…)C'est aussi une sérieuse mise en garde contre les risques européens qu'entraînerait une limitation de la portée et de l'ampleur du contrôle de proportionnalité in concreto »[765]. Frédéric SUDRE livre une interprétation plus politisée : « on peut également penser que pour la Cour, vu les prochains débats législatifs sur la révision de la loi bioéthique et la PMA, il était urgent d'attendre … »[766]. Hugues FULCHIRON approuve sans réserve la solution de la Cour européenne. Il écrit que « le raisonnement emporte l'adhésion dans son principe. L'existence d'un contrôle de proportionnalité a été critiquée par certains au motif qu'il priverait la règle de toute prévisibilité et qu'il serait source d'inégalité, voire d'arbitraire. Le risque est réel. Mais on voit à travers cette décision qu'il garantit aussi un contrôle effectif de la règle de droit au regard des droits et libertés de l'individu : un contrôle qui, au-delà du contenu de la règle, s'intéresse à son application au cas particulier. Le contrôle de proportionnalité donne donc à la règle de droit la souplesse indispensable dans un système juridique reconstruit sur les droits et libertés de la personne »[767].

598. Le contrôle de proportionnalité a donc un avenir prometteur devant lui car la Cour européenne des droits de l'homme fait de son existence une condition de la subsidiarité de son intervention. Il s'agit d'une évolution souhaitable, tant le principe de proportionnalité permet une appréhension mesurée et souple de la libre disposition de soi.

599. Il résulte de ces lignes que la Cour européenne des droits de l'homme procède à une approche différenciée de la libre disposition de soi. Elle n'intervient qu'à titre subsidiaire, et respecte la marge d'appréciation des Etats membres, n'hésitant cependant pas à établir un contrôle de proportionnalité sur les atteintes aux libertés fondamentales qu'elle constate au sein desdits Etats. Si certains redoutent cet arbitraire judiciaire[768], ils en chériront le souvenir lorsque

[765] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité*, RTD civ. 2018, page 349.
[766] Frédéric SUDRE, *PMA : wait and see …*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 8, 19 Février 2018, 224.
[767] Hugues FULCHIRON, *Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité*, Dalloz 2018, page 649.
[768] Frédéric SUDRE, Jurisclasseur, Fascicule 6500, Convention européenne des droits de l'homme – Caractères généraux, n°59 : « La jurisprudence la plus récente conforte le sentiment que l'interprétation « consensuelle » n'est que le masque du pouvoir discrétionnaire du juge européen, qui instrumentalise le « consensus » selon qu'il entend préserver ou réduire la marge d'appréciation de l'État au vu de la fin qu'il poursuit, venant ainsi fausser le jeu de la balance des intérêts ».

la justice sera rendue à l'aide d'algorithmes. La jurisprudence nationale applique à son tour le principe de proportionnalité.

SECTION II DE L'IRRUPTION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ IN CONCRETO DANS LA JURISPRUDENCE NATIONALE

600. Les juridictions des deux ordres judiciaires se sont saisies de la perche que leur tendait la Cour européenne des droits de l'homme et n'ont en conséquence pas hésité à faire application du principe de proportionnalité in concreto pour écarter la mise en œuvre de règles juridiques nationales pourtant claires et impératives. Il n'y a cependant pas à redouter de gouvernement des juges. En effet, la Cour de cassation n'a reconnu qu'en une seule occasion que la libre disposition de soi, en l'espèce de son état matrimonial, devait primer l'interdit de l'inceste, tandis que le Conseil d'Etat, après avoir reconnu la libre disposition de sa faculté de procréer au travers de l'insémination post mortem, a refusé de faire application du principe de proportionnalité s'agissant de l'anonymat du donneur de gamètes.

601. Sera donc examiné la proportionnalité in concreto adoptée par les juges judiciaires (§1), puis cette même proportionnalité appliquée par les juges administratifs (§2).

§1 La proportionnalité adoptée par les juges judiciaires

602. De manière inattendue, le principe de proportionnalité, déjà appliqué notamment par le juge administratif dans le contentieux des étrangers, a fait une entrée remarquée en droit privé (A) et a été confirmé en droit de la filiation (B). Nonobstant la constance judiciaire, la bataille doctrinale fait rage (C).

A. L'arrêt fondateur du 4 décembre 2013

603. Traditionnellement, la jurisprudence appréhendait la disposition de soi comme une liberté limitée par les droits d'autrui ainsi que par la dignité de la personne humaine ou par l'ordre public. Le 4 décembre 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que la libre disposition de son état matrimonial ne devait pas être limitée par une disposition du Code civil pourtant d'ordre public, car les conséquences appréciées in casu sur les individus concernés étaient trop délétères. Il ne s'agit pas d'une remise en question de la règle de droit applicable à la matière, mais d'une appréciation, au cas par cas, de l'opportunité de disposer librement de soi au regard des conséquences endurées. Si ces dernières se révèlent disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi par la norme concernée, celle-ci doit être

ponctuellement écartée. La jurisprudence de la Cour de cassation rejoint en cela la ligne décisionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme qui permet une appréciation nuancée, heureusement flexible de la libre disposition de soi.

604. En effet, la première chambre civile, dans un arrêt du 4 décembre 2013, estime que l'annulation du mariage prononcé entre une femme et son ex-beau-père « revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans »[769]. La Cour de cassation écarte donc l'application de l'article 161 du Code civil, aux termes duquel « en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ». La Cour, dans son communiqué, prend le soin de préciser que « le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question »[770].

605. La Cour ne se livre ici pas à un contrôle in abstracto de la conventionnalité de la norme nationale, mais étudie in casu l'impact de celle-ci sur la situation particulière qui lui est déférée. Au nom de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Cour estime que l'article 161, dont la légitimité in abstracto n'est pas contestée, ne doit pas s'appliquer au cas d'espèce, eu égard à la longévité du mariage incestueux non contesté pendant de nombreuses années. Le contrôle de proportionnalité auquel se livre la Cour de cassation permet d'écarter la règle du Code civil, mais uniquement dans le cas particulier de l'espèce. Ainsi apparaît-il que le contrôle de proportionnalité vient au secours de la libre disposition de son état matrimonial, quand bien même le mariage est considéré comme une institution et non comme un contrat soumis à la libre volonté des parties.

606. Cet arrêt a fait violemment réagir une partie de la doctrine, qui s'est écriée que la Cour de cassation avait rendu une décision contra legem. Selon François CHÉNÉDÉ, « la loi n'était pas muette (…). Ensuite, l'article 161 (…) ne souffrait d'aucune imprécision ou ambiguïté (…). Enfin, et il convient d'insister sur ce point, nous n'étions pas en présence d'une loi ancienne qu'il convenait d'adapter à une réalité nouvelle (…) : tandis que la prohibition du mariage entre alliés a été confirmée par la loi du 17 mai 2013, le délai de prescription de trente ans, au cœur du litige, avait été officiellement consacré par la loi du 17 juin 2008. La première chambre civile n'a donc nullement suppléé, interprété ou adapté, mais bel et bien violé la loi... par refus d'application ! (…) Loin d'atténuer son audace, l'éviction des articles 161 et 184 du code civil

[769] Civ 1°, 4 décembre 2013, n°12-26066.
[770] *Mariage entre alliés : droit au respect de la vie privée – Cour de cassation, 1re civ. 4 décembre 2013*, Dalloz 2014, page 179.

au seul « cas particulier examiné » ne fait donc que renforcer le malaise, car en abandonnant le principe de légalité (en présence d'une loi claire et récente) pour statuer - tel Saint Louis sous son chêne ou la Cour européenne à Strasbourg - en opportunité, au cas par cas, la première chambre civile ajoute l'insécurité juridique à l'usurpation de pouvoir»[771]. Dans la même veine, Sylvain THOURET écrit qu' « une chose est certaine : un certain malaise ressort de l'analyse faite par la Cour de cassation. Si parfois les situations de fait sont telles qu'elles imposent des décisions exceptionnelles, comment déterminer les conditions justifiant que l'on écarte une règle de droit ? Pourquoi à d'autres occasions, comme en matière de gestation pour autrui, alors que le sort d'enfants est en jeu, la règle de droit n'est-elle pas écartée au nom de données de fait exceptionnelles ? En réalité, on glisse facilement de l'exceptionnel à l'arbitraire... »[772]. Enfin, Jean HAUSER se déclare inquiet de constater que « la Cour de cassation se met à juger en équité de la valeur du droit positif alors qu'on pouvait estimer qu'on en avait déjà assez avec le Conseil constitutionnel et la Cour EDH malgré les références textuelles formelles de ces juridictions ! (…) En l'espèce, il s'agit tout de même, bel et bien, d'écarter un texte clair (certes largement obsolète) en s'appuyant sur des dispositions très générales agrémentées d'une remarque sur la durée de l'union (…) et d'une absence d'opposition »[773].

607. Jean-Jacques LEMOULAND et Daniel VIGNEAU ne se prononcent pas en faveur de la solution ainsi retenue mais n'en critiquent pas non plus le dénouement et soutiennent que la Cour a opéré « un contrôle fort intéressant de conventionnalité »[774]. Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Hugues FULCHIRON se sont pour leur part déclarés favorables à la solution dégagée par la première chambre civile de la Cour de cassation. Hugues FULCHIRON écrit qu' « en acceptant de le mesurer aux intérêts individuels, la Cour de cassation affaiblit certes le tabou, mais elle ne l'abolit pas. (…) On peut se demander si, sur des questions aussi discutées, il n'est pas opportun de donner à la règle une certaine flexibilité. Cette souplesse ne signifie pas que l'on abandonne les principes posés par le législateur au terme d'arbitrages souvent difficiles (…). On éviterait au contraire de devoir les abandonner de façon générale, au motif que, dans des cas particuliers, la balance penche en faveur de tel ou tel intérêt individuel. A défendre la règle dans toute sa rigidité, on aboutit non seulement à des solutions inhumaines (…), mais on risque surtout de casser la règle. Certes, la voie est pleine d'incertitudes, tant la

[771] François CHÉNÉDÉ, *Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal)*, Dalloz 2014, page 179.
[772] Sylvain THOURET, *Validité exceptionnelle du mariage de la belle-fille avec le beau-père – Cour de cassation, 1re civ. 4 décembre 2013*, AJ famille 2014, page 124.
[773] Jean HAUSER, *Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil*, RTD civ. 2014, page 88.
[774] Jean-Jacques LEMOULAND, Daniel VIGNEAU, *Droit des couples*, Dalloz 2014, page 1342.

flexibilité de la règle peut paraître difficile à concilier avec sa nécessaire prévisibilité, mais elle mérite assurément d'être explorée »[775]. Quant à Jean-Pierre MARGUÉNAUD, il commence par rappeler la teneur des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011, en vertu desquels la Haute juridiction a affirmé que « les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »[776]. Or, rappelle Jean-Pierre MARGUÉNAUD, la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 13 septembre 2005[777], avait reconnu que l'empêchement à mariage, au Royaume-Uni, entre une femme et son ex-beau-père était contraire à l'article 12 de la Convention, eu égard aux faits que ledit empêchement ne permettait pas de prévenir les risques de confusion générationnelle encourus par l'enfant de la requérante, et surtout compte tenu du fait que la dérogation éventuellement accordée par le Parlement aboutissait à exiger d'une personne adulte, en pleine possession de ses moyens intellectuels, qu'elle se soumette à une enquête intrusive pour s'assurer de la légitimité du mariage[778]. Jean-Pierre MARGUÉNAUD poursuit en écrivant que « ce qui compte face à une difficulté donnée ce n'est pas ce qu'en dit la loi même si elle n'a été promulguée qu'avant-hier : c'est ce que la Cour européenne des droits de l'Homme a pu en décider, de manière définitive et solidement établie, dans un arrêt rendu contre n'importe lequel des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe qui, en cas de discordance, devra prévaloir ». En conséquence, « la décision de casser l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en visant exclusivement l'article 8 consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale permet le sauvetage de l'article 161 sans reniement de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg »[779].

608. Les réticences marquées de certains auteurs n'ont pour autant pas empêché la première chambre civile de la Cour de cassation de procéder à de nouveaux arbitrages en fonction du principe de proportionnalité, sans que, dans le processus, la libre disposition de soi en ressorte renforcée.

B. Les suites jurisprudentielles en droit de la filiation

[775] Hugues FULCHIRON, *La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ?,* Dalloz 2014, page 153.
[776] Ass.pl. 15 avril 2011, n°10-30316, n°10-30313, n° 10-17049.
[777] CEDH, *B. et L. c/ Royaume-Uni* du 13 septembre 2005, requête n°36536/02.
[778] « 40. (…) It would also view with reservation a system that would require a person of full age in possession of his or her mental faculties to submit to a potentially intrusive investigation to ascertain whether it is suitable for them to marry ».
[779] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe*, RTD civ. 2014, page 307.

609. A rebours des détracteurs de l'application en droit français du principe de proportionnalité, force est de constater que tous les arrêts rendus en la matière ont confirmé l'application de la règle de droit national, au détriment de la reconnaissance d'une libre disposition de sa filiation. Les juristes n'assistent donc pas au règne de l'arbitraire judiciaire, mais à une reconnaissance plus assurée de la règle de droit qui sort victorieuse du contrôle de proportionnalité. Ce dernier permet finalement de contenir la libre disposition de soi dans des limites raisonnables, ce qui n'était pas une mince gageure dans la société actuelle, dominée par la valeur de l'individualisme.

610. La Cour de cassation a décidé de confirmer prudemment son usage du principe de proportionnalité. Dans un arrêt du 10 juin 2015, à propos d'un conflit entre le fils présumé d'un homme- Philippe X- et les deux filles de ce même homme- Mmes Z-, la première chambre civile estime que la Cour d'appel aurait dû répondre « aux conclusions de Mme Z...- Y... et de MM. Philippe et Auguste X..., qui faisaient valoir qu'un juste équilibre devait être ménagé, dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre le droit revendiqué par M. Philippe X... de voir établir sa filiation biologique et les intérêts de Mmes Z..., filles de Claude Z..., qui opposaient un refus à ce qu'il hérite de ce dernier »[780]. La première chambre civile casse donc l'arrêt de la Cour d'appel du fait de l'absence de contrôle de proportionnalité, mais ne préjuge pas du résultat de l'arbitrage, qui relève de l'office des juges du fond. La liberté de disposer de sa filiation, de voir la réelle paternité établie n'est donc pas imposée par la Haute juridiction, mais laissée à l'appréciation de la Cour d'appel de renvoi[781].

611. Hugues FULCHIRON se veut rassurant face au retour du contrôle de proportionnalité : « en toute hypothèse, cette mise en balance des droits et intérêts n'est que la conséquence logique d'une pleine application par le juge du fond de l'article 8 de la Convention européenne. Le juge administratif l'a admis depuis longtemps ; et il ne semble pas que triomphe l'arbitraire »[782]. En revanche, Jean HAUSER se montre plus critique, et écrit que « s'il y a quelque chose à faire (…) ce n'est certainement pas la bonne voie, les concepts mous faisant le lit de l'insécurité juridique et, d'ailleurs, quelle proportionnalité entre le droit d'un enfant élevé

[780] Civ 1°, 10 juin 2015, n°14-20790.
[781] Contra : selon Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE, « cet arrêt constitue un premier pas vers la reconnaissance d'un droit de l'enfant à connaître et reconnaître ses origines malgré l'existence d'une possession d'état contraire à ces dernières. La stabilité de la filiation constituerait ainsi un droit de l'enfant dont il peut décider de ne pas bénéficier, au profit de la reconnaissance de la vérité biologique » (Philippe BONFILS, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz 2016, page 1966).
[782] Hugues FULCHIRON, *Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH),* Dalloz 2015, page 2365.

pendant un temps important par le mari de sa mère et le droit des enfants du nouveau conjoint alors qu'on invite un nouveau convive au banquet successoral de leur père ? »[783].

612. Jean-Pierre MARGUÉNAUD pose quant à lui cet arrêt comme une réponse à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme Pascaud contre France[784], du 16 juin 2011, qui a « consacré une sorte d'obligation positive pour les juridictions nationales d'exercer un contrôle de proportionnalité privatisée tendant à trouver un juste équilibre entre des intérêts particuliers expressément reconnus comme tels. (…) Par son arrêt du 10 juin 2015, la première chambre civile semble avoir eu à cœur de montrer qu'elle a compris la leçon de l'arrêt Pascaud en répercutant sur la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le reproche de n'avoir pas recherché un juste équilibre entre les intérêts privés en présence»[785].

613. Puis, la Cour de cassation pose très clairement la nécessité pour les juges du fond de procéder à un contrôle de proportionnalité de l'atteinte au droit de voir sa véritable filiation reconnue. Dans un arrêt du 6 juillet 2016, la première chambre civile reconnaît en effet que « l'application du délai de prescription ou de forclusion, limitant le droit d'une personne à faire reconnaître son lien de filiation paternelle, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». La Cour de cassation constate néanmoins que l'homme dont la filiation paternelle était concernée, était décédé au jour où la Cour d'appel statuait, que l'action engagée par ses héritiers « ne poursuivait qu'un intérêt patrimonial » et estime en conséquence que la règle relative à la prescription de l'action « ne portait pas au droit au respect de leur vie privée une atteinte excessive au regard du but légitime poursuivi [la

---

[783] Jean HAUSER, *Preuve de la filiation : refus d'expertise génétique, qui, comment et brevet de conventionnalité*, RTD civ. 2015, page 596.

[784] CEDH, Pascaud contre France, 16 juin 2011, n° de requête 19535/08, paragraphe 68 : « la Cour a des difficultés à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique en se fondant sur l'absence de consentement de W.A., alors même que les résultats de l'expertise ADN constituaient une preuve déterminante de l'allégation du requérant (*mutadis mutandis*, *Grönmark*, précité, § 56). C'est d'autant moins admissible que, à son décès, W.A. n'avait plus aucune famille connue. Elle en conclut que dans les circonstances de l'espèce, il n'a pas été ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence (voir notamment la première phrase du paragraphe 61 ci-dessus) et que le requérant a subi une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée ».

[785] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *La mise en oeuvre du principe de « proportionnalité privatisée » par la première chambre civile de la Cour de cassation*, RTD civ. 2015, page 825. En l'espèce, étaient confrontés le droit pour un homme de connaître ses origines aux droits et intérêts du père présumé. L'expertise ADN effectuée du vivant du père présumé avait été annulée par les juridictions françaises, en considération de l'altération de l'état mental de ce dernier, ce qui, par ricochet, avait permis à la Commune de Saint Emilion de bénéficier de la donation de riches terres viticoles de la part dudit homme à présent décédé. « C'est donc bien parce qu'elle n'avait pas procédé à une mise en balance des intérêts particuliers en présence que la France a été condamnée. On peut donc déduire de l'arrêt *Pascaud* une obligation positive de mettre en œuvre le principe de proportionnalité privatisée lorsque la diffusion de l'effet horizontal de la CEDH conduit à faire émerger des conflits de droits de l'homme » (Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *ibidem*).

protection des droits et libertés des tiers ainsi que de la sécurité juridique], justifiant que ces règles fussent écartées[786]. Dès lors qu'une ascendance est reconnue et que les demandeurs n'établissent pas le préjudice qu'ils subissent du fait de cette situation, la sollicitation concernant leur lien de filiation ne saurait être retenue pour de simples motifs d'ordre successoral. La Haute juridiction ne laisse donc pas libre cours à la disposition que l'on peut avoir de sa filiation.

614. Younes BERNAND déplore que « s'il échappe en l'espèce à la neutralisation, l'article 333 n'est bien évidemment pas à l'abri d'une éviction ponctuelle sur le fondement d'un contrôle de proportionnalité exercé in concreto. Les sources d'inconventionnalité potentielle de certaines situations créées par la rigidité des équilibres actuels du droit de la filiation sont nombreuses. En l'espèce, la décision de la cour d'appel laisse d'ailleurs à penser que, mus par d'autres intentions que des motivations purement pécuniaires (la distinction est, en pratique, il est vrai particulièrement ténue !), les requérants auraient certainement pu obtenir satisfaction sur le terrain de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme »[787]. Où l'on retrouve en filigrane l'argument soulevé par Jean HAUSER de l'insécurité juridique. Ce dernier réagit d'ailleurs vivement à la lecture de l'arrêt et soutient que « s'agissant de textes qui comportent un chiffre, ce n'est plus de l'interprétation, sauf à admettre qu'on peut faire dire ce qu'on veut aux chiffres... Une prescription, et a fortiori une forclusion, c'est un choix du législateur, dans une conception collective de la matière (...).
Il faut avouer clairement, sans échappatoire possible, que le juge français a la possibilité d'abroger, pour des raisons individuelles, un texte clair qui ne supporte aucune interprétation (…). Si l'on veut, dans un emballement presque médiatique, jeter, comme on dit, le bébé avec l'eau du bain, il faut dire ouvertement, sans fard et sans précautions oratoires, qu'on revient sur

[786] Civ 1°, 6 juillet 2016, n°15-19853. Dans le même sens, Civ 1°, 9 novembre 2016, n°15-25068 : « Que, si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par ce texte, la prescription des actions relatives à la filiation est prévue par la loi et poursuit un but légitime en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique ; (…) Attendu qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ; Que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que l'action de M. X..., majeur depuis le 26 septembre 1980, n'a été engagée que le 12 novembre 2011, de sorte qu'en application des textes susvisés, elle est prescrite; qu'il retient que cette action, qui tend à remettre en cause une situation stable depuis cinquante ans, porte atteinte à la sécurité juridique et à la stabilité des relations familiales, M. Y... étant âgé de 84 ans, marié et père d'une fille ; qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a pu en déduire que la prescription opposée à M. X... ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale ».
[787]Younes BERNAND, *L'article 333, alinéa 2 du Code civil à l'épreuve du contrôle de proportionnalité*, Droit de la famille n° 10, Octobre 2016, commentaire 200.

le principe de la séparation des pouvoirs en France avec les énormes conséquences que cela comporte dans tous les domaines (…) »[788].

615. A l'inverse, Hugues FULCHIRON argue que « l'arrêt du 6 juillet 2016 devrait donc contribuer à apaiser un certain nombre d'inquiétudes. (…)Non, le contrôle de proportionnalité n'est pas source d'une instabilité juridique qui serait socialement « insupportable ». Dire qu'il doit être fait ne signifie pas qu'il donnera raison à celui qui l'invoque. En revanche, il permet de mieux tenir compte des cas particuliers et, par là même, peut contribuer, à condition d'être bien maîtrisé, à l'harmonie sociale »[789].

616. Le 5 octobre 2016, la première chambre civile récidive à propos de l'impossibilité pour l'intéressée d'établir sa véritable filiation paternelle du fait d'une reconnaissance antérieure par le mari de sa mère. La Haute juridiction considère que « l'atteinte portée au droit au respect de sa vie privée n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi », c'est-à-dire la garantie de la stabilité du lien de filiation et la protection des enfants des conflits de filiations[790]. Une fois encore, le contrôle de proportionnalité n'aboutit pas à mettre la norme nationale à l'écart mais au contraire la renforce et indique aux plaideurs qu'ils ne peuvent librement disposer de leur Etat civil par le biais d'une action en recherche de paternité.

617. Jérémy HOUSSIER critique de manière véhémente la solution ici adoptée : « cette solution revient à substituer à la balance des intérêts déjà opérée par l'ordonnance de 2005, celle des juges du fond estimée - par eux-mêmes - plus opportune ? Ne voit-on pas qu'incidemment, c'est toute la prévisibilité du droit de la filiation qui se trouve abolie, par la prévalence donnée à l'aléa judiciaire sur la certitude de la loi ? »[791].

618. Au contraire, Hugues FULCHIRON se déclare rassuré par cette nouvelle décision faisant intervenir le principe de proportionnalité, aux motifs qu'« au-delà de la doctrine, le message envoyé aux plaideurs et à leur conseil est clair. La Cour n'entend pas jouer à l'apprenti sorcier et moins encore au docteur Frankenstein : elle compte bien maîtriser les forces qu'elle a libérées. Les arbitrages réalisés par le législateur ne seront pas systématiquement remis en cause au motif que leurs conséquences in casu sembleraient excessives. Et il est hors de question de se livrer à un pur contrôle d'opportunité, en appliquant la règle par ci, en l'écartant par-là, selon

[788] Jean HAUSER, *Prescription des actions d'état : l'enfant, le vieillard, l'argent, la proportionnalité et la deuxième mort de Montesquieu*, RTD civ. 2016, page 831.
[789] Hugues FULCHIRON, *Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité*, Dalloz 2016, page 1980.
[790] Civ 1°, 5 octobre 2016, n°15-25507.
[791] Jérémy HOUSSIER, *Le droit de la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité... « Que Dieu nous garde du bon vouloir des magistrats ! » – Cour de cassation, 1re civ. 5 octobre 2016* – AJ famille 2016, page 543.

que la solution donnée au cas particulier semblerait ou non conforme à l'équité, voire, tout simplement, opportune »[792].

619. Une solution similaire est adoptée dans un arrêt du 7 novembre 2018, où la première chambre civile affirme qu' « il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre des délais légaux de prescription [de l'action en recherche de paternité] ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'intéressé, au regard du but légitime poursuivi [la protection des droits des tiers et de la sécurité juridique] et, en particulier, si un juste équilibre est ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu ». En l'espèce, l'intéressée ayant « eu la possibilité d'agir après avoir appris la vérité sur sa filiation biologique, la cour d'appel a pu déduire que le délai de prescription qui lui était opposé respectait un juste équilibre et qu'il ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale » [793]. La libre disposition de son Etat civil ou de sa filiation n'est toujours pas reconnue par la Cour de cassation, qui bride les désirs individuels d'autonomie.

620. Laurence MAUGER-VIELPEAU livre une appréciation différente des faits concernés et écrit que l'« on est face à des circonstances factuelles propices à justifier une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale : il existait entre la demanderesse et son père biologique des liens affectifs depuis sa petite enfance (à défaut de possession d'état à l'égard du mari de la mère, il y en avait peut-être une à l'égard du père biologique), un test de paternité établissait de façon certaine ce lien de filiation biologique, le père biologique l'avait reconnue par testament authentique et elle avait attendu son décès et l'ouverture de sa succession pour exercer l'action car elle n'imaginait pas que sa filiation ne serait pas établie par l'effet du testament (reçu en 2010), qu'il faudrait d'abord contester la

[792] Hugues FULCHIRON, *Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité*, Dalloz 2016. 2496. Selon Isabelle GALLMEISTER, « une telle argumentation témoigne d'une prise en compte des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Rozanski c/ Pologne* (18 mai 2006, n° 55339/00), celle-ci a, en effet, estimé que violent l'article 8 les autorités qui refusent au père biologique d'établir sa paternité au seul motif que l'enfant dispose d'une filiation établie à l'égard d'un autre homme. Dans l'arrêt *Paulik c/ Slovaquie* (10 oct. 2006, n° 10699/05), elle a également retenu une violation de l'article 8 en raison de l'absence de procédure permettant de mettre la réalité juridique en conformité avec la réalité biologique admise par tous les intéressés. En relevant, dans le présent arrêt, que des procédures existaient, mais qu'elles n'ont pas été intentées par la demanderesse dans les délais impartis, la Cour de cassation entend se mettre à l'abri d'une éventuelle condamnation par la Cour européenne » (Isabelle GALLMEISTER, *Contestation de paternité (expertise biologique) : conventionnalité de l'irrecevabilité – Cour de cassation, 1re civ. 5 octobre 2016* – Dalloz 2016, page 2496). Jean-Christophe GALLOUX, Hélène GAUMONT-PRAT rattachent la solution à un autre arrêt de la CEDH : « Elle rejette le pourvoi et conclut à une non-violation de l'article 8, conformément à ce qu'a déjà pu juger la CEDH (3 avr. 2014, n° 58809/09, *Konstantinidis c/ Grèce* …) en application des articles 320 et 321 du code civil » (*Droits et libertés corporels*, Dalloz 2017, page 781).

[793] Civ 1°, 7novembre 2018, n°17-25938.

paternité mensongère et qu'il serait trop tard pour le faire à l'ouverture dudit testament (en 2014) »[794]. C'est à ce point que l'on ne peut que reconnaître la faiblesse potentielle du contrôle de proportionnalité en ce qu'il conduit à une balance in casu des intérêts en présence, équilibre qui a immanquablement vocation à se modifier en fonction du scrutateur des faits. Mais, le contrôle modulé et non autoritaire de la libre disposition de soi est à ce prix qui n'apparaît pas prohibitif car l'appréciation différenciée des cas d'espèces ne conduit pas forcément à un arbitraire judiciaire. Elle donne en revanche accès à une application nuancée, plus humaine car moins abstraite, de la règle de droit. En outre, il convient de rappeler que la Cour de cassation, quand bien même elle se livre à un contrôle in concreto de la situation, se montre sévère dans ses critères d'appréciation de la disproportion de l'atteinte à la libre disposition de soi. Elle ne l'a en effet pas encore reconnu et a au contraire confirmé les limites posées à la volonté individuelle par le législateur.

621. Enfin, dans un arrêt du 21 novembre 2018, la première chambre civile reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir déterminé « concrètement, dans l'affaire qui lui était soumise, [si] la mise en œuvre de ces délais légaux de prescription n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre était ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu »[795]. Mélina DOUCHY-OUDOT y voit « l'achèvement de la disparition du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, lequel était encadré par des lois impératives notamment en matière de prescription. [Cette jurisprudence] entérine l'idée d'une filiation devenue simple droit subjectif des individus. (…) Elle s'inscrit aussi dans la toute-puissance d'une cour européenne à laquelle on reconnaît le pouvoir de contraindre la France au réexamen de décisions civiles ayant force exécutoire dans le domaine de l'état des personnes »[796]. Une fois de plus, cette critique apparaît incantatoire en ce que la Cour de cassation n'a jamais encore reconnu de libre disposition de son Etat civil. Si elle admet que les juges du fond doivent se plier à un contrôle de la proportionnalité de l'atteinte à un droit individuel par la règle légale, elle n'encourage pas pour autant une atomisation de la sphère juridique, mais plutôt une application plus nuancée des règles de droit.

C. Le débat doctrinal :

[794] Laurence MAUGER-VIELPEAU, *La filiation paternelle à l'épreuve du contrôle de proportionnalité*, Dalloz 2019, page 207.
[795] Civ 1°, 21 novembre 2018, n°17-21095.
[796] Mélina DOUCHY-OUDOT, *Contrôle de proportionnalité et filiation*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 21 Janvier 2019, page 41.

622. A l'issue de ce parcours jurisprudentiel, l'on constate que s'affrontent deux écoles doctrinales de pensée. Les tenants de la première redoutent un arbitraire judiciaire, et un effacement de la séparation des pouvoirs tandis que les tenants de la seconde encouragent cette application nuancée, proportionnée de la règle de droit.

623. Au rang des contempteurs du contrôle de proportionnalité, il faut citer Pierre-Yves GAUTIER qui écrit que « le contrôle de proportionnalité consistant à refuser d'appliquer une loi sur le fondement d'une appréciation subjective, ne saurait être généralisé ; Éric Savaux relève ainsi que « l'éviction d'un texte clair est un résultat inacceptable car elle méconnaît l'autorité de la loi... L'arbitrage des intérêts a été fait de manière globale par la loi et il n'appartient pas au juge de le refaire à l'occasion d'un cas particulier, au-delà de ce qu'offrent les ressources de l'interprétation » (E. Savaux, J. Flour et J.-L. Aubert, Introduction au droit, Sirey, 17e éd., 2018, n° 71). Tel est le cas pour le principe d'une prescription et de son quantum ou de son point de départ »[797].

624. Quant à Charles MASSON, il se montre très pessimiste et avance que « cette éviction de l'ordre public classique ne laissera émerger, en compensation, aucune règle d'ordre public moderne. Car si seules les circonstances finissent par compter demain, ce sera la fin de toute généralité, de tout ordre, fût-il subjectiviste; ce sera le règne de la famille privée, de la famille « nominaliste», de la famille d'espèce, réductible à aucune autre »[798] .

625. François CHÉNÉDÉ demeure également très critique. Il affirme que le contrôle de proportionnalité aboutit à « autoriser le juge - et plus exactement : pour le juge à s'autoriser - à écarter une loi claire et précise, dès lors qu'il estime que son application au cas d'espèce porterait excessivement atteinte aux droits et libertés de l'une des parties au litige. (…)En faisant sienne la « méthode » de la CEDH, la Cour de cassation irait à l'encontre de sa double mission traditionnelle : veiller au respect de la loi et assurer l'unité de son application sur le territoire national. (…) En permettant l'éviction de la loi au cas par cas, la Cour de cassation ne se contenterait pas d'outrepasser son pouvoir, elle manquerait également à son devoir : assurer l'unité du droit national afin de garantir l'égalité devant la loi et la sécurité juridique. (…) La généralisation d'un tel contrôle de proportionnalité marquerait effectivement la fin de l'État de droit. À côté de la traditionnelle argumentation en droit, au nom de la loi, on verra apparaître

[797] Pierre-Yves GAUTIER, *La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité*, Dalloz 2019, page 64.
[798] Charles MASSON, *L'ordre public familial en péril*, RTD civ. 2018, page 809.

une argumentation en équité, au nom des droits, à travers laquelle chaque justiciable plaidera, non sans légitime espoir, la singularité de son cas individuel pour obtenir satisfaction[799].

626. Vincent EGEA abonde dans le même sens, de manière plus mesurée. « Au fil des différents arrêts, les éléments factuels à prendre en compte commencent à se dessiner. La dimension symbolique et le temps écoulés s'avèrent déterminants pour apprécier une éventuelle disproportion en matière d'empêchement à mariage et de double rattachement de l'enfant incestueux. L'inertie pour agir, le fait d'hériter de celui dont on conteste la paternité, le fait d'entretenir « des liens affectifs depuis l'enfance » avec celui dont la paternité ne peut plus être établie constituent des critères d'appréciation d'une disproportion dans le domaine des actions en contestation de paternité. Au-delà des méandres jurisprudentiels, le point commun partagé par ces critères réside dans leur caractère subjectif, psychologique, tous fortement marqués de sentiment et d'affection et, par conséquent, fort difficiles à sonder pour le juriste »[800].

627. Enfin, Alain BÉNABENT se montre sévère. « Sous la même étiquette de proportionnalité, c'est une nouvelle conception qui se glisse. Et c'est là qu'apparaît progressivement en pleine lumière la véritable nature du mouvement : n'y pressent-on pas une sorte d'inversion des pouvoirs, le judiciaire se forgeant ainsi à lui-même une arme pour rejeter la prédominance de la loi et, par une révolution de Palais, en quitter le service pour à l'inverse en assurer un contrôle à l'aune de grands principes dont tout juge serait le grand prêtre (les droits de l'homme aujourd'hui, demain le droit naturel, etc.) »[801].

628. De l'autre côté de la balance, les auteurs sont nettement moins nombreux. Il convient de citer Hugues FULCHIRON, selon lequel « la sélection des données [de fait] et leur intégration dans le raisonnement sont laissées à l'initiative du juge : à lui de dire quels sont les éléments qu'il met dans les plateaux de la balance ; mais tel est aussi le cas lorsque le juge construit ou plutôt reconstruit son raisonnement dans le cadre du syllogisme judiciaire classique. Reste que l'appréciation finale (la pesée proprement dite) peut être empreinte de subjectivité. Mais cette subjectivité est-elle moindre que dans des affaires civiles ou pénales qui laissent également une place à l'appréciation personnelle du juge ? Le risque est connu, comme ses remèdes (les voies de recours, la collégialité, etc.). S'il est plus important, est-il vraiment rédhibitoire ? On peut faire le pari que les juges du fond sauront faire preuve de rigueur sous le contrôle vigilant de la

[799] François CHÉNÉDÉ, *Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ?,* Dalloz 2016, page 796.
[800]Vincent EGÉA, *L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale*, Droit de la famille n° 1, Janvier 2019, dossier 6.
[801] Alain BÉNABENT, Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ?, Dalloz 2016, page 137.

Cour de cassation »[802]. Selon Philippe JESTAZ, Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Christophe JAMIN, « les juristes de common law reprochent parfois à la règle générale du droit civil de n'être cohérente et simple qu'en apparence, précisément tant qu'on en reste aux généralités. Mais, quand il s'agit d'appliquer cette règle à une infinité de situations concrètes, ils observent que les choses se compliquent singulièrement. Selon eux, mieux vaut compter sur une jurisprudence qui intègre des distinctions factuelles, car elle fournit aux sujets de droit des indications nettement plus précises et opérationnelles sur le sens et la portée de la règle qu'ils se voient appliquer. En dépit des apparences, cette jurisprudence casuistique pourrait être un meilleur instrument au service d'une sécurité juridique tant vantée... »[803].

629. Les deux camps apparaissent irréconciliables. La jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation n'apparaissait pour autant pas si clivante. Il convient en effet de répéter que, si la Haute juridiction admet une analyse in concreto des effets de la règle juridique sur le cas d'espèce pour permettre au juge d'en écarter l'application, elle n'a, pour l'heure, pas appliqué la législation qu'une seule fois, dans le cas du mariage incestueux. A cette exception près, la première chambre civile a édifié des règles d'appréciation de la disproportion si exigeantes que l'application de la règle nationale n'est pas véritablement mise en danger. Ce n'est pas à dire que le contrôle juridictionnel n'est que formel, mais qu'il est tellement sévère que la libre disposition de soi ne peut s'exercer que dans une minorité de cas d'espèces. L'on peut comprendre, et il faut entendre les inquiétudes relatives au pouvoir que se reconnaissent

[802] Hugues FULCHIRON, *Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode*, Dalloz 2017, page 656. Lire également Hugues FULCHIRON, *Flexibilité de la règle, souplesse du droit*, Dalloz 2016, page 1376: « Certes, on dira qu'il n'y a plus de généralité de la règle si elle ne s'applique pas à tous ; qu'il n'y a plus d'impérativité de la règle si elle peut être écartée dans un cas particulier ; qu'il n'y a plus de prévisibilité de la règle si son application dépend des contingences de l'espèce. Mais, dans un système qui a reconnu à l'individu un certain nombre de droits et de libertés fondamentaux et entend en garantir le respect *in concreto* et non plus *in abstracto*, il peut paraître nécessaire de refaire la balance des intérêts au moment de l'application de la règle, et non plus seulement au moment de son édiction. En ce sens, le contrôle de proportionnalité n'est pas un simple avatar de l'équité. Il ne s'agit pas seulement de dire ce qui est juste en mettant dans la balance des faits et des intérêts, mais d'affirmer les droits de l'individu. (…)Donner de la souplesse à la règle de droit à travers le contrôle de proportionnalité permet d'assurer une plus « juste » régulation des rapports sociaux compte tenu des besoins de sociétés qui ne se contentent plus de vouloir construire le bien commun à travers la prise en compte de la plus grande part possible des intérêts individuels, mais aussi de garantir le bien commun à travers le respect maximal des droits de chaque individu, dans la mesure où ceux-ci ne mettent pas en péril l'intérêt général. Une telle aspiration est peut-être utopique ; peut-être sera-t-elle source de nouvelles crises. Dans l'immédiat, le contrôle de proportionnalité peut être un des modes de gestion des tensions qui montent entre individuel et collectif »

[803] Philippe JESTAZ, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Christophe JAMIN, *Révolution tranquille à la Cour de cassation*, Dalloz 2014, page 2061.

ainsi les juges, mais il faut également leur faire confiance pour ne l'utiliser qu'avec parcimonie. Qu'auraient-ils en effet à gagner dans un Etat qui ne serait plus de droit ?

630. Le juge judiciaire n'est pas le seul à appliquer le principe de proportionnalité car le juge administratif l'a également utilisé dans le champ de la libre disposition de sa descendance.

§2 La proportionnalité adoptée par les juges administratifs

631. L'insémination de gamètes ou le transfert d'un embryon post mortem pose la question de l'ingérence du législateur et des juges dans la volonté éminemment personnelle de procréer. Le Comité consultatif national d'éthique pose justement la question suivante : « la société a-t-elle une légitimité à s'immiscer ainsi dans un souhait de maternité pour y opposer un refus, alors que la liberté de procréer relève de la sphère privée? »[804]. En d'autres termes, l'ordre public peut-il limiter la libre disposition que l'on a d'avoir une descendance ?

632. Deux options fondamentales s'opposent ici : la première consiste à donner le rôle exclusif à la volonté individuelle, tandis que la seconde se fonde sur une certaine conception de la personne humaine et de la famille. Selon la première conception, dès lors que l'on s'est assuré du consentement de l'homme et de la libre volonté de la femme après le décès de ce dernier, la procréation post mortem devrait être autorisée. En revanche, si l'on se fonde sur une image prédéterminée de ce qu'est une famille épanouissante, sécurisante pour un enfant, le principe du respect de la dignité de la personne humaine interdit de créer un individu dans des conditions contre-nature.

633. En France, dès l'adoption de la loi du 29 juillet 1994, l'assistance médicale à la procréation a été réservée à un couple de parents vivants[805]. Les lois du 06 août 2004 et du 07 juillet 2011 ont conservé cette condition[806], la deuxième loi ajoutant la disposition suivante : « font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple »[807].

634. Le Conseil d'Etat s'est saisi de cette question dans un arrêt remarqué du 31 mai 2016 faisant application du principe européen de proportionnalité et laissant ainsi une place à la libre

[804]CCNE, avis n°113 du 10 février 2011, page 13.
[805]Article L 152-2 alinéa 3 ancien du Code de la santé publique : "L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination".
[806]Article L 2141-2 du Code de la santé publique.
[807]Article L 2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique.

disposition de soi (A), avant de se raviser pour refuser de mettre en œuvre ce même principe s'agissant de l'anonymat du donneur de gamètes (B).

A. Une proportionnalité assumée

635. L'arrêt du 31 mai 2016[808] concernait une femme de nationalité espagnole et un homme de nationalité italienne, vivant en France. Ceux-ci avaient décidé de congeler le sperme de ce dernier, atteint d'une maladie incurable, et de laisser, si jamais sa mort intervenait avant l'aboutissement du processus de PMA, la femme se faire inséminer post-mortem en Espagne, pays où cette pratique est légale.

636. Le Conseil d'Etat estime que « la compatibilité de la loi [l'article L 2141-1-1 du Code de la santé publique interdisant que les gamètes déposés en France puissent faire l'objet d'une exportation, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national] avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive ».

637. Or, en l'espèce, « il est établi que M. B. avait explicitement consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de Mme C.A., si les tentatives réalisées en France de son vivant s'avéraient infructueuses ». « Dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, dont l'installation en Espagne ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe, le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique - lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français - porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

[808] Conseil d'Etat, 31 mai 2016, n°396848.

et des libertés fondamentales. Il porte, ce faisant, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ». « Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'enjoindre à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris et à l'Agence de la biomédecine de prendre toutes les mesures nécessaires afin de permettre l'exportation des gamètes de M. B. vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées, dans un délai de sept jours à compter de la notification de la présente décision ».

638. Face à une décision aussi clivante, la doctrine est inévitablement divisée. Frédérique GRANET-LAMBRECHTS regrette simplement que « le contrôle de proportionnalité ouvre la voie à un regrettable flou lié à l'appréciation de l'existence de « circonstances particulières » dans des situations toujours dramatiques de décès du conjoint (...) »[809]. Jean HAUSER est plus critique. « Le « bébé souvenir » est pour demain. On peut tout faire pour avoir un enfant et c'est présumé dans son intérêt supérieur. Qu'en pensent donc les partisans de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)? »[810]. Jean-René BINET note qu' « au-delà des dangers très généraux de remise en cause de la sécurité juridique et du respect de la loi (à quoi bon respecter la loi s'il suffit d'invoquer le respect de sa vie privée et familiale pour pouvoir s'en dispenser ?), on ne peut qu'envisager avec beaucoup d'inquiétude la fragilisation de nombreuses règles parmi les mieux inspirées. En matière d'assistance médicale à la procréation, chaque limite posée par la loi attente ainsi potentiellement à la vie privée et familiale des individus. Pour ne citer que les plus importantes, c'est le cas de la condition d'âge maximum pour pouvoir bénéficier d'une AMP, de la condition d'altérité sexuelle du couple ou encore de l'interdiction du double don de gamètes. Après la prohibition de l'insémination post mortem, quelle sera la prochaine victime de ce nouveau contrôle de proportionnalité ? »[811].

639. En revanche, Jean-Pierre MARGUÉNAUD soutient qu'« ainsi apparaît-il que, en matière bioéthique, l'attachement au caractère absolu de certaines règles ne s'explique pas toujours par de fortes considérations éthiques mais plutôt par la paresse de certaines professions

[809] Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, *Droit de la filiation*, Dalloz 2017, 729. Dans le même sens, lire Caroline SIFFREIN-BLANC, *Exportation de gamètes à l'étranger, petite brèche pour une insémination post-mortem – Conseil d'Etat 31 mai 2016*, AJ Famille 2016, page 439 : « Adoptant une appréciation casuistique, le Conseil dépasse la portée de son célèbre arrêt *Nicolo* (CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243) et s'autorise à écarter l'application d'une loi *compatible* avec les stipulations de la Conv. EDH, lorsque, dans un cas particulier, elle entraînerait une « atteinte manifestement excessive » aux droits et libertés garantis par la Convention. Cela revient à dire que la solution aurait été différente si la veuve n'avait pas été espagnole, et sans lien de proximité avec ce pays. Prémisse d'un changement radical de paradigme, la décision questionne le statut de la loi et le rôle du juge à l'aune de l'expansion des droits fondamentaux ».

[810] Jean HAUSER, *Procréation médicalement assistée post mortem : le début du délitement ?,* RTD civ. 2016. 600.

[811] Jean-René BINET, Assistance médicale à la procréation - Insémination post mortem : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal !, Droit de la famille n°9, septembre 2016, étude 15.

à adapter la technique juridique à des difficultés inédites (...). [La révolution opérée] cherche seulement, dans des cas exceptionnels, à faire comprendre que la loi, qui doit être dure car autrement elle ne serait pas la loi, ne peut pas être inexorablement cruelle car alors elle n'est plus tout à fait la loi... »[812]. Selon Hugues FULCHIRON enfin, « la solution retenue par le Conseil d'État était certainement la plus humaine : elle évite d'ajouter la dureté de la règle à la cruauté du destin »[813].

640. La voie ouverte par le Conseil d'Etat demeure néanmoins étroite, doublement conditionnée au consentement du conjoint défunt et aux liens que la mère entretient avec l'Etat dans lequel elle souhaite se faire inséminer[814]. « En posant le principe de l'appréciation au cas par cas, la jurisprudence Gonzalez-Gomez conduit nécessairement les juges du fond à retenir des solutions, si ce n'est contradictoires, du moins divergentes ou contrastées. Cette jurisprudence a, justement, déjà donné lieu à deux jugements contradictoires »[815].

B. Une proportionnalité refusée

[812] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *L'insémination post mortem, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État*, RTD civ. 2016. 802.

[813] Hugues FULCHIRON, *Contrôle de proportionnalité ou décision en équité* ?, Dalloz 2016, page 1472. Dans le même sens, Valérie DEPADT-SEBAG, *La procréation post mortem,* Dalloz 2011, page 2213 : « la norme juridique aboutit ici à une situation particulièrement sévère, voire cruelle, envers la femme engagée dans une procédure d'AMP ayant donné lieu à la cryoconservation d'embryons dits « surnuméraires ». A la douleur de la perte de son époux ou de son compagnon, s'ajoutera pour elle celle du renoncement à l'espoir de devenir mère, cela alors que la mise en oeuvre de l'AMP implique un projet de longue date, mûrement réfléchi. Dans ce contexte, elle devra décider de l'avenir des embryons congelés en optant pour l'une des solutions que lui propose l'article L. 2141-4 du code de la santé publique, à savoir faire accueillir l'embryon par un autre couple, le donner à la recherche ou demander sa destruction ». Contra, lire Pierre DELVOLVÉ, *Droits subjectifs contre interdit législatif*, RFDA 2016, page 754 : « On comprend la compassion qui a animé le Conseil d'État devant la situation particulière dont il était saisi et qui l'a conduit à une solution qui, sous un habillage, relève de l'équité. Mais le droit ne se règle pas sur les émotions ni sur les sentiments. Ses solutions ne peuvent être fondées sur l'équité ».

[814] Conseil d'état, 13 juin 2018, n°421333 : « La requérante n'apporte en appel aucun élément nouveau susceptible d'infirmer l'appréciation ainsi portée par le juge des référés de première instance tant en ce qui concerne la volonté manifestée par M. D...qu'en ce qui concerne l'existence de circonstances tenant à des liens particuliers entretenus avec un autre Etat membre de l'Union européenne dans lequel une insémination artificielle post mortem peut être légalement pratiquée ».

[815] Frédéric DIEU, *Des questions que les femmes posent au juge*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 29, 23 Juillet 2018, 2216 : « Le tribunal administratif de Rennes, saisi par la voie du référé-liberté , a ainsi fait application de cette jurisprudence au cas d'une Française et enjoint au centre hospitalier universitaire de Rennes de prendre toutes mesures utiles afin de permettre l'exportation des gamètes du défunt vers un établissement de santé situé dans l'Union européenne qui accepterait de pratiquer une telle procréation médicalement assistée, ce dans un délai de huit jours suivant la notification de l'ordonnance. Le tribunal a donc, comme le Conseil d'État, autorisé le contournement de l'interdit législatif. En revanche, le tribunal administratif de Toulouse a rejeté une demande identique au motif que l'épouse du défunt, « *qui invoque son droit à 'pouvoir procéder à une insémination légale dans un pays européen' sans établir ni même alléguer qu'elle aurait des liens avec l'un quelconque des pays proposant des inséminations post mortem ou qu'elle formerait le projet de s'y installer, ne conteste pas que son projet d'insémination à l'étranger résulte de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet d'insémination que la loi française* ». Sur la jurisprudence de Rennes, lire également Niamh Ní GHAIRBHIA*, Les premiers pas vers l'autorisation d'exporter*

641. Dans l'arrêt du 28 décembre 2017, le Conseil d'Etat avait à connaître de la situation d'un homme né d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur qui souhaitait connaître l'identité de son père biologique[816]. La Haute juridiction commence par rappeler le principe de proportionnalité in concreto en écrivant que « la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention et qu'il appartient par conséquent au juge, lorsque le requérant fait état de telles circonstances particulières, d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive ». Le Conseil d'Etat considère cependant que la décision de refus de communiquer l'identité du tiers donneur est bien conforme aux objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il a décidé de poser une règle d'anonymat. En conséquence, il affirme qu'« au regard de cette dernière finalité [l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps] qui traduit la conception française du respect du corps humain, aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne saurait conduire à regarder la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes, qui ne pouvait conduire qu'au rejet des demandes en litige, comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés protégés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

642. Ainsi que le soulignent Sophie ROUSSEL et Charline NICOLAS, « le Conseil d'Etat vise (…) à donner la clef d'entrée du contrôle *in concreto* dans le cas d'une interdiction absolue posée par le législateur : par la recherche de la finalité poursuivie, le juge va pouvoir déterminer si le cas dont il a à connaître rentre bien dans les prévisions de celle-ci. Il s'agit en quelque sorte de définir le champ matériel de l'interdiction en cause. Si tel est le cas, la porte du contrôle in concreto restera fermée. Elle sera ouverte dans le cas contraire. (…) La solution ainsi retenue tend inévitablement à circonscrire la solution Mme G. à des hypothèses très particulières, celles d'un interstice entre les situations que le législateur a entendu régir en édictant une interdiction et la situation en litige, de sorte que cette interdiction ne peut être appliquée à une situation qui

des gamètes du défunt en vue de leur utilisation pour une insémination post mortem ?, Gazette du Palais, 3 janvier 2017, n°01, page 79.

[816] Conseil d'Etat, 28 décembre 2017, n° 396571.

n'en relève en réalité pas. La finalité poursuivie par le législateur est ainsi inopérante au regard des circonstances de l'espèce, ce qui ne peut qu'être exceptionnel »[817].

643. Jérémy HOUSSIER s'émeut pour sa part de ce que « le Conseil refuse formellement de procéder à un contrôle de conventionnalité in casu, en lui préférant un contrôle de conventionnalité in abstracto. C'est donc en cela que la décision sous-examen étonnera, en signant un coup d'arrêt à l'avancée du contrôle de proportionnalité, tout en suscitant quelques doutes quant à sa conformité aux exigences européennes »[818].

644. Hugues FULCHIRON justifie quant à lui la solution par le fait que « dans l'arrêt commenté, il était demandé au juge français d'autoriser la divulgation par les services français compétents d'une information que la loi leur interdisait de divulguer. Il y aurait donc eu violation directe de l'ordre de la loi. De plus, rien dans les circonstances de l'espèce, ne justifiait qu'une exception soit faite à la règle ». Il conclut qu'« on comprend le souci d'encadrer le contrôle de proportionnalité (…). Mais ne vaudrait-il pas mieux passer par un affinement des conditions de sa mise en œuvre plutôt que par un cantonnement de son domaine d'application ? »[819].

645. Une fois encore, il n'y a pas à redouter de gouvernement des juges. Ces derniers ne se servent de leur pouvoir juridictionnel qu'avec mesure et sans hubris. S'agissant de la jurisprudence administrative, il convient d'attendre d'autres arrêts avant de se prononcer sur un possible abandon de la proportionnalité in concreto. Elle permet pourtant de laisser un espace de liberté à la disposition que l'on a de soi.

646. En conclusion de ce chapitre, le principe de proportionnalité in concreto permet une appréciation nuancée des limites à imposer à la libre disposition de soi. La Cour européenne des droits de l'homme l'a notamment montré dans l'arrêt Odièvre contre France, où elle reconnaît à l'Etat français une large marge d'appréciation au regard de l'accouchement sous X, estimant que ledit Etat a ménagé un équilibre satisfaisant entre les intérêts en cause. Bien qu'isolée en Europe, la législation française n'est donc pas condamnée, ce qui laisse un espace d'expression à la liberté que les femmes ont d'assumer leur descendance. Les juridictions

[817] Sophie ROUSSEL, Charline NICOLAS, *Ni vu ni connu : l'anonymat du don de gamètes à l'épreuve du contrôle de conventionnalité*, AJDA 2018, page 497. Sur cet arrêt, lire également Marie-Christine de MONTECLER, *Pas de contrôle in concreto sur l'anonymat du donneur de gamètes – Conseil d'Etat 28 décembre 2017*, AJDA 2018, page 5.
[818] Jérémy HOUSSIER, *Accès aux origines : les voies des Cecos sont impénétrables – Conseil d'Etat 28 décembre 2017*, AJ famille 2018, page 181.
[819] Hugues FULCHIRON, *L'anonymat du donneur de gamète : des règles contestées in abstracto, mais incontestables in concreto,* Droit de la famille n° 3, Mars 2018, commentaire 64.

nationales se sont à leur tour emparées de ce principe, avec prudence et mesure. Ce dernier paraît promis à un avenir pérenne au sein de la jurisprudence judiciaire tandis que son futur au sein des juridictions administratives est plus sujet à caution.

647. Si le principe de proportionnalité *in concreto* est si intéressant au regard du maniement de la libre disposition de soi c'est qu'il échappe au reproche de manichéisme formalisé à propos de la dignité objective. Les réponses judiciaires peuvent être modulées, par exception et en fonction des éléments de l'espèce. Elles ne sont pas tributaires d'une rude dichotomie entre l'autorisation et le refus in abstracto, mais peuvent s'ajuster aux circonstances particulières qu'elles ont à traiter.

648. Ce principe ne fait néanmoins pas tout, et doit être complété par la poursuite d'un objectif, le Bien commun, aux fins de traiter de manière convenable et satisfaisante de la libre disposition de soi.

CHAPITRE II

LE BIEN COMMUN, FIN ASSIGNÉE À L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE

649. Il est établi que l'homme doit faire société s'il veut survivre ; et dans ladite société un ordre public intervient forcément pour éviter un état de guerre généralisé. Mais, quel but donner à l'ordre public lorsqu'il s'applique à la libre disposition de soi pour que celui-ci n'atteigne pas de manière trop brutale ladite liberté ?

650. L'ordre public doit participer au maintien de la cohésion de la société. Il est donc légitime à s'ingérer dans les choix privés des individus, même si ces derniers n'ont pas de conséquences directes sur autrui ou sur la société, mais uniquement de manière proportionnée. Cependant, pour véritablement asseoir la légitimité de l'ordre public en qualité de limite à l'exercice de la libre disposition de soi, encore faut-il déterminer l'objectif poursuivi par ce dernier, qui permettra de justifier que l'on porte une atteinte proportionnée à la liberté concernée. La majorité de la doctrine avance que l'ordre juridique doit tendre à faire respecter la dignité de la personne humaine, laquelle constituerait ce principe indérogeable qui serait seul légitime à limiter la libre disposition de soi. La dignité n'est pourtant pas un principe approprié, principalement parce qu'elle tend à imposer un modèle unique de personne humaine utopique, définie ex nihilo. A l'inverse, peut se développer un Bien commun qui serait celui du pragmatisme, du respect des autres, de la décroissance, de la lenteur, du refus de la productivité à tout crin et du consumérisme à outrance. Il doit permettre de laisser une sphère d'autonomie personnelle à chacun tout en laissant l'ordre public intervenir si nécessaire. C'est le bien commun qui constitue le critère d'intervention de cet ordre public qui ne s'applique à la libre disposition de soi que de manière proportionnée.

651. Il convient d'étudier dans un premier temps la nécessité de la construction d'une société du Bien commun (section I) avant de s'intéresser aux caractéristiques principales de ce dernier (section II).

SECTION I LA SOCIÉTÉ DU BIEN COMMUN

652. Qu'est-ce que le Bien commun ? Selon Noam CHOMSKY, c'est « une forme d'organisation sociale propice à la reconnaissance des droits, au bien-être et à la satisfaction

des aspirations légitimes des gens »[820]. Vincent POTIER quant à lui affirme qu'il « peut être défini comme le lien et l'horizon d'un peuple rassemblé dans une communauté nationale ou locale, engagé dans une histoire, confronté à des défis, ceux du quotidien et du monde, ceux d'aujourd'hui et de demain »[821].

653. Le Bien commun ne bride pas complètement la libre disposition de soi, mais la cantonne dans des limites acceptables pour une vie paisible en société. Le Bien commun naît des critiques formulées contre la société néo-libérale (§1) et propose un nouveau modèle de vie, décroissant, égalitaire et fraternel (§2).

§1 Les critiques de la société néo-libérale :

654. Parmi les nombreux détracteurs de la société néo-libérale, un auteur, Jacques GÉNÉREUX (A), et un courant de pensée, les objecteurs de croissance (B), retiennent l'attention en ce qu'ils démontrent que la disposition de soi, laissée à une totale liberté, équivaut à un enfermement. Ils permettent en conséquence d'expliquer la nécessité d'imposer des limites raisonnables à la libre disposition de soi, au nom d'un Bien commun qui évite à la société de se dissoudre dans le bain des individualités conquérantes.

A. La « dissociété » :

655. A l'instar de Norbert ELIAS, Jacques GÉNÉREUX écrit que l'être humain est divisé entre deux aspirations ontogénétiques : « l'être-avec » et « l'être soi »[822]. En d'autres termes, les hommes sont composés d'une volonté d'exister en soi, ainsi que d'une volonté d'exister avec et au travers des autres. L'être humain est en effet un individu social qui crée sa personnalité en partie au contact d'autrui et des informations, affects que ce dernier lui apporte. Seule sur une île déserte, la personnalité de l'homme se désagrégerait. Il n'en demeure pas moins qu'il est également nécessaire à ce dernier de disposer de moments où il se retrouve seul,

[820] Noam CHOMSKY, Noam CHOMSKY, *Quelle sorte de créatures sommes-nous ? Langage, connaissance et* liberté, Lux Editeur (2016), page 90.
[821] Vincent POTIER, *À la recherche du bien commun, l'Harmattan (2015), p*age 12.
[822] Jacques GÉNÉREUX, *La dissociété. A la recherche du progrès humain* – 1, Seuil (2011), page 20 : « la grande affaire d'une vie humaine est de rechercher la conciliation entre ces deux aspirations ontogénétiques ; comment être soi-même sans rompre ses liens avec autrui, comment rester attaché aux autres sans être étouffé par eux ».

avec lui-même, pour réfléchir sur les acquis du monde extérieur, les ingérer puis les retraduire ensuite à sa guise.

656. Ceci est un équilibre complexe à trouver car « si contradiction il y a entre nos valeurs de vivre en paix et les exigences de la guerre économique, ce n'est pas une contradiction entre nous et la société, mais une ligne de fracture intime, une tension interne entre les aspirations contradictoires qui façonnent notre être. (...) Nous regrettons le délitement de la « cohésion sociale », mais nous n'aspirons pas à la fusion indistincte de notre être dans les liens sociaux qui nous enferment »[823].

657. Jacques GÉNÉREUX décrit deux types de sociétés pathologiques qui privilégient l'une des deux aspirations ontogénétiques au détriment de l'autre. La première est l'hyper-société dans laquelle « l'être-soi » est banni et où toutes les activités vitales sont accomplis en commun. C'est la distopie communiste de STALINE. La seconde est la dissociété où « l'être-avec » est totalement délaissé au profit d'un individualisme forcené qui finit par détruire l'individu, privé de l'une de ses deux composantes vitales. « La dissociété apparaît (...) comme une force centrifuge qui isole et décompose en éléments toujours plus restreints ce qui constituait le tout indissociable d'une société humaine ». Le premier niveau est celui de la « dissociation communautaire » qui entraîne une bataille entre les différents groupes sociaux et ethniques. Le deuxième niveau est celui de la « dissociation intracommunautaire », dont découle un repli vers la cellule familiale, un déclin des relations de voisinage, la guerre instaurée dans les entreprises entre ses différents services et ateliers. Le troisième niveau est celui de la « dissociation interpersonnelle », laquelle se distingue par la guerre de tous contre tous de l'école à l'entreprise. Le quatrième et dernier niveau est celui de la « dissociation personnelle », qui se distingue par « une dislocation intime de l'individu, rendu incapable de concilier ses aspirations ontogénétiques »[824].

658. Cette dissociété serait née des conclusions de DESCARTES qui ne pense le monde que construit et dominé par l'Homme. Il en est résulté, notamment au plan économique, une théorie néo-libérale selon laquelle, par exemple, tout chômage serait volontaire, la liberté étant totale. Le poids de la responsabilité de chacune des décisions prises incombe donc à leur auteur : « ainsi, un chômeur trouverait probablement un emploi s'il acceptait de travailler pour la moitié du salaire minimum, voire pour rien du tout. S'il ne le fait pas, c'est bien qu'il « préfère »

[823] Jacques GÉNÉREUX, *La dissociété. A la recherche du progrès humain* – 1, Seuil (2011), page 204.
[824] Jacques GÉNÉREUX, *La dissociété. A la recherche du progrès humain* – 1, Seuil (2011), page 230.

travailler pour un salaire plus élevé : c'est sa décision »[825]. L'homme néolibéral est en outre «par nature agressif et prédateur. En effet, quand plusieurs individus autonomes et égoïstes partagent un même environnement, ils entrent inéluctablement en compétition pour l'usage des ressources ; tant qu'un individu n'atteint pas l'état de satiété, il préfère priver l'autre d'une ressource que d'en être privé lui-même »[826]. Ces loups que sont les êtres humains néo-libéraux ont nonobstant décidé de s'associer pour renforcer leur sécurité et leur productivité[827]. « La société reste une association d'atomes humains strictement indépendants les uns des autres. Les libéraux maintiennent qu'il n'y a pas de société sans individus préalables (...) »[828].

659. Ainsi, selon Jacques GÉNÉREUX, la libre disposition de soi poussée à son paroxysme aboutit à une « dissociété » au sein de laquelle les individus, tels des atomes, cohabitent sans s'aider, vivent sans se connaître, et meurent sans expérimenter la fraternité. Ils se sont coupés de l'une de leurs aspirations ontogénétiques et deviennent par conséquent des êtres tronqués. La disposition de soi sans attaches sociales cesse d'être une liberté pour devenir un enfermement. Il est nécessaire que les hommes disposent d'un terreau social pour s'épanouir, faute de quoi ils ne sont que de monades isolées dépourvues de réelle épaisseur. La libre disposition de soi ne suffit pas à définir un individu ; il faut en sus une attache sociale.

B. Les dires de la Décroissance

660. Le constat des Objecteurs de croissance est sans appel. La Nature est à bout de souffle, éreintée par notre mode de vie gaspilleur et profondément inégalitaire. « Nous consommons désormais chaque année 120% de la Terre : le cinquième des espèces animales et végétales pourrait disparaître, un quart des espèces de primates, la moitié des forêts ; 40% de l'eau potable, six mille espèces disparaissent par an (11% des oiseaux sont en danger, 20% des reptiles, 25% des amphibiens, 25 des mammifères, 34% des poissons (source UICN)) »[829].

661. En outre, seule une petite partie de l'humanité, ultra-riche, profite réellement des bienfaits de la Nature, l'immense majorité de la population devant trimer jour après jour pour s'offrir les éléments basiques de survie que sont l'eau, la nourriture et un toit sur la tête[830]. En

[825] Jacques GÉNÉREUX, *La dissociété. A la recherche du progrès humain* – 1, Seuil (2011), page 302.
[826] Jacques GÉNÉREUX, *La dissociété. A la recherche du progrès humain* – 1, Seuil (2011), page 314.
[827] Jacques GÉNÉREUX, *La dissociété. A la recherche du progrès humain* – 1, Seuil (2011), pages 340-341.
[828] Jacques GÉNÉREUX, *La dissociété. A la recherche du progrès humain* – 1, Seuil (2011), page 350.
[829] Paul ARIÈS, *Décroissance ou barbarie,* éditions Golias (2004), page 36.
[830] Paul ARIÈS, *Décroissance et gratuité. Moins de biens, plus de liens,* éditions Golias (2010), page 122 : « 20% des humains s'approprient 86% des ressources naturelles. Si les six milliards d'humains vivaient comme nous, une planète Terre ne suffirait pas. La croissance n'est donc par la solution. Elle l'est d'autant moins qu'elle est génératrice d'inégalités sociales. L'enrichissement des uns dépend de l'appauvrissement des autres ».

effet, « il faudrait plusieurs planètes si nous devions tous vivre comme des Français et plus encore comme des Américains moyens »[831]. La population mondiale est devenue un peuple de consommateurs, avide de toujours plus de produits. « Le capitalisme a enfanté dans la douleur le forçat du travail. Il a engendré avec autant de violence le forçat de la consommation. La société capitaliste ne peut qu'être une société toujours plus productiviste »[832].

662. La faute en est à la croissance économique, nouvel idole des temps post-modernes. Celle-ci commande la production de toujours plus de biens matériels, périssables à date donnée aux fins de tirer un maximum de profits en espèces sonnantes et trébuchantes. « On ne peut pas construire plus de voitures, ou produire plus d'énergie et, dans le même temps, sauvegarder la planète. Quand les industriels parlent de fabrication « propre », leur seul objectif demeure, tout à fait légitimement, d'accroître leurs bénéfices. Cette dernière repose sur le pillage des ressources naturelles non renouvelables, et elle entraîne de multiples pollutions. Nous comprenons tous qu'Olivier Dassault (…) tente d'abuser ses concitoyens quand il déclare qu'« il n'y a donc pas de conflits d'intérêts entre ceux qui veulent protéger la planète et ceux qui souhaitent faire prospérer leurs activités » »[833].

663. En France, les partis politiques de droite comme de gauche ne remettent pas en cause le fait que le fonctionnement social soit arraisonné par l'économie. Le marché domine toutes les transactions de biens, envahit même la sphère naturelle au travers des brevets et laisse totalement de côté l'aspect humain des relations, comme étant obsolète. Les représentants français de la droite politique assument parfaitement cette situation, tandis que les représentants de la frange politique de gauche tentent de faire croire que chacun pourra profiter de la manne économique, quand bien même la Nature évolue dans un monde fini. Pour l'écrire plus complètement, à l'instar des Objecteurs de croissance : il ne peut y avoir de croissance infinie dans un monde fini. Serge LATOUCHE écrit à ce propos que « c'est bien plutôt l'enfer qui nous attend, car cette croissance vertigineuse est d'abord une croissance de prélèvement des

[831] Paul ARIÈS, *Décroissance ou barbarie,* éditions Golias (2004), page 35.
[832] Paul ARIÈS, *Décroissance et gratuité. Moins de biens, plus de liens,* éditions Golias (2010), page 50. Voir également dans le même ouvrage, page 59 : « (…) le travail ne rend heureux qu'un salarié sur quatre. Non seulement nous sommes une société de travailleurs sans travail, mais ceux qui en possèdent un s'y ennuient fermement … et s'y démotivent fortement. Sa seule véritable justification reste donc la consommation qu'il rend possible ». Et encore, page 112 : « Avant de produire pour produire, nous croyons en effet nécessaire de réfléchir à ce que l'on fabrique et comment. Nous constatons que beaucoup de ce que nous produisons est inutile, nuisible socialement ou écologiquement, voire inégalitaire ».
[833] Vincent CHEYNET, *Le choc de la décroissance,* Seuil (2008), page76.

énergies fossiles et des ressources non renouvelables, des déchets et des pollutions, bref, une croissance de la destruction de notre écosystème »[834].

664. Ici encore, la disposition de soi, laissée à une liberté totale, se vide de sa substance : elle n'est que liberté de s'asservir pour les couches sociales les plus défavorisées et liberté de s'aliéner dans la consommation de la Nature pour les personnes économiquement plus chanceuses. Que faire alors ? Créer une nouvelle société, un nouveau mode de « vivre-avec », plus respectueux des autres et de la Nature dans laquelle l'homme vit et s'enrichit. C'est la construction d'un nouveau Bien commun.

§2 La société fraternelle décroissante

665. Il convient à présent de préciser ce que serait une société du Bien commun au regard du traitement de la libre disposition de soi. Cette dernière ne saurait en effet être laissée à une entière liberté, du fait des effets potentiellement délétères de sa généralisation. Or, le Bien commun permet de rappeler l'importance du lien social et limite en conséquence ladite liberté (A). Il apparaît en outre urgent de faire à présent un choix entre l'hyper-individualisme et l'apprentissage d'une nouvelle société plus fraternelle (B).

A. Le Bien commun et la libre disposition de soi

666. A rebours de la « dissociété », il convient de construire une vie en commun, un « être-avec » dans laquelle les individus auraient la possibilité d'exprimer et d'exercer leurs désirs propres, dès lors que ceux-ci ne nuisent ni à autrui, ni aux valeurs pacifiques du « vivre-ensemble ». Par exemple, si l'injonction au bonheur devenait obligatoire au travers de la participation au sport, de nombreuses personnes seraient malheureuses car, pour elles, le bonheur est intellectuel. Les deux aspirations doivent pourtant pouvoir coexister en toute quiétude, sans que l'une ne prenne l'ascendant sur l'autre. Chaque souhait doit rester légitime et garder sa place au sein de la société. En d'autres termes, la libre disposition de soi est préservée au nom de l'épanouissement individuel.

667. Cet encouragement des multiples aspirations individuelles au bonheur constitue l'un des paris de la décroissance. Ce sont en effet ces dernières qui constitueront le terreau dans lequel le Bien commun s'épanouira. « Paradoxalement, la condition de la décroissance est une croissance globale. Albert JACQUARD affirme : « Cette perspective [la décroissance] n'a rien

[834] Serge LATOUCHE, *Sortir de la société de* consommation, Les Liens qui Libèrent -2010), page 44.

de sombre, à condition qu'elle soit accompagnée d'un développement des activités qui ne détruisent pas les richesses de la planète, notamment toutes celles générées par les rencontres entre humains ». En effet, il est clair qu'il n'y aura pas de décroissance économique possible, de manière sereine, sans conjointement une croissance de nos dimensions politique, philosophique, culturelle ou même poétique »[835].

668. La décroissance ne prône pour autant pas l'avènement d'une société hyper-individualiste, où la disposition de soi serait laissée à une totale liberté. Par exemple, les auteurs du Manifeste convivialiste souhaitent, créer « un art de vivre ensemble (con-vivere) qui valorise la relation et la coopération, et qui permette de s'opposer sans se massacrer, en prenant soin des autres et de la Nature »[836]. Selon ces derniers, il faut interdire « de basculer dans la démesure et dans le désir infantile de toute-puissance, l'hubris des Grecs, i.e. de violer le principe de commune humanité et de mettre en danger la commune sociabilité en prétendant appartenir à quelque espèce supérieure ou en s'accaparant et monopolisant une quantité de biens ou un quantum de pouvoir tels que l'existence sociale de tous en soit compromise »[837]. La société du Bien commun est donc à la fois fraternelle et égalitaire.

669. Elle sera également décroissante si elle veut se prétendre une nouvelle civilisation pérenne. « Nous devons opposer à la seule richesse économique d'autres formes de richesses comme les liens sociaux, l'amour, l'amitié, la création, la culture, la réflexion philosophique, la spiritualité, etc. (…) Seule une société capable de s'auto-limiter peut être une société humaine »[838]. Dans ce cadre, la disposition de soi ne sera pas laissée à une totale liberté car les droits d'autrui ainsi que l'objectif du Bien commun constituent des pierres d'achoppement sur lesquels celle-ci doit se briser. Si les aspirations individuelles sont légitimes, leur toute-puissance n'est pas à souhaiter car elle empêcherait les valeurs de fraternité, d'égalité que le Bien commun comporte en son sein, de se développer.

670. En effet, la disposition de soi laissée à une totale liberté n'est pas compatible avec une vie sereine et paisible en société car ladite disposition est par nature égoïste, ne se préoccupe guère du bien-être d'autrui. Dans ses formes extrêmes, elle est susceptible de détruire la valeur des liens sociaux et de la personne elle-même puisqu'elle est centrée sur la réalisation d'un seul désir et ne se préoccupe guère de ce qui se passe en dehors de son champ d'action. Par exemple, la personne qui présente une addiction aux stupéfiants recherche et certes trouve une forme de

[835] Vincent CHEYNET, *Le choc de la décroissance,* Seuil (2008), page 91.
[836] *Manifeste convivialiste, Déclaration d'interdépendance*, Collectif, Le Bord de l'Eau (2013), page 14.
[837] *Manifeste convivialiste, Déclaration d'interdépendance*, Collectif, Le Bord de l'Eau (2013), page 29.
[838] Paul ARIÈS, *Décroissance ou barbarie,* éditions Golias (2004), page 47.

bonheur artificiel mais gâche irrémédiablement celui de ses proches qui assistent, impuissants, à sa déchéance, et finit par détruire l'individu lui-même qui périra en ingérant une ultime dose de produit illicite. Dans une société du Bien commun, seul l'usage du cannabis doit être autorisé dans un but uniquement prophylactique, de telle sorte que les bienfaits pouvant bénéficier aux malades ne soient pas perdus et que l'intérêt social qui s'attache à la guérison soit préservé. En parallèle de la répression pénale, des salles doivent en outre être mises à la disposition des consommateurs de drogues dures, aux fins de garantir une prise du stupéfiant dans un contexte hygiénique correct et de préserver au mieux la forme physique de ces victimes de la dépendance. C'est ainsi qu'un équilibre entre les désirs individuels et la préservation de la vie en société, sera trouvé.

B. De la nécessité d'œuvrer pour une société décroissante

671. Chaque écrivain décroissant apporte sa pierre à la réalisation d'une société gouvernée par le Bien commun et le retrait nécessaire de la croissance. Paul ARIÈS propose que les biens communs soient « progressivement étendus pour constituer des réserves (sur le modèle des parcs naturels) soustraites à l'exploitation. Il serait ainsi urgent de considérer l'ensemble des ressources mondiales notamment énergétiques comme des biens communs (pétrole, gaz, uranium, charbon). Des réserves seraient ainsi constituées pour les besoins en sécurité des générations futures. L'ONU aurait la charge de gérer ce patrimoine commun »[839]. Quant à Marc HUMBERT, il rappelle qu' « Illich appelle « société conviviale cette société où l'outil moderne est au service de la personne intégrée à la collectivité, non au service d'un corps de spécialistes. Conviviale est la société où l'homme contrôle l'outil ». (…) Le convivialisme que nous proposons, à la suite d'Illich, est un programme de lutte contre l'exploitation de l'homme par les outils industriels et institutionnels, en opposition aux approches technocratique et bureaucratique »[840]. Jean-Baptiste FOUCAULD argue que « la solidarité passe désormais par la résorption des désirs exagérés, c'est-à-dire par une frugalité assumée, partagée, équitable, c'est-à-dire proportionnée aux excès de chacun. En un mot, nous allons devoir pratiquer l'économie du désir, au sens d'économiser le désir, de le concentrer sur l'essentiel »[841]. En d'autres termes, « il ne s'agit pas de remettre en cause le désir d'abondance, mais de le rééquilibrer par un principe compensateur de frugalité, afin d'être en mesure de hiérarchiser les

[839] Paul ARIÈS, *Décroissance ou barbarie,* éditions Golias (2004), page 117.
[840] Marc HUMBERT, *Convivialisme, politique et économie. Ivan Illich et le « bien vivre ensemble »*, dans Alain CAILLÉ, Marc HUMBERT, Serge LATOUCHE, Patrick VIVERET, *De la convivialité. Dialogues sur la société conviviale à venir,* éditions La Découvertre (2011), page 114.
[841] Jean-Baptiste FOUCAULD, *L'abondance frugale. Pour une nouvelle solidarité,* Odile Jacob (2010), page 33

désirs, de distinguer le fondamental de l'accessoire et de rendre effectif le droit égal au désir légitime de chacun »[842]. Serge LATOUCHE a écrit une pensée similaire : « l'abondance combinée au chacun pour soi produit de la misère, tandis que le partage, même dans la frugalité, engendre la satisfaction de tous, voire la joie de vivre »[843]

672. Il apparaît urgent d'agir car la logique néo-libérale est une logique de propriétaires. « Un certain nombre d'exemples sont particulièrement significatifs de cette expansion [du capitalisme] : celui de l'expropriation des paysans autochtones de leur maîtrise des semences par les grandes multinationales de l'agroalimentaire comme Monsanto, le développement des brevets sur le vivant sous la pression des entreprises biotechnologiques ou encore la monopolisation par les géants de l'informatique comme Microsoft des brevets sur les logiciels les plus utilisés dans le monde »[844]. A l'inverse de cette logique d'appropriation, il faut construire une société dans laquelle les éléments fondamentaux tels que l'eau, l'air, l'environnement naturel dans son ensemble mais aussi l'éducation, la science, internet demeurent accessibles et disponibles à qui le veut. Les communs sont à la base d'une société ouverte qui respecte ses citoyens pour ce qu'ils sont : des personnes dont le statut social est certes différent mais qui demeurent des êtres humains pour lesquels les besoins vitaux doivent être satisfaits, en termes physique mais également intellectuel. Il convient donc, ainsi que le prône Jean-Baptiste FOUCAULD de prendre en considération, outre les besoins matériels, les besoins relationnel et spirituel de l'homme[845].

673. Il ne s'agit pas de reproduire les erreurs du Communisme stalinien qui a débouché sur un « capitalisme d'Etat »[846], ou de mettre toutes les ressources à la disposition du premier quidam venu, mais de définir un noyau dur d'objets et de concepts concrets, tels que les éléments de la Nature, mais également les chefs d'œuvres de l'Art ou l'accès aux soins, qui soient mis hors de toute forme d'appropriation. En effet, au-delà de la satisfaction des besoins physiques vitaux que sont le manger, le boire et le sommeil avec un toit sur la tête, il convient également de se préoccuper de la santé mentale avec l'école, les conditions de travail, les temps

[842] Jean-Baptiste FOUCAULD, *L'abondance frugale. Pour une nouvelle solidarité,* Odile Jacob (2010), page 34. Et encore, page 87 : « on aurait besoin d'une image, d'une description plus précise, d'une représentation de l'abondance frugale. Celle-ci n'est ni l'enfer – ce n'est ni une souffrance, ni une punition-, ni le paradis où tous les désirs sont satisfaits ; elle prend en compte les limites de la conditions humaine, qu'elle cherche à dépasser (abondance) sans outrepasser (frugalité).
[843] Serge LATOUCHE, *Sortir de la société de consommation,* Les liens qui Libèrent (2010), page 76.
[844] Pierre DARDOT, Christian LAVAL, *COMMUN, Essai sur la révolution au XXIè* siècle, La Découverte (2014), page 100.
[845] Jean- Baptiste FOUCAULD, *L'abondance frugale. Pour une nouvelle solidarité,* Odile Jacob (2010), page 49.
[846] Pierre DARDOT, Christian LAVAL, *COMMUN, Essai sur la révolution du XXIè siècle*, La Découverte, page 132.

de repos, bref la culture de son jardin mental personnel[847]. Il ne faut pas oublier que les communs préexistaient à l'homme qui est le seul être vivant sur cette planète à avoir inventé la propriété. Ce n'est donc pas à la société de préserver les communs mais ce sont ces derniers qui doivent laisser à l'homme sa juste place au sein du monde naturel préexistant. Cette logique a été inversée du fait de l'essor du capitalisme et du néo-libéralisme mais la Terre ainsi que les êtres vivants la peuplant ne doivent pas faire l'objet d'une appropriation personnelle, les hommes n'en étant que les locataires temporaires.

674. « Ce qui fait notre humanité ne vient pas uniquement de l'intérieur de nous, mais aussi de ce qui nous maintient dans un cadre de coexistence, de ce qui, en limitant l'expansion de notre désir d'exister, nous permet d'avoir une place parmi les autres. Dans ces conditions, il est clair que la philosophie politique ne doit pas laisser de côté la notion de bien commun et que la question de la « vie bonne » ne regarde pas uniquement la vie privée des individus »[848]. En conséquence, si l'individu doit avoir la libre disposition de lui-même, c'est uniquement dans les limites du Bien commun sans lequel sa subsistance physique et intellectuelle ne saurait être assurée. Ainsi que le rappelle Jacques GÉNÉREUX, « personne ne peut décider d'être un extraterrestre engendré hors de ce monde, grandi hors d'un complexe singulier d'interactions sociales qui compose une histoire propre à chacun », en conséquence de quoi l'homme doit faire société pour survivre et respecter les règles de sa communauté, sous peine d'en être banni et de se retrouver seul, sans repères et de finir par en périr. C'est se méprendre que de penser qu'il existe deux zones imperméables : la société d'un côté et l'individu de l'autre. Les deux s'entremêlent et sont interdépendants. Or, si la société est indispensable à la survie de l'humanité, encore faut-il la rendre acceptable pour tous, quelles que soient leurs valeurs. C'est ce à quoi sert le principe de Bien commun.

675. En conclusion, les notions qui comptent pour le Bien commun sont celles d'épanouissement personnel, mais également de solidarité, de fraternité, de connaissance culturelle, par lesquels une société égalitaire, respectueuse, jusqu'à un certain point, des volontés individuelles pourra naître. « Nous avons donc, à la fois, besoin de nous différencier, d'être assurés d'une unicité qui soutient notre sentiment d'exister, et besoin de nous fondre avec nos semblables dans les passions partagées, les chants à l'unisson et les gestes

[847] Vincent POTIER, *À la recherche du bien commun*, l'Harmattan (2015), page 29 : « Un corps social a besoin d'identité et d'unité. Ceci suppose de développer la cohérence et la cohésion. Cela nécessite d'affirmer une communauté positive d'intérêt entre les composante de la société. Ceci incite à un projet collectif qui permette, non de supprimer, mais d'aplanir voire dépasser les divergences et les contradictions ».

[848] François FLAHAULT, « Pour une conception renouvelée du bien commun », *Études*, 2013/6 (Tome 418), p. 773-783. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-etudes-2013-6-page-773.htm

synchronisés »[849]. « Une société humaine ne subsiste que parce qu'elle commence par assurer à chaque être singulier le droit inconditionnel d'en être membre et de ne pas être abandonné par les siens »[850].

676. Il convient à présent d'examiner *in concreto* le fonctionnement du Bien commun, au travers de ses caractéristiques.

SECTION II LES CARACTÉRISTIQUES DU BIEN COMMUN

677. Le Bien commun est avant tout un objectif lié à l'usage de l'ordre public de direction de la personne. Ceci explique que sa première caractéristique soit celle de l'autorité. Le Bien commun doit en effet pouvoir s'imposer aux volontés individuelles, les faire plier sans les rompre (§1). Mais il est également un concept souple en ce qu'il s'adapte aux circonstances de l'espèce. Le Bien commun a pour vocation de déceler les nuances nécessaires à la réponse de l'ordre dans ce domaine si sensible qu'est la libre disposition de soi. Un exemple sera trouvé dans le traitement de la fin de vie (§2).

§1 Un caractère d'autorité

678. Le Bien commun permet de vivre ensemble, de se pardonner, de se comprendre ou en tout cas d'accepter les différences d'autrui, au moyen si besoin de l'institution judiciaire. Il n'empêchera pas les conflits inter-individuels mais il ne s'agit pas de prôner l'avènement d'une société robotisée, au sein de laquelle les hommes seraient dépourvus de sentiments, qu'ils soient bons ou mauvais. Simplement, certaines limites d'ordre public ne doivent pas être franchies, si les individus veulent à la fois faire société et disposer librement d'eux-mêmes. Ainsi que l'a écrit Vincent CHEYNET, « la société de croissance conduit intrinsèquement à détruire les lois et à réduire celles-ci à la protection des biens privés. (…) La loi, quand elle défend le bien commun, est la base de la civilisation. « Entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit, disait Henri Lacordaire »[851].

679. Les mesures d'ordre public ne doivent donc pas être mises de côté au nom du respect de la libre disposition de soi. Une fois encore, il faut poser des limites que la volonté individuelle ne saurait franchir. Ainsi, tous les « crimes sans victimes » ne demeureront pas impunis. Ces derniers sont constitués par « les offenses à des entités abstraites ou symboliques (...), par les

[849] Jacques GÉNÉREUX, *L'autre société. A la recherche du progrès humain* -2, page 112.
[850] Jacques GÉNÉREUX, *L'autre société. A la recherche du progrès humain* -2, page 252.
[851] VIncenr CHEYNET, *Le choc de la décroissance,* Seuil (2008), page 94.

activités auxquelles nul n'a été contraint de participer et qui ne causent aucun dommage à des « tiers » (comme les jeux d'argent ou les relations sexuelles entre personnes consentantes de quelque nature qu'elles soient), les conduites qui ne causent des dommages directs qu'à soi-même (comme la toxicomanie ou le suicide) »[852]. Certaines de ces pratiques doivent être prises en compte par la société car elles sont contraires au bien commun.

680. C'est pourquoi Ruwen OGIEN s'égare lorsqu'il affirme que les jeux d'argent ne causent aucun tort à autrui. En effet, le joueur compulsif qui est en couple va mettre en danger le budget conjugal et peut se retrouver pour ce motif devant le juge du surendettement. La personne qui présente une addiction à l'héroïne et qui prend le volant alors qu'elle est en manque de drogue peut causer un accident car sa conduite a perdu de son assurance. Dans ces hypothèses de libre disposition de soi, l'Etat est légitime à intervenir pour interdire au joueur d'entrer dans un casino, pour contraindre le toxicomane à ne plus conduire un véhicule car ces comportements ne sont pas conformes à la conception du Bien commun, lequel œuvre pour une société où les personnes ne mettent en danger ni les conditions de vie matérielle de leur famille, ni la sécurité de leurs concitoyens. Ces comportements ont des effets délétères directs sur autrui - la famille, le quidam victime de l'accident de la circulation, et deviennent ainsi contraire à l'objectif du Bien commun.

681. Si, selon Ruwen OGIEN, « le bien et le mal qu'on se fait volontairement à soi-même n'a aucune importance »[853], il raisonne sur le plan de la morale alors qu'il s'agit ici de prendre le point de vue du Droit. Or, ces deux notions certes s'entrecroisent, mais n'ont pas une portée et un sens identiques. La limitation de la libre disposition de soi intervient donc pour permettre une vie en commun sereine, non pas pour faire régner une morale supérieure qui aurait vocation à s'appliquer à tous les citoyens, qu'ils le veuillent ou non.

682. En d'autres termes, une éthique minimaliste, qui consisterait à ce que le pouvoir étatique n'intervienne jamais dans la libre disposition de soi, n'est pas souhaitable. Pourquoi ? Parce ce que, comme le rappelait Jacques GENEREUX, un homme sans valeurs, repères, ni limites n'est pas libre mais devient un atome perdu dans l'espace social. Les hommes sont à la fois des individus libres d'agir à leur guise dans leur sphère d'intimité, mais également des citoyens qui doivent obéir aux règles de vie en société. Or, si certains actes sont neutres du point du vue de la communauté, d'autres la meurtrissent. Par exemple, si une personne décide volontairement de mourir, que ce soit par l'effet d'une dépression, ou d'une croyance religieuse, comme les

[852] Ruwen OGIEN, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes,* Gallimard (2007), page 21.
[853] Ruwen OGIEN, *L'étghique aujourd'hui. Maximaliste et minimalistes,* Gallimard (2007), page 25.

Témoins de Jéhovah, nul ne devrait l'en empêcher, si ce n'est sa familles et ses amis qui ne veulent pas perdre un être qui leur est cher. En revanche, les ventes d'organes doivent être interdites au nom du Bien commun car elles se développeront vraisemblablement dans un système inégalitaire. En effet, ce serait casser brutalement la chaîne de solidarité qui est censée lier les êtres humains, en considérant que certains individus « inférieurs » sont légitimes à se vivre comme des objets au profit d'autres hommes économiquement plus chanceux, qui disposent des fonds pour s'acheter de nouveaux organes. En ce sens, il est vrai que le Bien commun se rapproche de la dignité de la personne humaine, parce qu'il pose des interdits, nonobstant le consentement donné, ce au nom des valeurs humanistes communément admises.

683. Ce mécanisme d'éviction ponctuelle du consentement constitue un mal nécessaire dans le monde actuel, où tout s'achète et tout se vend. Les hommes en sont devenus les esclaves consentants, dans leur désir de vouloir plus de biens matériels, d'amasser plus de richesses, alors même qu'ils demeurent dans un monde aux limites finies. Dans ces conditions, le consentement de la personne concernée n'a plus de véritable sens car il est soumis à des contraintes socio-économiques trop fortes qui le font dévier de son chemin véritable. Celui-ci peut trop facilement être biaisé, falsifié par les lobbies et autres vautours ultra-libéraux. En conséquence, le consentement, s'il doit être vérifié, ne peut constituer le seul sésame permettant d'accéder à une libre disposition de soi-même.

684. En conclusion, un changement de société doit advenir, et être placé sous l'égide du Bien commun. Il faut certes qu'existe un ordre public si l'on ne veut pas que les mauvaises volontés, l'inégalité et autres crimes triomphent mais celui-ci, contrairement au principe du respect de la dignité humaine doit être pragmatique, adaptable. C'est ce qu'il convient à présent d'examiner.

§2 Un caractère pragmatique : l'exemple de la fin de vie

685. Ainsi, au contraire de la dignité humaine, le Bien commun, et c'est sa deuxième caractéristique, est une valeur souple, pragmatique, qui ne doit pas être hissée au panthéon des principes indérogeables. Il s'applique avec proportionnalité, en fonction des circonstances de l'espèce.

686. Le Bien commun incarne l'essence de l'homme mais demeure un concept malléable qui varie en fonction des époques de l'Histoire. Par exemple, là où pendant longtemps, l'on refusait à la femme la libre disposition de son corps par le biais de l'interdiction de l'interruption de grossesse, c'est aujourd'hui un fait accepté que, sous certaines conditions, cette opération est légale et légitime. Ici aussi s'applique le principe de proportionnalité en ce que l'IVG n'est

autorisée que jusqu'à ce que le fœtus ne devienne un embryon. Le Bien commun ne saurait tolérer une société eugénique car elle n'est plus solidaire mais hyper-individualiste. Il ne saurait pas plus réduire les femmes à un statut de pures reproductrices qui n'auraient aucune emprise sur leur corps.

687. Il s'agit ici de soutenir que les personnes sont légitimes à exercer des actes sur elles-mêmes, mêmes douloureux, même agressifs, dès lors que ces actions n'entrent pas en conflit avec le Bien commun. Il ne suffirait pas de ne pas heurter autrui, comme a pu le soutenir John Stuart MILL, ni de consentir à l'acte car la liberté d'un tel consentement pourrait être douteux et difficilement vérifiable, mais de ne pas rompre la chaîne de solidarité qui relie les hommes. Par exemple, les relations sados-masochistes, dans un premier temps interdites par la Cour européenne des droits de l'homme ont fini par être tolérées car les personnes pratiquant ce type de relations sexuelles étaient d'une part en accord avec elles-mêmes et d'autre part avaient noué des liens certes particuliers, mais qui s'apparentaient, dans leur esprit, à de la fraternité dans la douleur.

688. Il convient à ce point du raisonnement de s'intéresser à la question de la légitimité de l'administration volontaire de la mort par le corps médical car celle-ci permettra d'illustrer la pertinence de l'objectif du Bien commun dans le maniement de la libre disposition de soi.

689. En France, l'euthanasie a ses détracteurs[854], comme elle a ses défenseurs[855], les uns étant tout aussi acharnés dans leur conviction que les autres. Quoi qu'il en soit, le dernier état du droit français n'autorise pas ce geste létal en ce que les médecins ne sont pas légalement autorisés à administrer une substance destinée à faire cesser la vie de leur patient. Ce dernier ne dispose donc pas librement de sa vie et ne peut choisir le moment de son trépas. La loi n°2016/87 du 2 février 2016 a tout de même pourvu le Droit de dispositions permettant de donner un rôle, certes non prédominant, mais tout de même central, à la volonté individuelle. Ainsi, en vertu de l'article L1110-5-1 du Code de la santé publique, « lorsque [les actes de soins] apparaissent

[854] Louis PUYBASSET (médecin, anesthésiste-réanimateur*), Faut-il légaliser l'euthanasie* ?, Dalloz 2007. 1328 **:** « on déraperait vers des euthanasies présentées comme « voulues » par les patients mais étant en réalité demandées par l'entourage familial ou par le système de santé et qui forceraient en quelque sorte la main du malade. Penser que tous ces risques puissent être réglementés par des formulaires administratifs contrôlés *a posteriori* n'est pas réaliste ».

[855] L'association pour le droit de mourir dans la dignité « milite depuis 1980 pour le droit de mourir dans la dignité [et] pour que chaque Français puisse choisir les conditions de sa propre fin de vie. Conformément à ses conceptions personnelles de dignité et de liberté. (...)Le principal objectif de l'ADMD demeure que chacun puisse, à sa stricte demande, bénéficier d'une mort consentie, sereine et digne ; la dignité étant une convenance envers soi dont chacun est seul juge. Cette demande d'aide à mourir doit être évidemment libre, consciente, réitérée et révocable à tout moment, parce qu'il s'agit d'une liberté dont chacun usera ou n'usera pas ». Propos recueillis sur le site de l'ADMD : http://www.admd.net/qui-sommes-nous/une-association-humaniste/ladmd.html.

inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient ». La personne en fin de vie a donc le choix de ne pas accepter des soins non salvateurs. Si elle n'est plus en état d'exprimer sa volonté, la décision d'arrêt ou de maintien des traitements est prise par un collège de médecins, ou s'ajuste aux directives anticipées rédigées par la personne concernée. Ces directives s'imposent dorénavant au corps médical, sous réserve de deux exceptions, « en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale »[856].

690. «Le législateur a privilégié la recherche d'un équilibre pour ne pas placer les médecins sous tutelle et les transformer en de simples acteurs passifs de la relation de soins. (…) Cette clause de sauvegarde évitera des situations aberrantes, disproportionnées ou décalées, mais devrait également servir de rempart face à des velléités euthanasiques »[857]. Patrick MISTRETTA n'hésite pas à écrire qu'« en consacrant donc désormais un article L. 1110-5-1 du Code de la santé publique (L. n° 2016-87, art. 2) spécifiquement à la question, le législateur assoit opportunément le droit au refus de l'obstination déraisonnable comme un droit fondamental et sui generis de la personne malade »[858]. Le législateur a donc tenu à maintenir un équilibre entre la volonté vacillante et fluctuante de la personne en fin de vie et les décisions prises par le corps médical après une analyse collégiale et objective de la situation. Le patient peut disposer de sa propre mort en refusant des soins inutiles ou disproportionnés, mais il doit composer avec la présence des médecins dont les actions sont guidées par un but curatif et non mortifère. Il s'agit là d'un équilibre délicat, mais nécessaire, pour éviter que des personnes, abusées par leur souffrance, ne prennent des décisions objectivement déraisonnables.

691. La loi règle en outre les hypothèses des personnes en toute fin de vie, affectées d'une maladie incurable pour leur laisser la possibilité de partir de ce monde en douceur. « Lorsque le patient atteint d'une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements ; lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable »[859], les médecins auront la

[856] article L 1111-11 du Code de la santé publique.
[857] Aline CHEYNET de BEAUPRÉ*, Loi sur la fin de vie : « Tu ne tueras point »,* Revue Juridique Personnes et Famille, Nº 4, 1er avril 2016.
[858] Patrick MISTRETTA, *De l'art de légiférer avec tact et mesure - À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 8, 22 Février 2016, doctrine 240.
[859] Article 1110-5-2 du Code de la santé publique.

possibilité compassionnelle de placer la personne concernée dans un état de sédation profonde, ce jusqu'à son décès. En revanche, sont encore laissées de côté les demandes de soins déraisonnables émanant des familles désespérées de laisser partir l'un de leurs membres, ainsi que celles émanant de la personne malade dont la souffrance est réfractaire à tous les traitements mais dont le pronostic vital n'est pas engagé à court terme.

692. Alors que se profilent les discussions sur une nouvelle loi bioéthique en 2019, tant le Conseil d'état que le Conseil Consultatif National d'Ethique formulent des avis réservés à l'adoption d'une législation autorisant l'euthanasie dans les derniers cas évoqués. Le second pointe le risque « de dévaloriser comme «ne valant plus la peine d'être vécues » les vies des personnes les plus fragiles et les plus vulnérables »[860] tandis que le premier souligne «l'impact symbolique que l'autorisation d'une aide anticipée à mourir serait susceptible d'avoir sur les personnes les plus vulnérables. En consacrant le droit pour certaines personnes d'obtenir une telle aide, la loi indiquerait, au moins en creux, les contours de ce qui constitue une vie digne. Elle pourrait alors avoir pour conséquence de donner aux personnes susceptibles de répondre aux conditions qu'elle pose et proches des situations qu'elle vise le sentiment imposé de l'indignité ou de l'inutilité de leur vie »[861].

693. Quant à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, elle estime « que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention »[862]. Selon Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « c'est la proclamation d'un véritable droit conventionnel au suicide strictement subordonné à l'existence d'une véritable autonomie personnelle »[863]. En effet, la Cour européenne nuance immédiatement son propos en rappelant qu'« il convient de se référer, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 8, à l'article 2 de la Convention, qui impose aux autorités le devoir de protéger les personnes vulnérables même contre des agissements par lesquels elles menacent leur propre vie (…). Pour la Cour, cette dernière disposition oblige les autorités nationales à empêcher un individu de mettre fin à ses jours si sa décision n'a pas été prise librement et en toute connaissance de cause ». En l'espèce, la Cour européenne considère que « la réglementation mise en place par les autorités

[860] CCNE, avis n°129 du 25 septembre 2018.
[861] Conseil d'état, *Étude à la demande du Premier ministre Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018.
[862] CEDH, Haas contre SUISSE, 20 janvier 2011, requête n°31322/07, paragraphe 51.
[863] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Le droit de se suicider de manière sûre, digne et indolore*, RTD civ. 2011, page 311.

suisses, à savoir l'exigence d'une ordonnance médicale, a en particulier pour objectif légitime de protéger toute personne d'une prise de décision précipitée et de prévenir les abus, et, notamment, d'éviter qu'un patient privé de discernement obtienne une dose mortelle de pentobarbital sodique ». En conséquence, elle ne reconnaît pas de violation de l'article 8 de la Convention, l'Etat suisse n'ayant pas violé son « obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité ». Ainsi, « Dans leur « sagesse », les juges strasbourgeois n'ont donc pas accepté la métamorphose de la liberté laissée aux individus vis-à-vis de leur mort, en un droit subjectif absolu qui contraindrait les Etats à systématiquement faciliter l'exercice de cette faculté »[864].

694. La Cour européenne réclame en outre que les règles procédurales applicables en la matière soient précises. Ainsi, dans une affaire *Gross contre Suisse*, la requérante réclamait l'obtention d'une substance létale aux motifs de la diminution dite insupportable de ses capacités physiques et cognitives. La deuxième section de la Cour a affirmé que la Suisse ne s'était pas dotée de règles juridiques suffisamment précises concernant les demandes de suicides assistés et d'euthanasie pour les personnes qui n'étaient pas affectées d'une maladie en phase terminale. Or, « ce manque d'orientation juridique » est susceptible de créer une réticence chez les médecins pour délivrer une ordonnance, au regard des conséquences potentiellement néfastes sur leur carrière, et apporter de l'angoisse chez la requérante, « compte tenu de l'incertitude quant à l'issue de sa demande »[865]. Cette décision a été infirmée par la Grande Chambre car la requérante avait dissimulé à la Cour le fait que, dans le cours de la procédure, elle avait pu avoir recours à un suicide assisté[866].

695. « Pourtant, malgré cette annulation par la grande chambre, l'arrêt de chambre marque une étape importante vers la reconnaissance d'un droit subjectif au suicide assisté. Il a en effet été l'occasion d'affirmer que l'encadrement du suicide assisté ne pouvait se satisfaire de simples normes déontologiques. Ce faisant, la Cour a posé l'obligation positive d'adopter un cadre

---

864 Eric MARTINENT, Mathieu REYNIER, François VIALLA, *Une tentative de libéralisation de l'acte thanatique sans ordonnance devant la CEDH : la continuation de la politique par d'autres moyens*, Dalloz 2011, page 925. Contra Julie GALLOIS*, Vers la reconnaissance d'un droit au suicide assisté par la Cour européenne des droits de l'homme ?,* Lamy Droit des personnes et de la famille : « Même si elle se fait un point d'honneur de préciser que les États membres disposent d'une *« considérable »*(…) marge d'appréciation en l'absence d'un consensus de ces derniers sur la question du droit au suicide, la Cour européenne des droits de l'homme place, avec cette décision consacrant à demi-mot un droit au *« suicide assisté »*, un certain nombre d'États dans une situation particulièrement délicate. Tel est le cas notamment de la France ».

865 CEDH, Gross contre SUISSE, 14 mai 2013, n° de requête n° 647810/10, paragraphes 65-66.

866 CEDH, Gross contre SUISSE, 30 septembre 2014, requête n° 647810/10 : « 37. En conséquence, la Cour accueille l'exception préliminaire du Gouvernement selon laquelle le comportement de la requérante s'analyse en un abus du droit de recours individuel au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention ».

législatif adapté propre à lever les incertitudes pesant sur l'exercice de ce droit »[867]. La Cour européenne demeure néanmoins prudente, s'agissant d'une personne qui ne souffrait d'aucune maladie incurable. Ainsi, selon Gérard GONZALEZ, « l'imprécision de la loi suisse viole de ce point de vue l'article 8, mais quant à savoir si la requérante aurait dû se voir accorder la dose mortelle convoitée, la Cour se retranche derrière le principe de subsidiarité pour en laisser l'entière appréciation aux autorités nationales (§ 68) »[868]. De même, Frédéric SUDRE écrit que « ce faisant, si la Cour semble bien reconnaître le droit pour toute personne de savoir si elle remplit les conditions pour bénéficier d'une assistance au suicide quand celle-ci est prévue par la loi, elle n'énonce pas pour autant une obligation claire à la charge de l'État d'adopter une législation autorisant l'assistance au suicide »[869].

696. Malgré ces précautions jurisprudentielles, des dérives peuvent déjà être observées. C'est pourquoi Clémence JOLY se montre très critique vis-à-vis des législations autorisant cet acte létal. « Introduire l'euthanasie (alors que cela semble contraire au serment d'Hippocrate), c'est prendre le risque d'une rupture dans la confiance entre le malade et les soignants, d'une fragilisation des plus vulnérables, et d'ouvrir la boîte de Pandore. À l'instar de la situation belge où sont maintenant euthanasiés des enfants, des dépressifs, des personnes démentes en début de maladie, des anorexiques, où les moyens alloués aux soins palliatifs diminuent et où les patients euthanasiés meurent au bloc opératoire après prélèvement de leurs organes en vue de transplantations »[870]. Quant à « Marcel Langedijk, un journaliste néerlandais, [il] raconte dans un livre la mort par euthanasie de son frère Mark, dépendant à l'alcool. Il y dépeint la mort de son frère, qui, après huit ans d'alcoolisme et 21 séjours à l'hôpital, a décidé « *qu'il en avait assez ».* Père de deux enfants d'un mariage éclaté, il a demandé l'euthanasie dans le cadre de la loi en vigueur dans le pays »[871].

697. Dans le cas de la personne âgée de l'arrêt Gross contre Suisse et dans celui de la personne alcoolique, la libre disposition de leur vie eût due leur être interdite car la deuxième

[867] Damien FALLON, *Le prisonnier, l'euthanasie et la convention européenne des droits de l'homm*e, AJDA 2015. 437.
[868] Gérard GONZALEZ, *Quand vous serez bien vieille … : suicide assisté sans raison médicale*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 23, 3 Juin 2013, 650. Pour une autre application prudemment procédurale de la Convention, lire Mustapha AFROUKH, *Premier constat de violation de la Convention dans une affaire de suicide assisté*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 35, 27 Août 2012, 915, à propos de l'arrêt *Koch contre Allemagne*, 19 juillet 2012.
[869] Frédéric SUDRE*, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 29-34, 15 Juillet 2013, doctr. 855.
[870] Clémence JOLY, *Faut-il faire évoluer la loi Leonetti-Claeys ?,* Petites affiches, 8 février 2019, n°029, page 10
[871]http://www.genethique.org/fr/pays-bas-leuthanasie-autorisee-pour-une-personne-alcoolique-66591.html#.WuL3J4hubIU.

était curable, même si ses souffrances mentales étaient réelles, tandis que l'autre ne présentait aucune pathologie physique. Quelle pourrait être la suite des événements si la société baisse pavillon face à une libre disposition de sa vie toute-puissante : devra-t-on autoriser les euthanasies des personnes dépressives, des personnes obèses ne parvenant pas à rétablir une bonne balance alimentaire, bref de tous ceux qui dérogent à l'image d'Epinal de feu le bon père de famille ? L'euthanasie doit au contraire être réservée aux hypothèses dans lesquelles la personne concernée est en fin de vie physique et non psychologique, ce que permet déjà la législation française par la voie de la sédation profonde.

698. Quel concept permet de faire la différence entre l'euthanasie active et abusive et la sédation profonde à la française : le Bien commun appliqué avec proportionnalité. En effet, les cas de sédation pour des personnes en fin de vie, qui n'en peuvent plus de douleurs et de souffrances, et qui demandent consciemment, de manière répétée l'arrêt de leur vie, ne paraît pas contraire au Bien commun. Cet acte respecte le désir des personnes concernées, ce qui leur permet d'être en accord avec elles-mêmes tandis que l'impact social n'est pas négatif en ce que la bienveillance envers ceux qui souffrent d'un mal incurable n'apparaît pas illégitime. En revanche, pratiquer l'euthanasie de personnes souffrant de vieillesse ou d'un alcoolisme curable induit définitivement un effet négatif sur la société en ce que ces hypothèses renvoient le message selon lequel ceux qui ne respectent plus les critères de performance productiviste doivent purement et simplement être exterminés. Ces derniers ont même tellement internalisé cette contrainte qu'ils sont bel et bien les demandeurs à la procédure d'euthanasie. Le Bien commun permet donc de délimiter les cas dans lesquels l'euthanasie est acceptable de ceux dans lesquels elle devrait être refusée.

699. En conclusion de ce chapitre, la libre disposition de soi peut être légitimement limitée, quand bien même elle n'a de conséquences qu'indirectes sur autrui et sur l'intérêt de la société. De manière plus générale, il convient d'admettre avec Jacques GÉNÉREUX qu'« un être humain sans liens n'est pas libre, il est seul et privé d'à peu près toutes les capacités cognitives et physiologiques que seules des relations et une éducation dans un cadre social déterminé peuvent lui procurer. Un individu privé de normes sociales pour guider son comportement n'est pas libre ; il est juste perdu dans un monde sans repères, abandonné dans le vide d'une autonomie absurde. De toute façon, ce pur individu affranchi de tout lien et de toute détermination sociale n'existe pas ; c'est une pure fiction : personne ne peut décider d'être un extraterrestre engendré hors de ce monde, grandi hors d'un complexe singulier d'interactions

sociales qui compose une histoire propre à chacun »[872]. Ainsi la disposition de soi laissée à une totale liberté n'aurait-elle aucune consistance. Pour se sentir exister, il lui faut un garant : c'est l'ordre public inféodé à l'objectif du Bien commun et exercé en respectant le principe de proportionnalité.

700. En conclusion de ce titre, la construction de l'ordre public de direction de la personne s'articule autour d'un moyen, le principe de proportionnalité, et d'un objectif le Bien commun. Le point de convergence de ces deux notions réside dans leur adaptabilité aux variations constantes des réalités humaines.

701. La libre disposition de soi demeure en effet fragile face aux agressions des tiers et de l'Etat alors même que son existence est précieuse. D'un autre côté, ladite disposition de soi peut dégénérer en liberté incontrôlable, cherchant à faire fi de toute contrainte sociale au profit de ses seules aspirations. L'ordre public chargé de la limiter tout en la préservant doit donc immanquablement être d'un maniement souple et pragmatique.

702. C'est le cas de l'ordre public de direction de la personne qui se met en œuvre suivant un principe de proportionnalité, permettant d'adapter les règles applicables en la matière sans détruire la libre disposition de soi. L'objectif du Bien commun vient finir d'asseoir la légitimité du contrôle par l'ordre public de direction de la personne et assujettit ladite liberté à des valeurs de fraternité et d'égalité qui font vivre la société sans laquelle l'individu ne peut espérer survivre.

703. A présent que voici construit l'ordre public de direction de la personne, il est temps de s'intéresser à sa mise en pratique dans la vie juridique.

[872] Jacques GÉNÉREUX, *La grande régression – A la recherche du progrès humain – 3*, page 165.

TITRE II

LES APPLICATIONS DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE

705. Le Bien commun est l'application des principes de solidarité, de fraternité et constitue l'équilibre souhaitable entre « l'être-avec » et « l'être-soi » tels que définis par Jacques GÉNÉREUX. Il ne s'agit pas d'une notion rigide telle que l'est la dignité objective, mais d'un concept souple, qui s'adapte aux réalités sociales mouvantes. Il faut néanmoins être conscient que le choix de cette voie implique de prendre plus des risques. En effet, le Bien commun se veut plus empathique, mais également moins pointilleux dans ses condamnations. Il n'interdit que les vœux qui introduisent un déséquilibre entre « l'être-avec » et « l'être-soi ». C'est pour cette raison que l'adéquation des comportements individuels avec le Bien commun se détermine au moyen du principe de proportionnalité in concreto.

706. La conséquence de cette souplesse n'est pas un hyper-individualisme car les comportements ne doivent pas nuire à la conception de bien-vivre ensemble. Elle ne fonde pas plus une société communautaire où tous les comportements individuels seraient scrutés par le pouvoir en place car la personne doit demeurer maîtresse, autant que faire se peut, de ses choix. L'ordre public de direction de la personne se situe à la charnière entre ces deux types de sociétés archétypales, dans une volonté de respecter la volonté individuelle qui ne soit pas contraire au principe de solidarité. La feuille de route n'est en conséquence pas déterminée par avance car ni l'individu, ni le pouvoir central ne sont maîtres du jeu. Il en résulte que les solutions respectueuses à la fois de la libre disposition de soi et du Bien commun font immanquablement des mécontents chez les adeptes des sociétés archétypales sus-mentionnées.

707. Pour reprendre une illustration déjà évoquée dans le précédent chapitre, les salles aménagées pour que les personnes toxicomanes prennent leur dose de stupéfiants a généré de vives réactions d'opposition. Elles ont néanmoins eu pour avantages que la prise du toxique s'est faite dans de bonnes conditions sanitaires et qu'une partie du public concerné s'est placé sur le chemin de la resocialisation. Ainsi, dans la salle parisienne, expérimentale de consommation de drogues à moindres risques, « les toxicomanes bénéficient de la présence d'éducateurs et d'infirmiers de l'association Gaïa, qui gère le lieu et prévient les secours en cas de problème. L'équipe a déjà réalisé plus de 800 soins (traitement des plaies, orientation vers des traitements de substitution…), une centaine de dépistages de maladies infectieuses et de

nombreux entretiens sociaux »[873]. Cette pratique est conforme aux principes de solidarité et de fraternité en ce qu'ils interdisent de laisser de côté un public en souffrance tant psychologique que physique. Il n'en met pas moins sur le devant de la scène publique une pratique illégale, ce qui explique que les personnes favorables au traitement pénal des consommateurs de stupéfiants, soient opposées à leur création. C'est néanmoins à ce prix que le juste équilibre est trouvé entre la répression de ces derniers au nom de l'intérêt général, et leur réhabilitation fondée sur leur survie individuelle. Le pari pris reste celui d'une sortie de la dépendance, mais en acceptant la réalité de la consommation pour mieux l'anéantir.

708. Une fois encore, l'ordre public de direction de la personne fonctionne tel un équilibriste qui doit trouver la juste balance entre intérêts individuel et collectif, au risque de provoquer des mécontentements de la part des extrémistes. Les adeptes de l'hyper-individualisme trouveront que l'objectif du Bien commun n'est pas légitime et que l'ordre public n'a pas vocation à s'appliquer dans la sphère de l'intimité de la vie privée. A l'inverse, les tenants d'une ligne politique collectiviste dénigreront l'importance donnée à l'individu, à sa libre disposition de lui-même. Nonobstant ces oppositions, l'on ne doit cesser de chercher le juste milieu entre limitation des libertés et laissez-faire, grâce à l'ordre public de direction de la personne.

709. Quand bien même cet ordre public se veut souple et adaptable aux multiples réalités humaines, ses applications ne sont pas totalement erratiques et suivent une logique d'ensemble qui vise à faire tenir la globalité des volontés individuelles en une même société qui serait, à défaut d'être cohérente, accueillante. Des domaines aussi variés que les performances artistiques du body art, les pratiques sexuelles sadomasochistes, ou encore la prostitution et la gestation pour autrui doivent ainsi trouver leur place dans l'espace commun, malgré les critiques qui sont émises à leur encontre. En définitive, c'est la personne dans sa conception classique qui a vocation a tomber sous le boisseau de l'ordre public de direction de la personne. Ce dernier a également vocation à s'appliquer à la personne transhumaine dont on nous promet l'avènement prochain car une telle évolution de la libre disposition de soi n'est pas souhaitable, à moins de poser des garde-fous propres à préserver le Bien commun. La personne dans sa

[873] Le Monde, 12 octobre 2017 : https://www.lemonde.fr/societe/article/2017/10/12/premiere-salle-de-shoot-un-an-apres-un-bilan-global-positif-selon-la-mairie-de-paris_5199906_3224.html.

conception usuelle et la personne possiblement transhumaine constituent donc les deux principaux champs d'application de l'ordre public de direction de la personne.

710. En conséquence, il conviendra d'examiner tout d'abord la mise en œuvre de l'ordre public de direction de la personne sur la conception classique de la personne (chapitre I), avant d'étudier sa mise en pratique projective à la personne transhumaine (chapitre II).

CHAPITRE I

L'APPLICATION DANS UNE CONCEPTION CLASSIQUE DE LA PERSONNE

712. « Une personne physique est un être humain vivant, sans distinction d'origine, de race, et de religion »[874]. Selon la conception classique du Code civil, la personne était un individu pourvu d'une nationalité, d'un âge, d'un sexe, d'un nom et d'un domicile. Ladite personne accède ainsi à la personnalité juridique depuis sa naissance jusqu'à sa mort. Lui sont conférés un certain nombre de droits et libertés contenus dans le bloc de constitutionnalité, mais également des devoirs tels que l'obligation de secours entre époux. Certains pans de cette conception ont évolué au fil des années car qui, aujourd'hui, dénierait la qualité de personne humaine à un individu sans domicile fixe, ou à un transsexuel n'ayant pas encore obtenu la modification de son Etat civil ?

713. La conception classique ainsi assouplie de la personne humaine prend aujourd'hui un sens aigu en se faisant l'opposé de l'individu posthumain. Il sera, dans ce chapitre, question des personnes dont le corps n'a pas subi de transformations de nature à changer leur réalité biologique. La personne humaine au sens classique est donc celle qui possède un corps sur lequel elle est susceptible d'opérer des changements n'abolissant pas son patrimoine génique, ainsi qu'un esprit libre, qui ne contienne pas de nanorobots, et enfin dotée de deux parents biologiques ou sociaux. Cette personne peut-elle librement se mettre en danger, se nuire, sans que la société n'ait son mot à dire ?

714. Il a déjà été écrit que la liberté de disposer de soi ne saurait être absolue, mais elle ne peut pas non plus être réduite à une portion congrue. La personne dans son sens classique ne devrait pas être empêchée d'expérimenter des situations dangereuses pour elle-même, voire létales comme c'est le cas des Témoins de Jéhovah qui refusent les transfusions sanguines. Il n'en demeure pas moins que la société conserve un droit de regard sur les activités privées des individus car autrui n'est jamais absent, même de la relation que l'on entretient avec soi-même, ainsi que RICOEUR l'a parfaitement démontré. C'est dans cet espace partagé par les hommes qu'intervient l'ordre public de direction de la personne pour limiter quand il le faut la libre disposition de soi, mais également en garantir l'existence face aux agressions extérieures.

715. Un juste équilibre entre la libre disposition de soi et sa limitation doit donc être trouvé. Pour se faire, il convient d'étudier en premier lieu des compromis juridiques qui ont d'ores et

[874] JurisClasseur ROULOIS, fascicule 1010, *Personnes, famille, personnalité juridique*, 1.

déjà été trouvés entre permission et répression de la libre disposition de soi, et qui deviennent mieux compréhensibles à travers le prisme de l'ordre public de direction de la personne (section I). Puis, l'on portera l'attention sur les problématiques emblématiques de ces dernières années et concernant la libre disposition de la personne dans son sens classique pour en appeler à une évolution législative (section II).

SECTION I DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES ÉCLAIRÉES PAR LA MISE EN ŒUVRE DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE

716. Dans le champ d'application de la disposition de soi, il existe déjà des solutions jurisprudentielles équilibrées qui permettent de protéger ladite liberté, tout en préservant les individus de ses dérives potentielles. C'est ainsi que la liberté de l'artiste vis-à-vis de l'utilisation qu'il fait de son corps n'a pas été restreinte, mais que l'inféodation de l'Art à l'argent a été désavoué, restreignant en ce cas particulier la libre disposition de soi (§1). Par ailleurs, l'inventivité humaine ayant trouvé un terrain d'élection dans le champ des pratiques sexuelles, la position jurisprudentielle vis-à-vis du sadomasochisme a évolué, laissant place à une libre disposition de soi tempérée par le contrôle de la valeur du consentement donné. L'intervention de l'ordre public de direction de la personne permettrait, non pas de modifier la solution retenue mais d'en parachever l'équilibre (§2).

§1 De la liberté artistique

717. L'art a de tout temps constitué un espace d'expression libre des pulsions de vie mais également de mort des auteurs. L'élément nouveau, en ce début de XXIe siècle, réside dans l'utilisation que l'artiste fait de son corps. Celui-ci s'est en effet mis au service entier de son œuvre en se posant lui-même comme son objet. Il utilise son propre corps, dans des conditions parfois très extrêmes, aux fins de mettre à jour sa vision du monde, d'en dénoncer les injustices. La question à se poser est celle de déterminer la portée de la volonté dans la construction de l'œuvre d'art. En d'autres termes, les artistes peuvent-ils se voir reconnaître une totale libre disposition d'eux-mêmes, quand bien même leurs performances mettent en jeu leur santé physique ? Où se trouve la limite de l'expression artistique ?

718. Il sera démontré que l'artiste doit être en mesure de se prévaloir d'une libre disposition de lui-même aux fins d'exprimer intégralement son intention et de créer son œuvre (A). La limite est toutefois atteinte lorsque l'objectif de battre monnaie surpasse le but artistique et

s'attaque au Bien commun contenant des valeurs sacrées, indispensables à la survie collective, telle que la représentation de la mort (B).

A. L'artiste, objet de son œuvre

719. Certaines expressions artistiques actuelles mettent en jeu rien de moins que la santé physique de leur auteur. En effet, au travers des performances artistiques du body art, « le corps humain devient la matière première du geste esthétique, au moyen d'une mise en chantier des explorations corporelles sans limites, sans scrupule, sans souci d'épargner la douleur. La peau à la place de la toile, les liquides du corps à la place de la peinture, le bistouri du chirurgien à la place du pinceau ou du burin du sculpteur »[875]. Il ne semble exister aucune limite à ce courant artistique. Se pose conséquemment la question de la légitimité de ce mode d'expression au regard de la sécurité physique des artistes : faut-il limiter la libre disposition de ces derniers, les protéger contre leurs propres pulsions de mort et limiter leurs modes d'expression, ou bien les laisser totalement libres de se faire du mal au nom de l'Art et du Beau ?

720. Les performances peuvent ainsi recourir à des procédés extrêmes, laissant la place à une interrogation sur les motivations des artistes et sur leur santé mentale, eu égard à la disproportion entre les moyens employés et la démonstration à laquelle ces derniers veulent se livrer. Par exemple, « en 1972, dans *Lait chaud*, vêtue d'un vêtement blanc qui sera sa tenue pour les actions impliquant la blessure, elle [Gina PANE] alterne des coupures au rasoir sur son corps, un jeu avec une balle de tennis contre un mur et un gargarisme avec du lait chaud jusqu'à ce que le sang se mêle au lait ». Cette prestation tend non pas à dévoiler la névrose de l'artiste, mais vise démontrer que « la douleur doit être contagieuse et se répandre aussi dans le public dans un geste paradoxal de communion. Elle insiste souvent sur le fait que ses actions sont fondées sur l'amour. Elle n'entend pas se faire violence mais transformer le regard, elle ouvre des chausse-trappes dans les conventions sociales »[876]. Cette justification est théoriquement séduisante mais, de facto, la performance consiste en une mutilation vue par des spectateurs transformés en voyeurs des blessures ainsi auto-infligées.

721. Il convient également de mentionner les performances de Yann MARUSSICH qui, successivement, s'empale sur un pieu en métal, provoquant une compression de ses intestins,

---

[875] Simone KORFF-SAUSSE, *Le corps extrême dans l'art contemporain*, Champ psychosomatique, 2006/2 (n° 42), p. 85-97. DOI : 10.3917/cpsy.042.0085. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-champ-psychosomatique-2006-2-page-85.htm.

[876] David LE BRETON, *Body Art : la blessure comme œuvre chez Gina Pane*, Communications, 2013/1 (n° 92), p. 99-110. DOI : 10.3917/commu.092.0099. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-communications-2013-1-page-99.htm.

puis absorbe du bleu de méthylène pour rester immobile pendant une heure et laisser les spectateurs constater l'ensemble de ses sécrétions sourdre de son corps en couleur bleue. Il ne s'arrête pas à ce stade et décide de s'enfermer dans un cercueil en verre, les orifices protégés par du coton et demeure dans cet espace clos avec une fourmilière, les animaux courant en toute impunité sur l'ensemble de son corps, ce pendant cinq heures. Il se fait également planter des aiguilles dans le corps, avant, dans une autre performance, de demander à deux femmes de le mordre sur l'ensemble de son corps nu après s'être bleuies la bouche, de sorte que le rouge de la morsure se mêle à la teinte bleue. La réaction des artistes face à cette dernière performance est encore plus troublante : « au bout de quinze à vingt minutes, elles ne voient plus rien, elles ne voient plus mon visage, elles ne voient plus que la chair. Elles sont obsédées par l'idée de mordre et de manger. Je sens qu'il y a alors passage au « cannibalisme ». Je le ressens très fortement. Après la performance, ces femmes me disent qu'elles ont vécu une expérience incroyable : elles n'étaient plus elles-mêmes et n'avaient qu'une seule obsession – celle de mordre et de me manger. Mais je pense que ce n'est pas moi réellement qu'elles voulaient manger mais plutôt la chair. J'aime toutes les réactions que ces performances peuvent provoquer : c'est très « cannibalesque » et très érotique »[877].

722. Dans ce panorama carnavalesque, il ne faut pas oublier la pratique de la suspension. Elle « consiste à élever le corps du performeur à l'aide d'une structure prévue à cet effet. Pour ce faire, des crochets sont insérés sous la peau, répartis de façon à soutenir le poids du corps. Placés sur le dos, le torse, les genoux, ou encore les bras, ces crochets sont ensuite reliés à des câbles qui permettent d'élever graduellement l'auteur de la performance »[878].

723. De manière plus imagée, David LE BRETON retrace le parcours de l'artiste Fakir MUSAFAR. « (...) Il réalise son premier piercing sur le prépuce (...). Le piercing lui prend des heures à l'aide d'une agrafe finement taillée, il vit cette métamorphose de son corps comme une expérience spirituelle. Adolescent, il poursuit sa quête personnelle en se tatouant lui-même la poitrine. Il se perce le nez, les oreilles, s'enfonce des aiguilles dans le corps. La douleur ne l'affecte pas car il la contrôle, mais à la faveur de ces moments où il s'arrache à l'ordinaire il vit des états de conscience altérée qu'il cherche à reproduire. (...) Il multiplie ensuite les

[877] L'ensemble de ces références sont tirées de l'article suivant : Yann MARUSSICH, *Voyage(s) dans l'immobilité*, Communications, 2013/1 (n° 92), p. 239-251. DOI : 10.3917/commu.092.0239. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-communications-2013-1-page-239.htm

[878] Delphine ROCHAIX, Agnès BONNET, Jean-Louis PEDINIELLI, *L'atteinte du corps dans la suspension : analyse psychopathologique d'une « performance » artistique et sociale*, Bulletin de psychologie, 2015/3 (Numéro 537), p. 215-222. DOI : 10.3917/bupsy.537.0215. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-bulletin-de-psychologie-2015-3-page-215.htm

expériences corporelles en situation extrême : il recouvre l'intégralité de son corps d'une peinture dorée qui empêche la respiration tégumentaire, il s'accroche à la poitrine avec des hameçons, des objets pesants, suspend des charges à ses piercings, subit en toute connaissance de cause une opération qui lui permet l'allongement de son pénis grâce à des poids qu'il y fixe (...) »[879].

724. Ces pratiques notamment de suspension font écrire à Delphine ROCHAIX, à Agnès BONNET et à Jean-Louis PEDINIELLI que « sans nécessairement renvoyer à des entités psychopathologiques perverses, nous observons des manifestations exhibitionnistes et masochistes dans certaines « performances »[880]. Il faut effectivement constater que certains artistes sont allés très loin dans leur discours artistique. Ainsi, « Duncan se rend à Tijuana, dans une morgue, s'accouple jusqu'à l'orgasme avec le cadavre d'une femme, rentre en Californie, se fait faire une vasectomie (« pour m'assurer que mon dernier sperme fertile, dit l'artiste, aura profité à un corps mort »). Nombre d'adeptes de la performance « dure », au su de cette œuvre, pousseront des cris d'horreur. Duncan y parle pourtant, sans raffiner, de la vie, de la mort, du refus de se reproduire, de sa souffrance d'être. Un expressionnisme comme un autres, juste plus incarné »[881].

725. Selon David Le BRETON, ces pratiques s'expliquent par le fait que, dans notre société actuelle, l'homme a perdu le contrôle de sa vie. Le corps devient alors « un objet à portée de main sur lequel la souveraineté personnelle est presque sans entraves. (...) La marque corporelle affiche l'appartenance à soi. Elle traduit la nécessité de compléter par une initiative personnelle un corps insuffisant en lui-même à incarner l'identité personnelle »[882]. Faut-il donc, au nom d'une quête vers son identité véritable, laisser exister toutes les formes d'expression artistiques, même celles qui sont réalisées au détriment de la santé physique de leurs auteurs ? Il apparaît

---

[879] David LE BRETON, *l'Adieu au corps*, Métailié (1999), pages 32-33. Il mentionne également les performances de l'artiste Stelarc : « Stelarc réalise ainsi une vingtaine de suspensions entre 1976 et 1988, le corps embroché et rattaché à des câbles dans des situations variées. Quand on le hisse ou quand on le descend, la douleur l'embrase et il lui faut en général une semaine pour s'en remettre et pour que les plaies cicatrisent. Stelarc radicalise l'obsolescence du corps, sa prise de congé de l'espèce et son insignifiance face aux technologies actuelles. Pour Stelarc, et bien d'autres contemporains, le corps est une sorte de carapace anachronique, dont il est urgent de se débarrasser. Sa mortification, sa transformation en pur matériau est une étape préliminaire avant son élimination ou la fusion nécessaire d'un reste de chair avec les techniques de l'information. Pour Stelarc, la structure physiologique de l'homme détermine son rapport au monde, en la modifiant l'homme modifie le monde » (*op. cit.*, page 46).

[880] *Op. cit.*

[881] Paul ARDENNE, *Extrême, Esthétiques de la limite* dépassée, Flammarion (2006), page 425.

[882] David LE BRETON, *L'adieu au* corps, Métailié (1999), page 36. C'est également le point de vue de Valérie VERNEUIL, dans l'article *Les relations des sujets body art avec leur propre corps*, Le Journal des psychologues, vol. 263, no. 10, 2008, pp. 59-62 : « Pour ces artistes, le corps semble être le seul langage possible qui permette de revendiquer leur identité, leurs idéaux et ainsi lutter contre l'oppression exercée sur l'individu par les lois de la société ».

que les artistes doivent pouvoir disposer librement de leurs corps, ce sur un triple fondement. Tout d'abord, tant les spectateurs que l'artiste ont donné leur consentement à la performance envisagée et peuvent sortir de l'installation à tout moment. Ce ne serait certes pas la première fois que le domaine artistique permettrait de définir un exécutoire à de graves névroses. Le deuxième fondement réside dans l'absence de dommages subis par les tiers ; l'artiste est le seul qui s'implique dans la réalisation de la performance ; il ne demande pas de participation active aux spectateurs et les laissent donc libres d'adhérer ou pas à son œuvre, en toute indépendance et objectivité. Enfin, nulle valeur fondamentale n'est violée, au contraire de ce qui s'est déroulé concernant l'exposition « Our Body ».

B. L'argent, profanateur de l'art

726. En effet, le consentement n'est pas toujours suffisant pour fonder sa propre utilisation à des fins mercantiles (1), car la mort doit conserver un caractère sacré indépassable (2).

1. Le consentement invalidé

727. La limite judiciaire à la libre disposition de soi a été trouvée lorsqu'un artiste a voulu utiliser les corps d'autrui dans des expositions, ce dans un but purement mercantile et en se prévalant du consentement des donateurs. Il s'agit de l'exposition « Our Body », interdite par les trois degrés de juridiction. « En 1977, un anatomiste allemand, Gunther VON HAGENS, met au point un procédé de conservation des cadavres par « plastination » ; il s'agit de remplacer l'eau et la graisse des tissus par divers polymères, de sorte qu'après traitement les corps écorchés sont imputrescibles. (...) C'est dans ce contexte qu'un certain Pascal BERNARDIN (...) conclut avec une société américaine un contrat d'exclusivité pour l'Europe et mit au point une nouvelle scénographie : les cadavres, dont on mettait à jour chaque muscle, chaque artère, chaque vaisseau, chaque viscère et tous les systèmes (digestif, respiratoire, cardio-vasculaire, nerveux), étaient exposés avec des postures singulières : tirant à l'arc, jouant aux échecs, au basket, au football, faisant du vélo... »[883]. Fallait-il interdire cette exposition de corps plastinés car elle ne respectait pas l'humanité des sujets, ou au contraire cette exposition devait-elle être autorisée puisque l'usage des corps était conforme à la volonté de leur auteur ? L'artiste avait-il la libre

[883] Bernard EDELMAN, *« Morts à crédit »,* Dalloz 2009, page 2019.

disposition de son matériau d'exposition, quand bien même ce dernier était constitué de corps humains ?

728. Le Tribunal de grande instance de PARIS a interdit l'exposition sur le fondement du respect de l'ordre public en estimant notamment que « la commercialisation des corps par leur exposition porte une atteinte manifeste au respect qui leur est dû »[884]. En revanche, la Cour d'appel de PARIS a considéré que « le respect n'interdit pas le regard de la société sur la mort, et sur les rites religieux ou non qui l'entourent dans les différentes cultures, ce qui permet de donner à voir aux visiteurs d'un musée des momies extraites de leur sépulture, voire d'exposer des reliques, sans entraîner d'indignation ni de trouble à l'ordre public ; qu'en outre le champ de la connaissance, notamment grâce aux techniques modernes, s'est également élargi ; qu'il n'est plus seulement réservé aux seuls spécialistes et savants et devient désormais accessible au grand public de plus en plus curieux et soucieux d'accroître son niveau de connaissances ». Elle poursuit néanmoins en écrivant qu'il n'était pas certain que les corps ainsi exposés aient une origine licite tandis que le consentement des personnes décédées à l'utilisation de leur corps n'était pas plus établie. Elle en conclut, pour cette dernière raison, à la violation de l'article 16-1-1 du Code civil[885]. Enfin, la Cour de cassation a considéré que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaissait l'exigence de respect des restes d'une personne décédée[886].

729. Trois juridictions, deux fondements factuels différents. La Cour d'appel se fonde en effet sur l'absence de consentement à être exposé des propriétaires des corps plastinés, tandis que le Tribunal de grande instance et la Cour de cassation font appel au respect dû aux restes humains. Le premier critère retenu paraît insuffisant à protéger des personnes vulnérables de l'exploitation de leur corps dans un but artistique. Il convient de se référer ici à l'œuvre produite par SIERRA, intitulée *250 cm Line Tatooed on Six Paid People. L'artiste a démarché, en insistant sur le caractère réel de cette opération, des personnes « dans la population déshéritée des chômeurs de la Vieille Havane » et les a payés trente dollars pour se faire tatouer un trait, « comme pour rayer ces individus de l'humanité ». «* Avec ce genre d'intervention, l'artiste prétend dénoncer un système abject, non pas en protestant, mais en y participant activement. Dès lors, on peut se demander si ce genre d'action ne prend pas un plaisir pervers à reproduire certains usages parmi les plus répréhensibles de notre société. (...) Si des hommes sont suffisamment indignes pour être volontaires afin de se faire humilier de la sorte, alors c'est

[884] Bertrand MARRION, *Ethique – exposition Our body : corps ouverts mais expo fermée !*, JCP G n°50, 13 décembre 2010, 1239.
[885] Cour d'appel, Paris, Pôle 1, chambre 3, 30 Avril 2009 – n° 09/09315.
[886] Civ 1°, 16 septembre 2010, n°09-67456.

qu'ils ne participent pas réellement de l'humanité. (...) Pourquoi alors pourrait-on en vouloir aux individus qui exploitent ces gens-là, dès lors que Sierra a « démontré » qu'ils étaient consentants à ce type d'exploitation? »[887]. Ceci constitue donc un exemple des dérives des œuvres réalisées sans respect du libre arbitre des personnes faisant partie de la performance. Elles deviennent alors de simples instruments entre les mains de leur créateur, sans liberté de conscience ni libre arbitre. En conséquence, le consentement ne fait pas tout et il faut se référer à des valeurs refuges sur lesquelles notre humanité est fondée, ce que permet l'ordre public de direction de la personne.

2. Au-delà du consentement

730. L'argumentaire des organisateurs de l'exposition, qui se prévalaient d'un objectif pédagogique, ne saurait être cautionné. En effet, d'une part l'exposition était payante, ce qui contrevient au principe de non-patrimonialité du corps humain et revient à vendre la mort dans sa nudité la plus crue. D'autre part, comme le souligne le Conseil Consultatif National d'Ethique, « toutes ces expositions ont ceci en commun de représenter des actes de la vie courante comme effectués par des morts. Cependant, un cadavre en train de courir, de pratiquer un jeu ou de se livrer à des activités sportives ne constitue pas une représentation d'un mort ou de la mort. De façon «ludique», les cadavres sont exhibés au regard public sous l'aspect d'objets de spectacle. Certains organisateurs n'hésitent pas à représenter des cadavres en position de copulation. Les morts semblent de la sorte être la proie des désirs et des fantasmes des vivants. Une telle ambiguïté ne peut manquer de jeter la suspicion sur les motifs pédagogiques et anatomiques affichées »[888].

731. L'on pourra ensuite objecter qu'il existe un intérêt artistique au spectacle. L'art est toutefois ici supplanté par le voyeurisme et le mercantilisme. Il ne paraît pas que l'exposition permette de démontrer quoi que ce soit, mais qu'elle ne fait qu'exhiber des corps décédés tels des monstres de foire. Dans les exemples précédemment cités, malgré l'aspect très extrême des performances des artistes, il s'agissait toujours de dépeindre la société à travers les yeux de ces derniersIci, que peut vouloir dire un écorché vif jouant au golf ou en position d'accouplement ? En outre, les performances artistiques de la précédente partie n'engageaient que l'auteur de

[887] Maxence ALCALDE, *Art corporel et externalisation des risques*, Nouvelle revue d'esthétique, 2010/1 (n° 5), p. 161-168. DOI : 10.3917/nre.005.0161. URL : http://www.cairn.info.ezproxy.unilim.fr/revue-nouvelle-revue-d-esthetique-2010-1-page-161.htm

[888] CCNE, avis n° 111, Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale, 7 janvier 2010.

l'installation ; autrui ne faisait partie du processus artistique qu'en qualité de spectateur alors qu'avec l'exposition Our Body, le corps d'autrui est instrumentalisé, jeté en pâtures aux regards voyeuristes des spectateurs.

732. Quand bien même l'on partirait du postulat selon lequel les personnes décédées ont bien consenti, de leur vivant, à ce que leur corps décédé soit exhibé de la sorte, l'exposition doit in fine être interdite car elle représente l'ultra-libéralisme dans sa forme la plus crue, appliquée à un objet sacré, la mort. Cette dernière y est en effet utilisée, non pour la rendre paisible ou pédagogique, mais pour la commercialiser purement et simplement, sans que d'autres buts que l'appât du gain ainsi qu'éventuellement la recherche du sensationnel ne puissent être identifiés. A l'inverse de l'affaire dite du lancer de nain, où était en jeu un être humain vivant et donc conscient de l'activité à laquelle il s'adonnait jour après jour, ici, il n'y a rien d'autre que l'instrumentalisation mercantile de personnes décédées, qui n'ont plus le choix de revenir sur leur éventuel consentement. Monsieur WACKENHEIM pouvait changer d'avis à tout moment et quitter la société de spectacle qui l'employait. Dans l'hypothèse de l'exposition Our Body, le consentement est présumé une fois pour toute, sans possibilité de retour en arrière. Ce n'est donc pas l'exercice d'une véritable liberté, mais son enfermement dans un carcan d'argent sonnant et trébuchant. Au surplus, l'on ne saurait, tel que l'a rappelé le CCNE, retenir un but ni pédagogique, ni d'amusement dans le fait de contempler des cadavres figés dans des actes de la vie quotidienne. Il faut donner des limites au libéralisme économique, ne pas jouer avec tout, et certainement pas avec la mort. Cette dernière peut être apprivoisée, éducative, mais non récréative.

733. Elle ne doit pas non plus permettre aux vivants de vivre des expériences démiurgiques, soit à travers de la vision des corps décédés, soit via la personnification de son propre décès. Ainsi, « la mort ne [devrait par arrêter] Orlan, car son cadavre momifié doit se trouver un jour dans un musée, insérée dans une installation avec une vidéo interactive ». « Mon travail, écrit-elle, est en lutte contre l'inné, l'inexorable, la nature, l'ADN (qui est notre rival direct en tant qu'artiste de la représentation) et Dieu » (Orlan, 1997, 41) »[889]. Accepter qu'une artiste fasse de son corps décédé une œuvre d'art, c'est une fois de plus dévoyer la mort, la livrer pieds et poings liés à l'ultra-libéralisme de la volonté. Quand un corps cryogénisé permet de défier les règles de la Nature, au moins ceci n'est-il pas fait aux yeux de tous mais dans le secret des habitats. En revanche, l'exposition d'un corps défunt placé au regard de tous dans le but de

[889] David LE BRETON, *L'adieu au* corps, Métailié (1999), page 44.

vaincre la mort, n'est plus de l'art mais l'instrumentalisation, une fois de plus, de la mort à des fins cette fois démiurgiques.

734. A titre de contre-exemple de ces expériences condamnables, l'on peut citer les performances de l'artiste Tunik. « Quelque peu singulière, « l'écriture » de cet artiste new-yorkais consiste à convier dans des villes chaque fois différentes, par voie de presse ou via d'autres médias, des personnes par dizaines, dans le but de réaliser une « sculpture sociale ». A ces dernières, qui se rassemblent à la demande de l'artiste en un lieu défini de la cité – place, pont, avenue...-, Spencer Tunik demande de se dévêtir, de s'allonger nues à même le sol sur le dos ou sur le flanc, puis de demeurer couchés à touche-touche, comme des sardines dans une boîte de conserve. Une fois composé ce « tableau » humain, l'artiste prend des clichés photographiques destinés ensuite à être exposés et vendus dans des galeries d'art »[890]. Dans cette hypothèse, l'artiste se sert, à l'instar des organisateurs de l'exposition Our Body, du corps d'autrui. La différence fondamentale réside dans le fait que les personnes sont toujours vivantes, bien consentantes puisqu'elles se sont rendues sur le lieu de rendez-vous de leur plein gré, faisant suite à un appel via les médias, et qu'excepté leur nudité, elles ne sont sollicitées que pour s'allonger sur le sol. Le but de cette performance est sans conteste esthétique et utilise des êtres humains vivants à des fins cette fois indubitablement artistiques.

735. En conclusion, il n'est pas sain de livrer le corps humain à tous les désirs, surtout lorsque la motivation financière entre en ligne de compte. L'artiste doit certes pouvoir disposer librement de son propre corps pour en faire le vaisseau du message que porte son œuvre. Néanmoins, dès lors qu'il s'agit de l'organisme d'autrui, la prudence est de règle car la mort demeure une valeur sacrée, indépassable, que nul ne doit être autorisé à dévoyer. Utiliser des corps de personnes défuntes contre rémunération apparaît comme le franchissement d'une valeur totem, dont le respect participe de la cohésion de la société et fait partie du Bien commun. Ainsi qu'il a déjà été écrit, le consentement ne fait pas tout et, quand bien même les personnes auraient donné leur accord pour une utilisation mercantile de leur corps après leur mort, ce type d'opération doit être invalidé comme ne respectant pas le caractère sacré, d'ordre public de la mort. La libre disposition de soi ne permet pas d'abandonner son corps entre toutes les mains

[890] Paul ARDENNE, *Extrême, Esthétiques de la limite* dépassée, Flammarion (2006), page 74.

et à tous les desseins. L'ordre public a encore un rôle à jouer dans ce domaine et limite l'inventivité macabre de certains individus.

736. A lire ces lignes, l'imagination artistique paraît sans limites. Il en va de même pour la vie sexuelle des individus, qui peuvent parfois se livrer à des pratiques qui en choquent plus d'uns. Il en va ainsi des sadomasochistes.

§2 De la liberté sexuelle

737. D'aucuns considèrent le sadomasochisme comme une sexualité dont il convient d'éradiquer l'usage. Il n'en demeure pas moins que le sadomasochisme peut trouver sa place dans une société du Bien commun. Les juges se sont confrontés à cette pratique (A), laquelle peut faire l'objet d'une appréciation graduée, conforme au principe de proportionnalité in concreto (B).

A. Le sadomasochisme saisi par la jurisprudence

738. Le sadomasochisme a eu les honneurs de la Cour européenne des droits de l'homme à au moins deux reprises retentissantes.

1. *Laskey et autres contre Royaume Uni*[891]

739. En l'espèce, « plusieurs vidéocassettes enregistrées lors de réunions à caractère sadomasochiste impliquant les requérants et quarante-quatre autres homosexuels tombèrent entre les mains de la police alors que celle-ci procédait à des enquêtes de routine sur d'autres questions »[892]. Les actes auxquels s'adonnaient les participants « consistaient essentiellement en mauvais traitements infligés sur les parties génitales (à l'aide de cire chaude, de papier de verre, d'hameçons et d'aiguilles par exemple) et en rituels de flagellation soit à mains nues soit au moyen de divers objets tels que des orties, des ceintures à pointes ou des martinets.

740. La Cour Européenne prend la peine de préciser que « ces activités étaient librement consenties et menées en privé, apparemment sans autre but que la recherche du plaisir sexuel. Les souffrances étaient infligées selon certaines règles, dont un mot de code qui permettait à la "victime" de mettre un terme à l'"agression", et ne donnèrent lieu en aucun cas à des infections ou à des lésions permanentes ni ne nécessitèrent l'assistance d'un médecin »[893]. Or, malgré

[891] CEDH, *Laskey et autres contre Royaume Uni*, 19 février 1997, Requêtes n° 21627/93; 21628/93; 21974/93)
[892] CEDH, *ibidem*, paragraphe 8.
[893] CEDH, *ibidem*, paragraphe 8.

l'assentiment des personnes masochistes aux actes qui étaient perpétrés sur elles, la Cour européenne « estime que l'un des rôles incontestablement dévolu à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien »[894]. En conclusion, la Cour européenne décide que « les autorités nationales étaient en droit de juger que les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient nécessaires dans une société démocratique à la protection de la santé »[895].

741. En réalité, la Cour européenne, malgré l'appel au droit à la santé, agit ici sur le fondement d'une morale substantielle. Le consentement des victimes masochistes est nul et de nul effet sur la qualification de coups et blessures volontaires. Ce qui emporte au fond la conviction de la Cour européenne est bel et bien la nature des faits accomplis. C'est pourquoi notamment elle admet que l'Etat soit légitime à s'immiscer dans le secret des lits pour condamner « les pratiques qui entraînent un dommage corporel ». D'ailleurs, dans cette même décision, elle réserve « le droit de l'Etat de chercher à détourner les individus de l'accomplissement de tels actes au nom de la morale».

742. Cette décision n'a pas fait l'unanimité en doctrine. Selon Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « elle laisse en effet planer une menace sur le droit à la liberté de la vie sexuelle que la Cour avait naguère consacré au nom de pluralisme et de la tolérance (…) »[896]. Quant à Jean-Manuel LARRALDE, il écrit que l'« on peut alors se demander si la Cour, qui s'est pourtant toujours défendue de vouloir imposer une morale européenne, ne tente pas ici de dégager les critères d'une sexualité « normale », seule à ce titre protégée par l'art. 8 de la Convention. Certes, on ne peut nier la violence des séances auxquelles s'adonnaient les requérants, pas plus que le fait que le sadomasochisme est traditionnellement classé parmi les déviations sexuelles. Les caractéristiques de cette sexualité certes très hétérodoxe suffisaient-elles pour autant à elles seules pour que l'ingérence dans la vie privée des requérants soit admise (…) »[897].

743. C'était bien un retour en arrière inquiétant, survenant après des arrêts libérateurs concernant la communauté homosexuelle. En outre, cette décision paraît injuste dans son arbitraire : parce que, dans le cadre d'une enquête pénale, l'on découvre par hasard les vidéos-cassettes sur lesquelles étaient enregistrés les actes sadomasochistes, les acteurs devraient être condamnés, étant entendu que l'on fermerait par ailleurs les yeux sur l'immense majorité des

[894] CEDH, *ibidem*, paragraphe 43.
[895] CEDH, *ibidem*, paragraphe 50.
[896] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Sadomasochisme et droit au respect de la vie privée*, RTD civ. 1997. 1013.
[897] Jean-Manuel LARRALDE, *Vie privée et pratiques sadomasochistes*, Dalloz 1998. 97.

participants à cette sexualité particulière. De fait, pour aller jusqu'au bout de la logique ici menée par la Cour européenne, il conviendrait d'instaurer une police des mœurs susceptible d'intervenir à toutes heures du jour et de la nuit et de dénuder la vie privée de tous les couples aux fins de déterminer si les actes sexuels pratiqués sont licites ou non. Il faudrait en outre insérer un nouvel article dans le Code pénal des Etats membres, qui indiquerait quels actes sexuels sont licites. La prohibition n'a guère eu de succès sur la consommation d'alcool ou sur la prostitution. Elle n'en aurait pas plus concernant la sexualité, sans parler du risque de basculement dans une société totalitaire. Cela signifie enfin que les individus n'ont aucun droit sur leur corps. Or, s'il est bien établi que la libre disposition de soi n'est pas un droit absolu, il convient tout de même d'admettre que les sadomasochistes sont en capacité de décider qu'ils ont le souhait de mener une sexualité douloureusement jouissive, c'est-à-dire de disposer librement de leur corps.

2. K.A. et A.D. contre Belgique

744. Puis, dans le sillage de l'arrêt *Pretty contre Royaume Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme change sa vision du sadomasochisme. Dans cette deuxième affaire, il était question de pratiques extrêmes menées par un juge et un médecin belge sur l'épouse du premier. Sur des vidéocassettes, « on y voyait les prévenus utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hisser suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui coudre les lèvres vulvaires et lui introduire, dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids »[898].

745. Or, la Cour européenne décide que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps » (Pretty, précité, § 66) »[899]. Elle ajoute même qu'« il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent

[898] CEDH, K.A. et A.D. contre Belgique, 17 février 2005, Requêtes nos 42758/98 et 45558/99, paragraphe 13.
[899] CEDH, *ibidem*, paragraphe 83.

du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves» pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité »[900].

746. Plusieurs éléments doivent ici être soulignés comme autant de revirements par rapport à la jurisprudence précédente : un droit à la disposition de son corps dans le cadre sexuel est reconnu tandis qu'est rappelé la possibilité de chaque sujet d'accomplir des actes qui lui portent préjudice. En conséquence, l'Etat ne peut s'ingérer dans les relations sexuelles qu'entretiennent les individus, sauf à démontrer des « raisons particulièrement graves ». « Dans ces conditions entièrement renouvelées et précisées avec force, il faut se réjouir de (ou se résigner à) constater que la question du sadomasochisme a été libérée de l'emprise de la morale à laquelle l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* l'avait finalement rattachée, pour être placée sous l'influence inédite du droit de disposer de son corps »[901].

747. La Cour européenne sanctionne toutefois les actes sadomasochistes ici posés car il était établi que l'appel à la pitié de l'épouse du magistrat n'avait pas été entendu par les deux sadiques de l'histoire, ce qui transformait le plaisir sexuel en actes de torture et de barbarie, les partenaires sexuels s'étant métamorphosés en tortionnaires[902]. Or, « si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas »[903].

748. La Cour européenne s'est donc tournée vers un positionnement formel pour juger des actes sadomasochistes : seul compte le consentement des partenaires sexuels pour déterminer la licéité des actes commis, peut important la nature, la violence de ces derniers. Cette décision a donné lieu à de vives réactions doctrinales, à l'instar de Muriel FABRE-MAGNAN, auteur

[900] CEDH, *ibidem*, paragraphe 84.
[901] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Sadomasochisme et autonomie personnelle, RTD civ. 2005, page 341.
[902] CEDH, *ibidem*, paragraphe 15 : « la cour d'appel nota aussi que plusieurs fois, les prévenus ont tout simplement ignoré que la victime criait « pitié ! », le mot par lequel il aurait été convenu entre les intéressés que la victime pouvait immédiatement mettre fin aux opérations en cours. Ainsi par exemple quand la victime, suspendue, se voyait planter des aiguilles dans les seins (au moins sept aiguilles dans chaque sein), les mamelons, le ventre et le vagin, elle se voyait ensuite introduire une bougie dans le vagin, puis fouetter les mamelons. Quand elle hurlait de douleur et criait « pitié ! » en pleurant, les prévenus continuaient de lui planter d'autres aiguilles dans les seins et dans les cuisses, au point qu'un des seins se mit à saigner. Peu après, la victime, qui était alors suspendue par les pieds, se voyait administrer cinquante coups de fouet, pendant qu'on lui faisait couler de la cire brûlante sur la vulve puis qu'on lui introduisait des aiguilles dans les seins et les lèvres vulvaires ».
[903] CEDH, *ibidem,* paragraphe 85.

d'un article titré « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme »[904]. Cette dernière écrit qu' « au nom du droit au respect de la vie privée, ce qu'a finalement entériné la Cour, c'est un droit de frapper et blesser autrui dans un but de jouissance sexuelle, donc ce qu'on pourrait appeler un « droit au sadisme », qui deviendrait même un droit de l'homme puisque la Cour le déduit de l'article 8 de la Convention. (…). Mais même si la victime avait consenti à son supplice, ce qui pourrait être le cas dans d'autres affaires, le principe de dignité pourrait être utilement invoqué pour condamner malgré tous les auteurs de ces actes ». Quant à Emmanuelle LAGARDE, elle écrit que « un autre élément essentiel du consentement est absent, malgré les apparences, de cet accord sadomasochiste. Il s'agit de celui de liberté. (…) Ne semble-t-il pas plutôt que l'engrenage de la violence- d'autant que celle-ci durait depuis un certain temps- et une dépendance psychologique évidente empêchait, en l'espèce, toute liberté dans le consentement ? Une réponse positive s'impose, d'autant plus que l'arrêt révèle que la victime s'était livrée à la prostitution sous la pression de son mari. (…) L'accord donné s'assimile davantage l'assujettissement de la volonté de l'un par celle de l'autre »[905]. A l'opposé, Jean-Pierre MARGUÉNAUD soutient que « l'essentiel pour protéger la liberté sexuelle, et celle de la femme en particulier, c'est de ne pas subir de contact sexuel que l'on n'a pas réellement voulu, c'est le droit de ne pas mettre son corps à disposition d'autrui pour en faire l'objet de ses plaisirs. (….) Je suis bien obligé de placer sur la liste des arrêts qui ont lumineusement renforcé la liberté sexuelle en consolidant le droit de ne pas mettre son corps à disposition d'autrui, l'arrêt K.A. et A.D. (…) »[906]

749. Au travers de ces deux décisions, se dessinent deux écoles de pensée : les tenants d'une liberté sexuelle totale au nom de la libre disposition de soi et les tenants du droit à une sexualité limitée, conforme à la dignité de la personne humaine. D'un côté, le consentement est tout, de l'autre il n'est rien. Qu'a à dire l'ordre public de direction de la personne au regard du sadomasochisme ?

B. La prise en compte proportionnée des pratiques sadomasochistes

[904] Muriel FABRE-MAGNAN, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme,* Dalloz 2005.973.
[905] Emmanuelle LAGARDE, Le principe d'autonomie personnelle. Etude sur la disposition corporelle en droit européen, thèse (2012), page 105.
[906] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps,* Droit n° 49 (2009), page 19.

750. La doctrine considère tantôt que le consentement aux pratiques sadomasochistes permet de les légitimer au regard du droit (1) tantôt que ce consentement est nul et de nul effet (2). Leur sera préféré une réglementation d'ordre public conforme au Bien commun (3).

1. Le consentement suffisant au sadomasochisme

751. Si l'on récapitule de manière plus complète les positionnements concernant le sadomasochisme, deux groupes de pensée se dégagent. Selon les tenants d'une ligne globalement libertaire, le sadomasochisme, assimilé à un contrat, doit être autorisé eu égard aux faits que les participants sont consentants et qu'ils y trouvent un plaisir véritable. Il existe des contrats dans lesquels les rôles de chacun sont prédéfinis, parfois avec un degré de précision certain[907]. « L'univers BDSM[908] n'est pas anarchique ni dépourvu de règles. Les formes de sociabilité, au contraire, y transparaissent d'autant plus que les adeptes tentent d'enfreindre des tabous et des conventions. Elles garantissent le bon fonctionnement des pratiques. (…) Les jeux de rôles se fondent sur un dispositif de lois et de codifications qui interdit tout débordement »[909].

752. En conséquence, « lorsque l'on connaît le mode de fonctionnement de ce type (consentement mutuel, négociation des désirs et des fantasmes, contrat qui respecte les limites de chacun), la relation BDSM laisse d'abord apparaître la complicité, la réciprocité, la connaissance de soi et de l'autre. Et, en effet, beaucoup de pratiquants évoquent un épanouissement possible dans cet univers qu'ils ne trouvent pas ailleurs, basé sur une connivence mutuelle »[910]. Par exemple, « dans les années 70 (…) s'est formé à San Francisco un groupe de réflexion, The society of Janus, qui s'est donné comme but de codifier les pratiques sadomasochistes et de les structurer autour de trois concepts : le consentement, l'exclusion de toute exploitation et la sécurité de chacun. Ce qu'on appelle l'univers BDSM

[907]Véronique POUTRAIN, *Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance*, Cités, 2005/1 (n° 21), p. 31-45. DOI : 10.3917/cite.021.0031. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-cites-2005-1-page-31.htm : « L'esclave doit toujours s'efforcer de conformer son corps, son apparence, ses tenues, et ses attitudes aux ordres du Maître. L'esclave accepte de changer son corps, ses gestes, discours, et tenues en fonction des ordres de son propriétaire. (...) « Le Maître a le droit de tatouer ou de faire tatouer, de percer ou de faire percer, le corps de l'esclave. « L'esclave doit vivre 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24 dans le sentiment de sa possession par son Maître. « L'esclave devra vivre en permanence avec les signes de soumission ou les contraintes imposés par son Maître. « L'esclave accepte toute punition que son Maître voudra lui infliger. L'esclave accepte aussi les punitions sévères infligées par le Maître avec ou sans raisons » (extrait de contrat) ».
[908] Acronyme signifiant : Bondage, Discipline, SadoMasochisme.
[909] Véronique POUTRAIN, *Sexe et pouvoir. Enquête sur le sadomasochisme,* Belin (2003), page 43.
[910] Véronique POUTRAIN, *Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance*, Cités, 2005/1 (n° 21), p. 31-45. DOI : 10.3917/cite.021.0031. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-cites-2005-1-page-31.htm

paraît ainsi se fonder sur le consentement mutuel des partenaires ; sur la négociation des fantasmes et sur le respect des limites de chacun »[911].

753. Le sadomasochisme est alors analysé de manière formelle, et non substantielle. Il est légitimé par l'échange de consentements contractuels[912], tandis que la violence des gestes n'est pas analysée comme une rupture du lien ni individuel, ni social mais est évacué de l'examen ainsi effectué. Seul compte le cadre contractuel posé, auquel le consentement mutuel des participants est arrimé, son contenu important peu. C'est le règne de la liberté individuelle où les interdits n'ont pas leur place. Il existe une seule limite : un mot convenu à l'avance entre les participants qui, lorsqu'il est nommé par la personne dominée, permet d'arrêter net la séance[913].

754. Le sadomasochisme ne serait que plaisir partagé, grâce au cadre contractuel ainsi posé : « le véritable sadisme n'est-il pas d'infliger une douleur non souhaitée, non espérée, non désirée ? Le véritable sadisme n'est-il pas dans l'authenticité de la souffrance ? C'est la raison pour laquelle le véritable sadisme ne fait pas partie de l'univers SM. (…) Le BDSM n'est jamais « négateur de l'autre ». Ni le désir ni le plaisir de l'autre ne sont ignorés. Il s'agit bien plus de trouver un consensus, de délimiter un territoire où chacun des protagonistes trouvera plaisir et satisfaction »[914]. La personne dominante doit, dans cette optique, être parée de plusieurs vertus, celles de prendre soin de la personne dominée, de garder son calme aux fins de ne pas dépasser les limites contractuellement prédéfinies. « Ici, peut-être plus qu'ailleurs, les rapports avec

[911] Michela MARZANO, *Je consens donc je suis,* PUF (2011), pages 164-165.
[912] Véronique POUTRAIN, *Sexe et pouvoir. Enquête sur le sadomasochisme,* Belin (2003), page 46 : « La règle de base est la consensualité. Celle-ci est mise en avant sur les sites internet : « le respect des autres, autant leur volonté que leur sécurité. Ces règles sont plus que de simples vœux pieux, et ne devraient jamais être sacrifiées ou négligées, pour quelque raison que ce soit. Vous ne devez jamais agir sans le consentement, libre et éclairé, de tous les participants (…) ».
[913] Véronique POUTRAIN, *Sexe et pouvoir. Enquête sur le sadomasochisme,* Belin (2003), pages 62-63 : « Les raisons de cette mesure sont diverses : « la raison principale pour utiliser un *safeword* découle des sensations qu'on éprouve et qui nous rendent incapables de poursuivre le déroulement d'une session. Cela peut être à cause de la douleur éprouvée (qu'elle soit physique ou morale), d'un inconfort passager ou durable, de la gêne ou même d'une simple volonté d'y mettre fin. Si l'on se trouve en situation de confiance mutuelle entre les participants, le dominant devrait immédiatement mettre fin à l'action en cause ou à la séance elle-même pour s'enquérir du problème. Il ne devrait en aucun cas avoir la possibilité de passer outre cette requête, car cela court-circuiterai le principe même du *safeword* » (un participant d'un forum de discussion, mais ces règles de conduite se retrouvent sur différents sites sadomasochistes) ».
[914] Véronique POUTRAIN*, Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance*, Cités, 2005/1 (n° 21), p. 31-45. DOI : 10.3917/cite.021.0031. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-cites-2005-1-page-31.htm.

autrui nécessitent sang-froid, calme, et présence d'esprit, le corps devenant un lieu d'action, avant, pendant et après la séance (…) »[915].

755. Le risque que l'un des participants ne respecte pas le cadre est nommé mais ne dissuade pas les tenants de cette ligne libertaire de laisser les pratiques BDSM à la vie privée de chacun et donc dans les limites de l'autonomie personnelle que les autorités étatiques ne sont pas autorisées à franchir. La libre disposition de soi est donc ici reconnue dans toute sa plénitude.

2. Le consentement insuffisant à la licéité du sadomasochisme

756. A l'opposé, des auteurs tels que Michela MARZANO décrie ce type de sexualité. Celle-ci énonce notamment qu' « en dépit des négociations liées aux fantasmes qui précèdent le contrat, les limites fixées peuvent toujours être dépassées. Et, dans certains cas, elles peuvent tout simplement ne pas être établies. Certains masochistes s'en remettent totalement à leur(s) maître(s), seul(s) capable(s), selon eux, de veiller à leur « bien-être » »[916].

757. Elle pose ensuite la question suivante : « jusqu'où peut aller un masochiste ? Peut-on réellement exprimer son autonomie dans un acte qui vise à l'effacement de la volonté ? Réduit à la condition d'esclave, un masochiste renonce à sa place de sujet. Comment peut-on alors justifier les pratiques sadomasochistes sur la base du principe d'autonomie ? Ne sommes-nous pas confrontés à une « perversion » de l'autonomie qui prétend défendre, au nom même de ce principe, son effacement ? »[917].

758. Michela MARZANO s'attaque ensuite à l'argument principal des libertariens : le consentement. « Si le consentement suffisait à rendre légitime tout acte, une société n'aurait plus la possibilité d'intervenir à chaque fois qu'un individu décide de porter volontairement atteinte à son intégrité corporelle ou à sa vie. (…) Au nom de quoi hospitaliser quelqu'un pour l'empêcher de se suicider, s'il consent volontairement à mettre fin à ses jours ? (…) Le consentement se transforme en un moyen d'oppression servant à justifier des attitudes violentes et possessives qui tirent parti des fragilités et des failles des êtres humains »[918]. Selon Michela MARZANO, le consentement du masochiste est forcément névrotique et ne correspond pas à l'image contractuelle et maîtrisée que les libertariens veulent bien lui donner. La libre

[915] Véronique POUTRAIN, *Sexe et pouvoir. Enquête sur le sadomasochisme,* Belin (2003), page 65.
[916] Michela MARZANO, *Je consens donc je suis,* PUF (2011), page 169.
[917] Michela MARZANO, *Je consens donc je suis,* PUF (2011), pages 173-174.
[918] Michela MARZANO, *Je consens, donc je suis,* PUF (2011), pages 185-186

disposition de soi cède ici le pas à la protection de la victime contre son gré. Une voie alternative paraît envisageable.

3. Le sadomasochisme à l'épreuve du Bien commun

759. Tout d'abord, il apparaît que la dignité, invoquée par Muriel FABRE-MAGNAN dans son article « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », n'est pas la valeur adéquate permettant d'appréhender un élément aussi intime, versatile et personnel que la sexualité. La dignité est ici tel un éléphant dans un magasin de porcelaine, elle écrase le consentement individuel et impose sans discernement la conception qu'a la majorité de la population sur la sexualité. Elle n'est pas assez fine pour s'appliquer à ce domaine de la vie privée.

760. Ensuite, le consentement demeure un préalable indispensable. Il peut être protégé par des outils juridiques déjà existant tels que la théorie des vices du consentement mais également les infractions de violences volontaires voire même d'actes de torture et de barbarie. Il est néanmoins vrai que ce consentement n'est pas suffisant car en l'espèce, il est démesurément contingent. En d'autres termes, le consentement de la personne dominée est trop dépendant de son histoire personnelle et surtout de ses névroses. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'on ne cesse jamais de sauver un candidat au suicide, par le biais de toutes les thérapies existantes. L'être humain doit être protégé, non pas parce qu'il est dépositaire d'une imposante dignité, mais parce que, si nous voulons que la société demeure conviviale, il faut que la chaîne de solidarité entre les individus ne soit pas rompue. Il convient de toujours garder à l'esprit que l'individuel et le collectif sont intrinsèquement liés, ainsi que l'a écrit Norbert ELIAS. Si, comme le voudraient les libertariens, la licéité d'actes dans lesquels le consentement de la personne en situation de faiblesse est à ce point biaisé, est admise, plus aucune norme de comportement ne pourra être imposée. Les individus seront laissés à leur liberté d'agir, faussée par leurs névroses.

761. Le consentement est donc nécessaire mais non suffisant. Pour que la relation demeure licite, il faut donc se demander si, en sus d'être consentie, elle est conforme au Bien commun. Elle peut l'être, si la personne du masochiste est respectée, c'est-à-dire qu'aucune blessure permanente n'est commise, qu'aucune humiliation durable n'est infligée à cette dernière. Ce respect se fait au nom du principe de fraternité, consubstantiel au Bien commun. Il apparaît que ce type de sexualité peut être admise, non sur le seul fondement du consentement, comme l'a fait la Cour européenne des droits de l'homme, mais également sur celui de la fraternité. Une fois de plus, il convient que la personne dominée et la personne dominante demeurent des

partenaires aimants, conscients de leurs actes et qu'aucun débordement inopportun n'intervienne, ce qui mettrait en danger la société dans son ensemble, attendu que ce qui se passe dans le secret des alcôves se retrouve ensuite dans la rue.

762. Enfin, contrairement à ce qu'affirme Michela MARZANO, le masochiste n'abdique pas son autonomie, mais il décide de la vivre autrement. Il sera certes un esclave - uniquement temporaire- dans un jeu amoureux à deux, mais aura toujours conscience de sa valeur car ledit jeu ne doit pas envahir toutes les sphères de sa vie et doit rester confiné dans les limites des donjons aménagés pour les scénarios BDSM. Ce n'est pas parce que sa jouissance est d'obéir, toujours dans les limites de son droit de veto, à son « maître » ou à sa « maîtresse » qu'il devient consubstantiellement un esclave dans sa vie quotidienne, laquelle ne sera pas impactée par les jeux sexuels organisés dans l'intimité la plus stricte.

763. Le sadomasochisme consenti et en outre maîtrisé doit donc être autorisé comme n'étant pas contraire au Bien commun. Dès lors que la personne dominante sort de ce cadre, l'ordre public commande qu'elle soit pénalement poursuivie et dûment condamnée. C'est suivant ce principe de proportionnalité in concreto que la libre disposition de soi ne sera pas dévoyée.

764. En conclusion, la jurisprudence a fait preuve d'inventivité pour encadrer la libre disposition de soi. La lecture des solutions est cependant facilitée si l'on accepte d'utiliser le concept d'ordre public de direction de la personne. Il convient à présent de s'intéresser aux problématiques actuelles qui mériteraient un traitement différent, plus respectueux de la libre disposition de soi.

SECTION II DES CHOIX DE SOCIÉTÉ À FAIRE ÉVOLUER SOUS L'ÉGIDE DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE

765. Il s'agit à présent de traiter de choix qu'on fait le législateur ou les juges face à des problématiques complexes, pour lesquelles aucune solution évidente ne s'imposait. Certains revendiquent une totale libre disposition d'eux-mêmes, tandis que d'autres veulent contraindre les premiers à adopter un comportement socialement acceptable. Ces deux extrêmes ne sont pas tolérables. A l'inverse, l'application proportionnée de l'ordre public de direction de la personne permettrait d'aboutir à des réponses nuancées, respectueuses à la fois de la libre disposition de

soi, mais également du Bien commun. L'on abordera donc les thèmes de la prostitution (§1), de la gestation pour autrui (§2) et enfin du refus de soins (§3).

§1 De la prostitution

766. Le débat concernant la prostitution n'est pas moins animé que celui concernant les pratiques sadomasochistes. Dans les deux cas, il s'agit de déterminer les limites à la libre disposition de son corps. Un être humain est-il légitime à décider, par lui-même, de faire de son corps un outil de travail sexualisé ou ne doit-il avoir de rapports intimes qu'à la condition que ses relations ne soient pas rémunérées ? En d'autres termes, la prostitution est-elle une activité dégradante pour les prostituées, au point que l'on se trouve dans l'obligation de l'interdire, quand bien même ces dernières se diraient volontaires pour se prostituer ?

767. Plusieurs camps s'affrontent en la matière : d'une part celui de l'abolition de la prostitution, d'autre part celui de sa réglementation. Depuis la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016[919], la France a choisi le camp de l'abolitionnisme puisque les clients des prostitués encourent une peine d'amende dès lors qu'ils ont recours aux services de ces derniers. « Le législateur français s'est (…) très largement inspiré du modèle suédois qui fait figure de pionnier en la matière. Par une loi adoptée le 29 mai 1998 et entrée en vigueur le 1er janvier 1999, la Suède a ainsi pénalisé le fait de rémunérer un acte sexuel, sanctionné par une peine d'emprisonnement d'une année »[920].

768. Il conviendra donc d'examiner la thèse de l'abolition ainsi que celle de la réglementation (A), avant d'étudier la voie de l'ordre public de direction de la personne (B).

---

[919] Maud OLIVIER, Députée, rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi (N° 1437), *renforçant la* lutte *contre le* système prostitutionnel : « il apparaît à votre rapporteure que la marche vers l'abolitionnisme doit prendre la forme d'une politique visant à faire disparaître non pas toute forme de réglementarisme mais bien la prostitution elle-même. Dans cette perspective, la proposition de loi prévoit, outre un volet pénal visant à lutter contre l'exploitation sexuelle sous toutes ses formes, plusieurs dispositions à caractère social destinées à aider les personnes prostituées à sortir de la prostitution ».

[920] Nicolas LAURENT – BONNE, *La lutte contre le système prostitutionnel,* Dalloz 2016. 1713. Voir également, du même auteur dans le même article : « [des] études ont d'abord souligné combien cette approche répressive s'inscrivait en vérité dans une tradition suédoise de contrôle des conduites individuelles par la puissance publique. Dans un tout autre registre, la Suède avait, par exemple, répondu au risque sanitaire que représentait le Sida en obligeant les séropositifs à se déclarer officiellement et en fermant les lieux de rencontre gays. (…) Une sociologie du phénomène prostitutionnel invite également à relativiser les effets de la loi suédoise. Cette politique répressive a inévitablement posé la question du déplacement de la prostitution vers des lieux plus discrets. Si la police a relevé une diminution très nette du nombre de prostituées de rue, l'on observe, à l'inverse, une augmentation de l'offre en ligne de relations sexuelles, ainsi que du nombre d'établissements spécialisés ».

A. Les thèses en présence[921]

769. Deux visions juridiques de la prostitution s'opposent : l'abolitionnisme (1) et les tenants de la réglementation (2).

1. Les abolitionnistes

770. Selon les abolitionnistes, il conviendrait d'interdire purement et simplement la prostitution car cette dernière est dégradante et aboutit à considérer la femme ou l'homme comme un simple objet taillable et corvéable à merci, qui finit par ne plus avoir conscience de sa propre humanité[922]. « Une fois enchaînés au marché de la vénalité sexuelle, les êtres humains sont contraints de procéder à un cloisonnement strict de leurs deux vies (…). Ils endossent très souvent une autre identité (…), apprennent l'indifférence à leur propre corps et à ses sensations, éprouvent psychologiquement une dissociation émotionnelle (…) »[923].

771. Les prostitués seraient par ailleurs immanquablement des victimes de réseaux de traite des êtres humains[924], comme l'arrivée dans les rues de jeunes femmes en provenance d'Europe de l'Est, dans les années1990, a pu le confirmer. Ces réseaux sont favorisés par la libre circulation des personnes à travers le monde et par la déshumanisation des échanges. C'est pourquoi Richard POULIN écrit que «la mondialisation capitaliste représente le facteur dominant, aujourd'hui, dans l'essor de la prostitution et de la traite des femmes et des enfants aux fins de prostitution. Elle accroît les inégalités sociales et l'appauvrissement, y compris dans

---

[921] Lire également la vision qu'en a Mathieu LILIAN, *Genèse et logiques des politiques de prostitution en France*, Actes de la recherche en sciences sociales, 2013/3 (N° 198), p. 5-20. DOI : 10.3917/arss.198.0005. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-actes-de-la-recherche-en-sciences-sociales-2013-3-page-5.htm: « Le premier pôle, majoritaire, rassemble personnalités et groupes plus anciens, que leurs luttes passées ou présentes (contre le viol et pour la contraception et l'avortement) amènent à envisager la sexualité comme une potentielle source de danger pour les femmes et à dénoncer la prostitution comme une violence sexiste. Le second, plus jeune et plus informel, est davantage inspiré par les mouvements homosexuels (certains de ses membres ou théoriciens ont précédemment pris parti dans le débat sur le Pacs) ou la pensée *queer*, et envisage davantage la sexualité comme un terrain d'expression de la liberté individuelle ; c'est en son sein que la revendication de reconnaissance du « travail du sexe » recrute certains de ses principaux soutiens ».

[922] Lire également Daniel BORRILLO, *Droit des sexualités,* PUF (2009), page 144 : « Pour le régime abolitionniste, la prostitution est un acte de violence, les prostituées sont des victimes et les proxénètes des criminels ».

[923] Richard POULIN, *Abolir la prostitution. Manifeste,* les Editions Sisyphe (2006), page 52.

[924] Richard POULIN, *Abolir la prostitution. Manifeste,* les Editions Sisyphe (2006), page 59 : « si la prostitution était véritablement une question de libre choix, on n'y retrouverait pas systématiquement les personnes les plus vulnérables et fragilisées, issues des minorités ethniques et nationales, des classes sociales subordonnées et des victimes d'agression sexuelle dans leur jeunesse ».

les pays riches, tout en exploitant les déséquilibres entre les hommes et les femmes qu'elle renforce singulièrement»[925].

772. Les abolitionnistes soutiennent que « la prostitution représente une violence à l'égard des femmes et constitue une exploitation non seulement des femmes prostituées mais de l'ensemble des femmes présentées comme une «marchandise». Pour les féministes radicales, la prostitution s'explique par l'appropriation de la sexualité des femmes par les hommes ; les femmes sont définies comme des objets sexuels destinés à répondre aux besoins des hommes, en tant qu'épouses ou comme prostituées (…) »[926]. Richard POULIN voit également dans la prostitution une réification des femmes. Il écrit qu'« il semble normal à certains qu'une partie de l'humanité soit au service sexuel d'une autre partie de l'humanité. Il leur semble également naturel que l'argent puisse acheter n'importe quoi ou n'importe qui et permettre d'imposer les désirs du payeur à la personne payée »[927].

773. Quant à Sylviane AGACINSKI, elle commence par réfuter que la prostitution ne serait qu'une forme de sexualité librement consentie par les deux partenaires. « La liberté et le plaisir sexuels sont ceux du client, jamais de la prostituée. L'absolue dissymétrie entre les motifs de l'un et ceux de l'autre interdit de les réunir dans la catégorie unique de « pratique sexuelle » d'ordre privé ». Elle critique ensuite les auteurs tels Marcela IACUB, Ruwen OGIEN, qui traitent de la prostitution comme d'une question de morale strictement privée dans laquelle la réglementation étatique n'a pas sa place. Pour ces derniers, « la liberté est replacée dans un espace pré-social et pré-politique, sans lois, dans lequel chacun consent à ce qu'il veut… y compris à se laisser exploiter, aliéner ou dégrader. La notion de consentement invoque la liberté individuelle : mais elle se révèle illusoire, puisqu'on fait abstraction de la relation inégale dans laquelle se trouvent les deux parties. (…) En réalité, la prostitution *retire* la sexualité de la prostituée à sa vie intime, et elle la transforme en tâche et en service ». Sylviane AGACINSKI énonce enfin que la prostitution ne saurait être défini comme un travail comme les autres car celle-ci « abolit les frontières entre travailler et vivre. Au nom de quel droit du client la vie sexuelle intime devrait-elle pouvoir *servir* ? Il existe heureusement un droit de vivre sa sexualité

[925] Richard POULIN, *Abolir la prostitution. Manifeste,* Les Editions Sisyphe (2006), pages 24-25.
[926] Emmanuel JOVELIN, *De la prostitution aux clients de la prostitution*, Pensée plurielle, 2011/2 (n° 27), p. 75-92. DOI : 10.3917/pp.027.0075. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-pensee-plurielle-2011-2-page-75.htm. Lire également Sylviane AGACINSKI, *Prostitution : l'abolition face à la légalisation*, Le Débat, 2013/2 (n° 174), p. 114-129. DOI : 10.3917/deba.174.0114. URL : « les abolitionnistes rappellent que la prostitution est un phénomène social de masse et un marché organisé : il n'y a pas de prostitution sans proxénétisme. Toute réglementation, et *a fortiori* toute légalisation de la prostitution (en créant le statut de « travailleurs du sexe »), conduit en fait à reconnaître qu'elle doit s'organiser et supprime, par là même, le délit de proxénétisme (les proxénètes deviennent des entrepreneurs comme les autres) ».
[927] Richard POULIN, *Abolir la prostitution. Manifeste,* Editions Sisyphe (2006), page 40.

sans entrave, mais ce n'est qu'un droit de type liberté (droit de faire quelque chose sans en être empêché), et non un droit créance (droit à quelque chose). Il n'existe aucun droit *à* la sexualité qui obligerait la société à fournir chacun de ses membres en corps disponibles »[928]. L'abolition de la prostitution, si elle n'est pas textuellement abordée par cet auteur, apparaît comme la suite logique de son raisonnement.

2. Les tenants de la réglementation de la prostitution :

774. En revanche, selon la thèse de la réglementation, il faut instaurer de nouveau les maisons closes, faire de la prostitution un métier comme un autre, accorder à ses professionnels l'accès à la sécurité sociale et non plus seulement au paiement de l'impôt. « Dans les pays qui souscrivent à cette approche, les prostitué(e)s ne sont pas passibles de poursuites pénales ; ils/elles ont des droits en tant que travailleurs (ce qui signifient qu'ils/elles peuvent travailler de manière plus indépendante et ont moins de risques de tomber sous la coupe de proxénètes ou de souteneurs), et ont accès aux soins médicaux, etc. »[929]. Cette option empêcherait les réseaux clandestins de trafic d'êtres humains de se déployer et permettrait aux prostitués d'être protégés. « L'entrée dans la prostitution [est alors considéré] comme un «choix libre et rationnel et la prostituée comme une femme autonome maîtresse de son destin» (Lacasse, 1994). Dans cette optique, les femmes peuvent disposer librement de leur corps, la prostitution est un choix voulu, consenti »[930].

775. Aux fins d'asseoir cette conception, Marcela IACUB établit un parallèle iconoclaste entre prostitution et couture : « on sait bien qu'il y a des personnes en France qui fabriquent dans des ateliers sordides pendant des années les vêtements que vous portez à seule fin de payer leurs transgressions des sévères lois françaises sur l'immigration. Personne n'a songé pour autant à interdire la couture »[931]. Elle pourfend la thèse des abolitionnistes dans son conte sociologique en faisant dire à la tante de la narratrice que les abolitionnistes « qui cherchent à mener de gigantesques croisades pour sauver la vertu des femmes, eux-mêmes les considèrent comme des proies, comme des choses stupides et sans défense, qui ont nécessairement besoin

[928] Sylviane AGACINSKI, *Prostitution : l'abolition face à la légalisation*, Le Débat, 2013/2 (n° 174), p. 114-129. DOI : 10.3917/deba.174.0114. URL.
[929] « Prostitution : quelle attitude adopter ? », Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 9 juillet 2007, cité par Daniel BORRILLO, *Le droit des sexualités,* PUF (2009), page 143.
[930] Emmanuel JOVELIN, *De la prostitution aux clients de la prostitution*, Pensée plurielle, 2011/2 (n° 27), p. 75-92. DOI : 10.3917/pp.027.0075. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-pensee-plurielle-2011-2-page-75.htm.
[931] Marcela IACUB, *Qu'avez-vous fait de la libération sexuelle ?,* Flammarion (2002), pages 12-13.

d'eux. (…) C'est de leur mépris des femmes que naît cette volonté farouche de protection »[932]. Quant à Ruwen OGIEN, il argue que « resterait à savoir pourquoi le fait de donner du plaisir contre rémunération serait condamnable. Après tout, l'industrie du spectacle de divertissement (cinéma, concerts, cirques, sport, etc.) a comme finalité affichée de donner du plaisir contre rémunération et personne ne semble penser que les acteurs, metteurs en scène, chanteurs, acrobates, danseurs, footballeurs sont particulièrement immoraux ».[933]

776. La question qui se pose au regard de cette conception d'une prostitution libre et engagée est le consentement réel des personnes concernées par l'activité. Peut-on librement, sans entraves extérieures, opter pour ce type d'activité rémunérée[934] ? Il s'agit en effet de consentir à moults rapports sexuels, de jour comme de nuit, été comme hiver, sans certitude que ce travail procure un réel plaisir charnel, et avec le risque que le client ne devienne physiquement violent, quand ce n'est pas le proxénète qui l'est. Certaines prostituées clament pour autant haut et fort leur attachement à cette activité, soutenant qu'elles viennent ainsi en aide à des hommes désemparés et qu'elles jouent ainsi un rôle de soupape sociale. Sont-elles sincères ? Il n'y a pas de raison particulière de penser que ces dernières sont toutes aliénées par les proxénètes et les réseaux de traite, au point de revendiquer contre leur gré l'activité qu'elles pratiquent. Certain[e]s prostitué[e]s sont bels et bien libres, même si elles expérimentent leur individualité sur un mode névrotique.

777. Si le consentement à l'activité de prostitution ne saurait constituer le seul critère de sa légalité, il en est le pré-requis essentiel. Loin de protéger les prostitués, le fait de ne pas tenir compte de leur avis revient à les réifier, à les considérer comme des citoyens de second zone, incapables, tels des enfants, de discernement. Les personnes entrant dans la prostitution sont pour autant et avant tout des êtres humains et non le symbole d'une lutte des sexes. En

[932] Marcela IACUB, *Qu'avez-vous fait de la libération sexuelle ?,* Flammarion (2002), page 33.
[933] Ruwen OGIEN, *La panique morale*, Grasset (2004), page 127.
[934] Richard POULIN écrit qu'« on ne doit pas retenir la notion de consentement dans la prostitution parce qu'elle n'est d'aucune utilité, sauf pour la légitimer, sans souci aucun du bien commun » (Richard POULIN, *Abolir la prostitution, manifeste,* Sisyphe (2006), page 105). Michela MARZANO fustige « l'ambiguïté des théoriciens contemporains du consentement qui ne veulent pas prendre en compte le fait que le consentement s'inscrit toujours dans la réalité du vécu, passant ainsi l'éponge non seulement sur les contraintes imposées à tout individu de l'extérieur et inhérentes à la réalité humaine, mais aussi sur tous les conditionnements qui relèvent de l'intérieur de chacun » (Michela MARZANO, *Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire,* Droit n°49 (2009), page 109).

conséquence, il convient à présent de déterminer comment la société peut prendre en compte cette activité pour le moins sensible.

B. Une prise en considération graduée de la prostitution :

778. Sera établie une échelle de la prostitution, avec une ligne rouge à ne pas franchir (1), pour que cette activité soit conforme à l'ordre public de direction de la personne ayant pour objectif le Bien commun (2).

1. Les trois formes de prostitution

779. La question qui se pose est la suivante : la prostitution est-elle compatible avec le Bien commun? La réponse est ardue car il n'existe pas d'enquête officielle sur les motifs qui poussent des personnes à embrasser cette activité, mais uniquement des approximations sur le nombre de prostitués[935]. La réponse sera donc élaborée à partir des quelques données doctrinales récoltées.

780. Il n'est tout d'abord pas question de nier qu'il existe des réseaux organisés de prostitués, placés sous la férule de proxénètes qui exploitent la misère de jeunes filles ou de jeunes garçons bien souvent de nationalité étrangère[936]. Ces derniers, sans titre de séjour régulier sur le territoire français, se trouvent sous la coupe de marchands de sommeil car ils ne peuvent se tourner vers les autorités, sous peine de se voir expulser de France. Cette prostitution, contrainte, est à bannir car elle ne correspond clairement pas à l'idéal de fraternité et de respect

[935] Maud OLIVIER, Députée, rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi (N° 1437), *renforçant la* lutte *contre le* système prostitutionnel : « D'après les chiffres de 2010 fournis par l'Office central pour la répression de la traite des êtres humains (OCRTEH), il y aurait entre 20 000 et 40 000 personnes prostituées en France, dont 85 % de femmes. (…) Il y aurait, d'après le rapport de l'OCRTEH de 2009, 611 établissements présentant un risque de prostitution en France, dont 481 seraient situés en dehors de Paris. Nombre de bars à hôtesse, de salons de massage et de clubs à vocation sexuelle (strip-tease, échangisme…) abritent ainsi une activité prostitutionnelle. (…) L'activité des personnes prostituées de nationalité française a fortement décliné par rapport à celle des personnes de nationalité étrangère, qui représentent désormais entre 80 % et 90 % des personnes prostituées en France».

[936] Mathieu LILIAN, *Genèse et logiques des politiques de prostitution en France*, Actes de la recherche en sciences sociales, 2013/3 (N° 198), p. 5-20. DOI : 10.3917/arss.198.0005. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-actes-de-la-recherche-en-sciences-sociales-2013-3-page-5.htm : « Un dernier facteur parachève la remobilisation abolitionniste. Le paysage prostitutionnel français connaît à compter de la fin des années 1990 de notables transformations avec l'arrivée sur les trottoirs d'importants effectifs de prostituées étrangères, le plus souvent originaires d'Europe de l'Est, manifestement très jeunes et supposées sous la coupe de proxénètes organisés ».

d'autrui que représente le Bien commun. Il ne s'agit ici pas de libre disposition de soi mais d'asservissement du corps au bénéfice de personnes capables de payer cette « prestation ».

781. Ensuite, il se dit que des femmes, des hommes se prostituent dans un contexte de misère financière, pour se procurer de la nourriture, de l'eau et un toit sur la tête. Ce type de prostitution, guidée par les affres de la faim ou des stupéfiants est également à bannir en ce que le Bien commun nécessite que les personnes concernées ne soient pas sujettes à la contrainte, c'est-à-dire à une force à laquelle il était impossible de résister. Dans cette hypothèse, le consentement n'est pas libre, et ne correspond donc pas aux canons du Bien commun qui suppose des échanges entre personnes égales. Or, les prostitués qui n'ont pas eu d'autre choix pour survivre ne se trouvent absolument pas sur le même pied d'égalité que leurs clients qui paient pour s'offrir leurs services sexuels.

782. En revanche, il existe des prostitués, dont le nombre n'est pas établi, qui revendiquent haut et fort leur volonté d'exercer cette activité rémunérée. Ce type de comportement révèle certes une blessure narcissique ou une faille névrotique. Pour autant, il existe une présomption –simple- d'un consentement suffisamment libre et éclairé. Cette prostitution-là ne doit pas être interdite, nonobstant les dires de certains auteurs tel Michela MARZANO selon laquelle « même si une femme se prostitue « volontairement », personne n'a le droit de justifier la prostitution comme étant le fruit d'un choix totalement libre, comme la preuve que les femmes ont droit à l'autodétermination. Ne serait que parce que, comme le témoignent beaucoup d'autre prostituées, le fait d'utiliser son corps pour gagner de l'argent n'est jamais quelque chose de simple, de banal d'automatique »[937].

783. Bien au contraire, la légalisation de cette prostitution est proportionnée au but poursuivi, le Bien commun car l'on ne saurait imposer un seul et unique comportement socialement acceptable, au nom de la dignité de la personne humaine. « Daniel BORRILLO et Danièle LOCHACK [2005] (…) relèvent que l'argument de l'atteinte à la dignité est aujourd'hui mobilisé chaque fois qu'il s'agit d'annuler le principe juridique de la capacité à consentir et de déposséder les individus de la maîtrise de leur existence »[938]. En outre, ces prostitués volontaires remplissent un rôle social non négligeable en permettant de réguler la demande de sexualité. Ils évitent que cette dernière, insatisfaite, ne prenne des formes violentes. Sylviane

[937] Michela MARZANO, *Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire,* Droits n°48 (2009), page 109.
[938] Mathieu LILIAN, « V. La prostitution débattue », dans *Sociologie de la prostitution.* Paris, La Découverte, « Repères », 2015, p. 95-108. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/sociologie-de-la-prostitution--9782707179159-page-95.htm

AGACINSKI soutient qu'il existe, en France, beaucoup moins de personnes sexuellement frustrées, ce qui aurait dû aboutir, selon elle, à une baisse de la demande sexuelle par la voie des prostitués[939]. C'est prêter trop d'importance à la libération sexuelle des années 70 et 80. Il existe et existera toujours des personnes qui ne trouvent pas chaussures à leurs pieds, la preuve en étant notamment le florilège de sites de rencontre qui se créent sur les réseaux sociaux. De fait, la véritable légitimité de l'activité réside dans sa visée altruiste. L'on ne saurait tolérer que la prostitution devienne un travail d'étudiant comme un autre ou qu'elle soit un pur travail alimentaire. Les prostitués devraient opter pour cette profession comme certaines personnes entrent en religion. Il s'agit d'un véritable sacerdoce, d'un positionnement tourné vers autrui. C'est symboliquement faire don de son corps à une tierce personne.

2. Une réglementation nuancée :

784. La libre disposition de soi doit prévaloir dans cette dernière hypothèse de la prostitution choisie car elle respecte le Bien commun en construisant une chaîne de solidarité entre les personnes dotées d'une vie sexuelle active d'une part, et les assoiffés d'amour charnel d'autre part. L'adoption d'une prostitution réglementée apparaît donc comme une solution raisonnable au regard de l'ordre public de direction de la personne. Ce dernier serait respecté dès lors que les organes policiers seraient en charge de dépister les proxénètes, d'éviter que des trafics ne se mettent en place. Et ils laisseraient enfin les prostitués volontaires accomplir leur activité tout en les protégeant des agressions venant tant des proxénètes que des clients. Le gouvernement aurait quant à lui en charge d'établir des minimas sociaux, des emplois ainsi que des modes de sortie de la prostitution afin de restreindre les tentations des pauvres gens vers cette activité. Un premier pas a été franchi en ce sens par l'adoption d'un décret n° 2016-1467 du 28 octobre 2016, selon lequel les prostitués, qui sont engagés dans un parcours de sortie de la prostitution et d'insertion sociale et professionnelle se voient attribuer un logement, un accompagnement visant à faciliter l'accès aux soins, sur le plan physique. Ainsi que l'écrit Daniel BORRILLO, « en matière de santé publique, l'absence de reconnaissance de l'activité prostitutionnelle

[939] Sylviane AGACINSKI, *Prostitution : l'abolition face à la légalisation*, Le Débat, 2013/2 (n° 174), p. 114-129. DOI : 10.3917/deba.174.0114. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-le-debat-2013-2-page-114.htm.

constitue une entrave à la prévention contre les maladies sexuellement transmissible et l'accès aux soins »[940].

785. Il ne s'agit pas ici de légitimer la lignée intellectuelle qui tend à justifier toutes les formes de prostitution sur la foi des seuls consentements des personnes concernées. Daniel BORRILLO, soutient que la sexualité doit devenir une véritable zone de non-droit dès lors que le consentement y est librement exprimé. « Si le rapport sexuel est le fruit d'un choix libre et conscient, aucune appréciation morale ne doit s'immiscer dans la norme juridique puisqu'il est totalement légitime et licite. Chaque individu est libre de choisir sa sexualité et l'Etat doit s'abstenir d'interférer dans cette élection. Juridiquement, il importe peu qu'à l'origine de l'acte sexuel se trouve l'amour, l'argent, le respect d'une obligation conjugale ou une simple pulsion ; si elle est librement choisie, la sexualité doit échapper au regard de l'Etat »[941]. Cependant, accepter toutes les formes de prostitution aboutirait à une réification du corps des prostitués, mais plus largement, ainsi que le rappelle Sylviane AGACINSKI permettrait notamment de justifier des pratiques honteuses telles que la vente d'organes entre vivants, puisqu'il suffirait que le « donneur » et le « receveur » y consentent[942].

786. Le droit doit donc impérativement s'intéresser à la sexualité pour en prévenir les dérives, étant entendu que le consentement à l'acte est un pré-requis nécessaire mais non suffisant car trop contingent. Il faut donc intégrer la composante du Bien commun dans l'équation. C'est au regard de ce dernier que la prostitution ne devrait pas être entièrement prohibée telle qu'elle l'est présentement en France. La prostitution née d'un réseau ou de la misère économique doit certes être neutralisée, mais uniquement pour ne laisser subsister que sa partie volontaire parce que celle-ci est conforme au Bien commun en ce qu'elle répond aux besoins d'une partie non négligeable de la population. Une fois de plus, l'entrée volontaire dans la prostitution révèle certainement des failles névrotiques mais ces dernières permettent d'apporter de la satisfaction, dans un esprit d'entraide en adéquation avec le Bien commun.

787. En conclusion, « face à un espace de la prostitution fortement contrasté, dans lequel coexistent situation d'oppression violente et exercice autonome d'une activité vécue sur un mode positif, chacune des positions a partiellement raison et partiellement tort. La sociologie de la prostitution se fourvoie chaque fois qu'elle s'engage dans une interprétation univoque et

[940] Daniel BORRILLO, Le d*roit des sexualités*, PUF (2009), page 148.
[941] Daniel BORRILLO, *Le droit des sexualités*, PUF (2009), page 82.
[942] Sylviane AGACINSKI, *Prostitution : l'abolition face à la légalisation*, Le Débat, 2013/2 (n° 174), p. 114-129. DOI : 10.3917/deba.174.0114. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-le-debat-2013-2-page-114.htm

définitive plutôt que de l'envisager dans son hétérogénéité et dans ses ambiguïtés constitutives »[943].

§2 De la gestation pour autrui

788. La libre disposition de soi est une fois de plus en débat. Il s'agit en effet de déterminer si la mère porteuse peut librement disposer de son corps pour en faire un usage qui mettra peut-être en péril l'équilibre psychologique de l'enfant qu'elle abandonnera juste après l'accouchement, et si les parents d'intention sont légitimes à disposer des modalités de naissance de leur descendance. Existe-t-il un droit à l'enfant lorsque les conditions biologiques propices à sa conception ne sont pas réunies ? En d'autres termes, peut-on disposer librement de l'enfant conformément à un projet parental pré-établi au défi des lois naturelles ?

789. Les juridictions françaises, après avoir refusé d'avaliser la pratique des mères porteuses, se sont inclinées à la suite d'arrêts de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, laissant libre cours à des réactions doctrinales contrastées (A). Le sort du parent d'intention reste cependant incertain.

790. Si l'étude de la gestation pour autrui dans le monde laisse apparaître des défaillances certaines dans le respect de la libre disposition de leur corps par les gestatrices, elle pourrait s'adapter pour devenir conforme au Bien commun (B).

A. La gestation pour autrui en France

791. Les deux arrêts de condamnation de la France seront évoqués l'un après l'autre tandis que l'on relatera quelques réaction doctrinales représentatives des interrogations soulevées par les arrêts de la Cour européenne. Sera enfin évoqué le sort du parent d'intention.

1. L'arrêt *Mennesson contre France*

792. L'histoire du couple Mennesson est connue. Ceux-ci, dûment munis d'un jugement de l'Etat californien les désignant comme les parents de deux jumelles conçues et portées au moyen d'une procédure de gestation pour autrui, en sollicitèrent la transcription sur les registres de l'Etat civil français. Le Procureur donna comme directive de répondre positivement à cette

[943] Mathieu LILIAN, « V. La prostitution débattue », dans *Sociologie de la prostitution*. Paris, La Découverte, « Repères », 2015, p. 95-108. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/sociologie-de-la-prostitution--9782707179159-page-95.htm. Lire Sofia SELLAMI, *La sexualité des personnes handicapées,* Presses Universitaires de Nancy (2018).

demande, pour ensuite en demander en justice l'annulation, sur le fondement de l'indisponibilité du corps humain et de l'Etat des personnes. Après avoir réglé la question relative à la recevabilité de l'action du Ministère public[944], la Cour de cassation, par un arrêt du 6 avril 2011, décide qu' « il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »[945]. Elle prend par ailleurs le soin de préciser que sa décision n'est contraire ni à la vie privée et familiale des enfants ni à leur intérêt supérieur, en ce que leur filiation est établie par le jugement californien et que rien ne les empêche de vivre avec les époux Mennesson.

793. C'est en cet état que l'affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme[946]. Celle-ci admet que « le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (…) ». C'est pourquoi l'attitude française paraît à la Cour européenne se justifier au regard des objectifs de protection de la santé ainsi que de protection de droits d'autrui, ceux de la mère porteuse. La Cour européenne admet au surplus qu'il n'existe pas de consensus dans les Etats membres au regard de la gestation pour autrui et que la France doit en conséquence se voir attribuer une large marge d'appréciation en la matière.

794. La Cour européenne note ensuite qu' « il faut (…) également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce. Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour ». La Cour européenne entend ainsi « vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt

[944] Cour de cassation, 17 décembre 2008, n°07-20468 : « attendu que, pour déclarer irrecevable, l'action du ministère public fondée sur une contrariété à l'ordre public, la cour d'appel retient que le ministère public ne contestait ni l'opposabilité en France du jugement américain, ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés en Californie, dans les formes usitées dans cet Etat ; Qu'en se déterminant par ces motifs, alors qu'il ressort de ses propres constatations que les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

[945] Cour de cassation, civ 1°, 6 avril 2011, n°10-19053.

[946] CEDH, Mennesson contre France, 26 juin 2014, requête n°65192/11.

supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale ».

795. Par ce biais, la Cour européenne condamne la solution française en ce qu'elle ne respecte pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle commence par rappeler que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation ». Puis, elle accumule les arguments en faveur d'une violation de la vie privée des enfants : l'incertitude juridique tenant à leur lien de filiation non reconnu sur le territoire français, les conséquences sur leur droit de succession, sur leur nationalité. Avançant dans son raisonnement, la Cour européenne souligne que la solution de la Cour de cassation a certes des conséquences pour les époux Mennesson mais également pour leurs enfants, ce qui ne serait pas acceptable. « Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant ». La Cour européenne conclut donc au fait que l'Etat français a outrepassé ses prérogatives en ne permettant pas la reconnaissance de la filiation entre le père et ses enfants.

2. L'arrêt *Labassée contre France*

796. La Cour européenne reprend un raisonnement identique à propos d'une convention de mère porteuse établie aux Etats-Unis pour donner naissance à un enfant issu des gamètes de Monsieur Labassée et de ceux d'une donneuse anonyme[947]. La différence tient au fait que les époux Labassée avaient tenté de faire établir leur filiation, non par le biais de la transcription du jugement américain en France, mais sur le fondement de la possession d'état.

797. La Cour de cassation[948] avait décidé qu'« il e[était] contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; que ce principe fai[sai]t obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français ». De même que dans l'arrêt Mennesson, la Cour de cassation avait pris soin de conclure «qu'une telle situation, qui ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit de l'Etat du Minnesota lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit

[947] CEDH, *Labassée contre France*, 26 juin 2014, n°65941/11.
[948] Cour de cassation, Civ 1°, 6 avril 2011, n°09/17130.

au respect de la vie privée et familiale de cette enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

798. La Cour européenne répond qu'elle comprend la solution française, qui vise à dissuader ses ressortissants d'avoir recours à une mode de filiation interdit sur le territoire national, mais énonce qu'elle est légitime à examiner l'opportunité de l'arrêt de la Cour de cassation, même dans les limites de la marge d'appréciation nationale. Elle rappelle à deux reprises, que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation ». Elle poursuit en notant que « les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté ». Elle en déduit que la France a été au-delà de ses prérogatives en empêchant l'établissement de la filiation entre l'enfant et son père biologique.

3. Des réactions doctrinales contrastées

799. Certains auteurs, dont François CHÉNÉDÉ, critiquent vertement la solution européenne. « En dépit de sa longueur et de ses détours, la décision Mennesson se résume donc en peu de mots : en présence d'un conflit d'intérêts légitimes divergents, point de départ de toutes discussions morales et politiques, la Cour n'a pas hésité à faire prévaloir son appréciation personnelle sur l'arbitrage opéré par les élus du peuple français. Oubliant la raison d'être et les nécessaires limites du contrôle exercé en leur nom, cette nouvelle instrumentalisation aristocratique des droits de l'homme est inacceptable »[949]. Quant à Jean HAUSER, il affirme que l'« on ne voit pas comment on pourrait transcrire la filiation d'enfants nés d'une GPA à l'étranger et ne pas le faire pour des enfants nés d'une GPA en France, sauf à consacrer une redoutable hypocrisie et l'externalisation de la fabrique des enfants ! Seulement cela supposera

[949] François CHÉNÉDÉ, *Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme*, Dalloz 2014. 1797.

une redéfinition de la maternité pour les mères commanditaires (ou d'intention) et probablement une révision complète du droit de la filiation »[950].

800. D'autres auteurs ont une appréciation plus nuancée de la situation. Adeline GOUTTENOIRE estime que l'arrêt de la Cour européenne est mesuré car « en se centrant sur la filiation paternelle, la Cour semble en réalité limiter sa condamnation à la non-reconnaissance de cette dernière. Ce cantonnement de la condamnation semble impliquer que le défaut de reconnaissance de la filiation maternelle, n'est pas, quant à lui, condamnée par le juge européen »[951]. Louis D'AVOUT note que « les parents faisant le détour par l'étranger, afin d'obtenir le bénéfice que leur refuse le droit du pays où ils vivent, ne sont pas en mesure d'invoquer efficacement les droits fondamentaux pour que soit mécaniquement importée dans leurs pays la situation juridique constituée à l'étranger. (…) La Cour européenne concentre ses critiques sur le sort réservé en France à l'enfant issu de la gestation pour autrui. (…) Ce qui apparaît intolérable est qu'un enfant vivant en France soit privé du droit de faire établir judiciairement sa filiation, singulièrement à l'encontre du père biologique. (…) Le refus de reconnaissance des titres étrangers obtenus en circonstance de contournement du droit français n'est pas en lui-même illégitime ; il le devient néanmoins lorsque les juges interdisent ultérieurement à l'enfant de constituer en France son lien de filiation. (…)Ainsi entendue, la jurisprudence de la Cour européenne ne constitue qu'un tempérament à la jurisprudence française, qui peut (et, selon nous, devrait) continuer à proroger, en matière internationale, la volonté claire du législateur, sauf à en tempérer parfois les effets concrets dans l'intérêt de la personne privée de bonne foi (ici : l'enfant, et lui seulement) »[952]. Jean-Pierre MARGUÉNAUD écrit enfin qu'« alors se pose la question cruciale de savoir si l'objectif poursuivi par un État de décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'il prohibe sur son territoire peut être atteint en sacrifiant les droits de l'enfant innocent qui, cela va sans dire, n'a jamais eu le moindre mot à balbutier sur les conditions de sa conception et de sa venue

[950] Jean HAUSER, *État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli !,* RTD civ. 2014, page 616.
[951] Adeline GOUTTENOIRE, *Convention de gestation pour autrui - Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant*, la Semaine Juridique Edition Générale n° 30-35, 28 Juillet 2014, 877
[952] Louis d'AVOUT, *La « reconnaissance » de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson* et *Labassée*, Dalloz 2014, page 1806.

au monde. Cette instrumentalisation de l'enfant, n'est pas acceptable, ni au regard des droits de l'enfant en particulier ni du point de vue des droits de l'Homme en général (…) »[953].

801. Ainsi, la libre disposition de sa descendance ne fait qu'une entrée prudente en droit français en ce que seuls les pères se voient reconnaître un lien de filiation avec les enfants issus d'une gestation pour autrui. Ceux-ci disposeront donc de leur descendance non parce qu'ils auront contrôlé de bout en bout leur conception mais parce que le lien biologique les unissant est réel. Quant au parent d'intention, son statut est encore marqué du sceau de l'incertitude.

4. L'avenir incertain du parent d'intention

802. La Cour de cassation, par deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015, prend acte de la solution européenne. Dans le premier arrêt, elle adopte un raisonnement purement formel, et à propos d'un enfant né d'un père français et d'une mère russe, affirme « qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. X...et Mme Z... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance »[954]. Dans le deuxième arrêt du même jour, l'Assemblée plénière[955] énonce clairement « que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». La Cour d'appel n'ayant pas établi que le père cité dans l'acte de naissance n'était pas le géniteur et la mère celle qui avait accouché, rien ne s'opposait à sa transcription sur les registres d'Etat civil français.

803. La doctrine est demeurée circonspecte face à ces arrêts. « L'utilisation de l'article 47 du code civil a permis à la Cour d'opérer un revirement « en douceur ». Mais on ne peut que constater qu'il est circonscrit à la seule hypothèse des affaires qui lui étaient soumises : un père d'intention biologique, et une mère porteuse inscrite comme mère dans l'acte de naissance. Le changement de cap est donc forcément limité et l'on ne sait trop vers quelle destination il peut conduire »[956]. De même, Isabelle REIN-LESCASTEREYRES écrit que « même si ces

[953] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, RTD civ. 2014, page 835.
[954] Cour de cassation, Assemblée plénière, 3 juillet 2015, n°15/50002.
[955] Cour de cassation, Assemblée plénière, 3 juillet 2015, n°14/21223.
[956] Hugues FULCHIRON, Christine BIDAUD-GARON, *Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation,* Dalloz 2015. 1819.

arrêts interviennent dans des circonstances très particulières, on a le sentiment que, peu à peu, la Cour de cassation avance et qu'en tout cas, elle abdique devant la jurisprudence de la CEDH en ne considérant plus que l'illicéité du recours à une convention de gestation pour autrui corrompt tout le processus lorsque cette GPA est pratiquée à l'étranger. Si, ce faisant, la Cour de cassation fait un sort à la fraude, qui était déjà apparue à beaucoup comme une arme démesurée, la question du parent d'intention reste entière et constituera sans doute le prochain bastion de la lutte entre les défenseurs d'un assouplissement total et ses détracteurs, qui veulent résister à la mondialisation de la gestation pour autrui. Au vu de ces arrêts, la question se pose notamment de savoir si, une fois l'acte transcrit vis-à-vis du père, cette transcription ouvre ou non aux parents d'intention de nouvelles pistes, précédemment fermées, telles que l'adoption de l'enfant du conjoint ou la possession d'état »[957].

804. La réponse ne viendra pas de la Cour européenne des droits de l'homme qui se contente prudemment de confirmer point par point la solution Mennesson et Labassée. En effet, elle avait à connaître, dans l'arrêt Foulon et Bouvet, de pères qui avaient reconnu les enfants nés d'une mère indienne. La Cour de cassation, dans les deux cas, avait refusé de procéder à la transcription de l'acte d'état civil en ce que « la naissance [était] l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »[958]. Très sobrement, la Cour européenne énonce qu'elle « ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires Mennesson et Labassee. La Cour conclut en conséquence qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale, mais qu'il y a eu violation de cette disposition s'agissant du droit des deuxième, quatrième et cinquième requérants [c'est-à-dire les enfants] au respect de leur vie privée »[959]. Une fois encore, la portée de cette jurisprudence doit être circonscrite aux cas d'espèce en ce que les actes de naissance incriminés reflétaient la stricte vérité biologique. La question du futur statut

[957] Isabelle REIN-LESCASTEREYRES, *Premiers arrêts de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui depuis les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014*, Gazette du Palais, 6 octobre 2015, n°279, page 42.
[958] Cour de cassation, Civ1°, 13 septembre 2013, n°12-18315.
[959] CEDH, *Foulon et Bouvet contre France*, 21 juillet 2016, n° 9063/14 et 10410/14.

du parent d'intention reste donc entière et n'est pas plus résolu par un arrêt Laborie subséquent[960].

805. La doctrine est divisée sur l'opportunité de ces solutions. Anne-Blandine CAIRE approuve cette jurisprudence au point qu'elle se demande « par quel étrange raisonnement certains ont pu en conclure que la filiation de l'enfant (même sa filiation biologique) pouvait ne pas être transcrite sur les registres d'état civil. Si l'indisponibilité de l'état des personnes empêche de faire comme si la mère d'intention était la mère biologique de l'enfant, elle doit également soustraire la filiation biologique à toute tentative de dénégation. Autrement dit, le père biologique ne peut être ignoré. (…). C'est tout de même un comble que le moyen envisagé pour sanctionner l'atteinte à la filiation constituée par la GPA soit une atteinte à la filiation du même ordre. Dès lors, le constat de violation de l'article 8 dressé par la Cour dans l'arrêt Laborie était, non seulement inévitable, mais encore pertinent »[961]. En revanche, Martine SÉGALEN reproche à la Cour européenne d'inciter « la France à « encadrer » la gestation pour autrui, ce qui revient à ne pas discuter la légitimité du désir d'enfant, même s'il implique l'usage du corps d'autrui »[962].

806. Quant à la jurisprudence nationale, elle continue, pour l'heure, de protéger l'interdiction de la gestation pour autrui en refusant de reconnaître un statut au parent d'intention tout en acceptant que la véritable filiation biologique soit transcrite sur l'Etat civil de l'enfant. L'un des derniers exemples est un arrêt en date du 5 juillet 2017[963], confirmé par deux arrêts du 29 novembre 2017[964] et du 14 mars 2018[965], dans lequel un couple était désigné, dans l'acte de

---

[960] CEDH*, Laborie contre France*, 19 janvier 2017, n° 44024/13. La Cour européenne des droits de l'homme a été, en l'état du droit, saisie une dernière fois par des ressortissants français, désignés par les services civiques d'Ukraine comme les parents de deux enfants nés dans ce dernier pays. Les juridictions du fond avaient refusé la transcription des actes de naissance, en se fondant sur le fait que les mineurs avaient été conçus dans le cadre d'une gestation pour autrui. La Cour européenne, toujours aussi sobrement, dans une décision du 19 janvier 2017, se contente d'écrire « que la situation des requérants en l'espèce est similaire à celle des requérants dans les affaires *Mennesson*, *Labassee*, *Foulon* et *Bouvet* (…), dans lesquelles elle a jugé qu'il n'y avait pas eu violation du droit au respect de la vie familiale des requérants (les parents d'intention et les enfants concernés), mais qu'il y avait eu violation du droit au respect de la vie privée des enfants concernés. Considérant les circonstances de l'espèce, la Cour ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires *Mennesson*, *Labassee, Foulon* et *Bouvet* précitées. La Cour conclut en conséquence qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale, mais qu'il y a eu violation de cette disposition s'agissant du droit des troisième et quatrième requérants [c'est-à-dire les enfants] au respect de leur vie privée ».

[961] Anne-Blandine CAIRE, *L'ultime condamnation de la France par la Cour européenne des droits l'homme en matière de filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui* ?, Dalloz 2017. 1229.

[962] Martine SÉGALEN, *Pourquoi la gestation pour autrui dite « éthique » ne peut être*, Travail, genre et sociétés, 2017/2 (n° 38), p. 53-73. DOI : 10.3917/tgs.038.0053. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-travail-genre-et-societes-2017-2-page-53.htm

[963] Cour de cassation, Civ 1°, 5 juillet 2017, n° 16-16901 16-50025.

[964] Cour de cassation, Civ 1°, 29 novembre 2017, n°16-50061.

[965] Cour de cassation, Civ 1°, 14 mars 2018, n°17-50021.

naissance ukrainien comme étant les parents d'un enfant né en Ukraine. La Cour admet la transcription de la filiation paternelle mais non maternelle en rappelant que la mère est celle qui a accouché, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

807. Mais il faut retranscrire ici l'incise finale qui signe l'entrée de plein pied de la libre disposition de sa filiation dans le droit français. La Cour de cassation y affirme que sa solution n'est pas contraire au respect de la vie privée et familiale de l'enfant en ce que « l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père ». La Cour de cassation franchit ici le pas que la Cour européenne n'avait pas eu l'occasion de faire puisqu'elle admet que le parent d'intention puisse se voir reconnaître un lien légal vis-à-vis de l'enfant pourtant obtenu en fraude de la loi française. La libre disposition de soi semble avoir triomphé de l'ordre public de direction de la personne. Ce constat n'est cependant pas si certain en ce que la Cour de cassation a décidé de saisir pour avis la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire Mennesson qui revenait devant elle, sur le point de savoir si la mère d'intention devait être reconnue comme la mère légale des deux enfants[966]. En outre, ainsi que le souligne le Conseil d'Etat dans son rapport du 28 juin 2018, « la Cour européenne des droits de l'homme a écarté toute violation de la Convention par les autorités après le retrait d'un enfant de neuf mois, issu d'une GPA pratiquée en Russie, par les services sociaux à ses parents d'intention, dépourvus de liens biologiques à son égard. Il s'en déduit que la Cour laisse une marge d'appréciation importante aux États pour déterminer les liens juridiques qui doivent unir l'enfant aux parents d'intention en l'absence de lien biologique. Ainsi, elle a n'a pas jugé contraire à la Convention la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'État pour subordonner la reconnaissance d'un lien de filiation aux hypothèses de

[966] Cour de cassation, Ass. Pl. 5 octobre 2018, n°10-19053 : « Si la question de la transcription de la paternité biologique est aujourd'hui résolue, il n'en est pas de même de celle de la maternité d'intention, pour laquelle la Cour de cassation s'interroge sur l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats signataires de la Convention. La question qui se pose est, d'abord, de savoir si, en refusant de transcrire l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français s'agissant de la mère d'intention, alors que la transcription a été admise pour le père biologique de l'enfant, un Etat-partie méconnaît l'article 8 de la Convention à l'égard tant de la mère d'intention que des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. A cet égard, la Cour de cassation s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Enfin, se pose la question de savoir si la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d'établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention ».

lien biologique ou d'adoption régulière. La marge d'appréciation des États en matière de GPA, qu'il s'agisse de l'interdiction de cette pratique ou de la filiation des enfants, demeure large »[967].

808. La libre disposition de sa descendance n'est donc pas acquise, ce qui n'est pas pour déplaire, eu égard aux pratiques économiques liées à la gestation pour autrui, laquelle pourrait pourtant s'adapter au Bien commun.

B. L'adaptabilité des pratiques procréatives

809. Si la gestation pour autrui, telle qu'elle existe actuellement est à proscrire (1), ce type de procréation peut être adaptée pour respecter le Bien commun (2).

1. La gestation pour autrui actuelle ou l'exploitation de la pauvreté

810. Dans le cas de la gestation pour autrui, il doit être souligné que les femmes participant au processus sont des personnes d'origine sociale humble. « Les « donneuses » d'ovocytes, de ce côté-ci de l'Atlantique, viennent beaucoup de l'Est : ce sont des femmes particulièrement frappées par le chômage et la pauvreté. Elles alimentent parfois aussi le marché du sexe ou celui des mères porteuses. Elles fournissent en ovocytes les quelque cent quarante cliniques espagnoles spécialisées dans la fertilité »[968]. Sylviane AGACINSKI donne également l'exemple des Etats-Unis, où « le prolétariat féminin noir forme une bonne partie des candidates à la fonction de surrogate mother, comme si l'emploi de mère de substitution prenait la succession de celui de « nounou », assuré jadis déjà par des femmes noires »[969].

811. C'est en effet le spectre d'une société à plusieurs vitesses qui est brandi par plusieurs auteurs. Jacques TESTART l'écrit de manière provocatrice : « le cas des mères porteuses évoque l'altruisme par cette appellation « pour autrui », alors qu'il passe par l'instrumentalisation du corps féminin avec offre rémunérée de grossesse que les hypocrites nomment « indemnisation ». Combien de femmes de Neuilly porteront les enfants du 93 ? »[970]. Muriel FABRE-MAGNAN, quant à elle, prévoit que « l'admission de la gestation pour autrui conduira ainsi à une maternité à deux vitesses, où certains pourront se payer les services d'une

[967] CEDH, *Paradiso et Campanelli contre Italie*, 24 janvier 2017, requête n°23538/12.
[968] Sylviane AGACINSKI, *op. cit.,* page 47.
[969] Sylviane AGACINSKI, *op.cit.*, page 52.
[970] Jacques TESTART, *Faire des enfants demain,* Seuil (2014), page 154.

mère porteuse, notamment pour éviter les tracas de la maternité, tandis que d'autres seront assignées à une fonction de génitrice »[971].

812. Il apparaît que les analyses de Jacques TESTART et de Muriel FABRE-MAGNAN sont conformes à la réalité. En se rendant sur un site internet français soutenant la gestation pour autrui[972], l'on peut y lire que « le tarif d'un traitement de GPA aux États-Unis est le plus élevé par rapport à d'autres destinations communes comme le Canada, la Russie ou l'Ukraine. (…) Au total, le prix moyen peut osciller entre 26 000 et 240 000 euros ». Sur ce site instructif, on s'aperçoit que, même dans l'hypothèse d'une GPA dite « altruiste », il convient de dédommager la mère porteuse de ses vêtements de grossesse, de sa nourriture (…), mais également de la « gêne occasionnée ». Sous ce vocable politiquement correct, peut tout à fait se cacher une coquette rémunération de la femme concernée. Il est d'ailleurs écrit, avec une parfaite ingénuité que « dans la plupart des cas, la gestatrice perçoit une compensation financière à titre de dédommagement pour l'effort réalisé. Cette rémunération peut aller de 10 000 à 40 000 euros même si, comme toujours, la somme dépend du pays et de l'expérience préalable de la femme ». Le coût de chacun des intervenants, qui sont assez nombreux en la matière, est également détaillé. En sus des frais médicaux et de déplacement de la gestatrice, les candidats à l'enfant devront débourser 3.000 à 25.000 euros pour la fécondation in vitro, entre 2.000 et 4.000 euros pour les conseillers qui « aident à sélectionner une agence et une clinique, [et qui] accompagnent les futurs parents pendant le processus et veillent sur leurs intérêts », de 8.000 à 20.000 euros pour les agences qui se chargent du recrutement des candidates mères porteuses, de 6.000 à 9.000 euros pour l'intervention parfois obligatoire d'un avocat, et enfin une somme variable couvrant les frais de déplacement des parents d'intention.

813. Un autre exemple éloquent est celui de l'Ukraine. « La somme qui revient à la mère (de 20 % à 30 %) représente environ dix ans de salaire, y compris pour une personne ayant fait des études supérieures : se soumettre à une gpa est considéré par les femmes comme un moyen de survivre. Malgré des conditions médicales très dures imposées par les cliniques, il y a plus d'offres que de demandes. Certains médecins n'ont d'ailleurs aucune gêne à tenir des propos cyniques. Ainsi, un médecin grec dit que « pour les femmes pauvres, c'est une chance pour améliorer leur vie ; la pratique est un acte médical très positif qui met en rapport les besoins

[971] Muriel FABRE-MAGNAN, *op.cit.,* page 114.
[972] https://babygest.com.

d'une femme qui a des problèmes de fertilité avec une femme qui a des problèmes d'argent » [Legrand, 2014] »[973].

814. La situation est encore pire en Inde. « La grande majorité des mères porteuses indiennes sont illettrées, appartiennent aux classes les plus pauvres de la société et Sheela Saravananderam [2016] décrit l'exploitation dont elles sont victimes : les contrats leur sont moins favorables, certaines cliniques les obligent à rester dans des « maisons de gpa » loin de leurs familles ; elles doivent renoncer à tous leurs droits sur l'enfant que parfois elles ne peuvent même pas voir après avoir été accouchées par césarienne ; elles ne perçoivent aucune compensation si elles font une fausse couche et certaines cliniques vont même jusqu'à rétribuer la mère au poids du bébé [Saravananderam, 2016, pp. 71-73] »[974].

815. Il en résulte qu'actuellement, la gestation pour autrui n'est accessible qu'aux personnes les plus riches, et s'exerce aux dépens des plus pauvres. En effet, le dédommagement réglé à la gestatrice, que la GPA soit rémunérée ou altruiste, outre le fait que les pays pourvoyeurs de mères porteuses sont économiquement moins favorisés que la France, laissent à penser que la motivation des femmes candidates à cette expérience est purement financière. Elles sont dans un tel besoin qu'elles n'hésitent pas à mettre leur corps au service d'autrui, dans un processus qui s'apparente à de l'aliénation pure et simple, et que le consentement à l'acte ne suffit pas à effacer.

816. Il sera répondu que l'interdiction de la gestation pour autrui devrait entraîner celle de l'interruption volontaire de grossesse, car la femme ne devrait pas avoir plus d'emprise sur son corps, dans un cas comme dans l'autre. Cependant, dans la deuxième hypothèse, la femme concernée fait montre d'une réelle liberté en refusant de se voir imposer une grossesse puis un enfant à nourrir et éduquer. A l'inverse, dans la première hypothèse, la gestatrice choisit certes également d'user de son corps cette fois en vue de l'enfantement, mais dans le cadre d'un processus tronqué. Elle se voit en effet enlever par avance le fruit de ses efforts puisqu'elle consent à abandonner l'enfant conçu au profit des parents d'intention. Ce n'est donc pas une véritable liberté, mais une utilisation de son corps tel une usine de fabrication. « Dans les cas de gestation pour autrui, (…) la question que cet exercice-là engage (…) est d'ores et déjà réglée de façon telle que la gestatrice doit mener la grossesse à terme mais se séparer de l'enfant à naître. C'est à cet endroit, précisément, que son autonomie ne serait pas respectée, puisque

[973] Martine SEGALEN, *Pourquoi la gestation pour autrui dite « éthique » ne peut être*, Travail, genre et sociétés, 2017/2 (n° 38), p. 53-73. DOI : 10.3917/tgs.038.0053. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-travail-genre-et-societes-2017-2-page-53.htm.
[974] Martine SEGALEN, *op.cit.*

dans l'horizon déjà fixé de la séparation d'avec l'enfant, elle est empêchée de développer une perspective morale autonome sur sa relation future avec le fœtus : la possibilité de son devenir-mère est *a priori* forclose »[975].

817. Il sera également objecté que la motivation des prostitués volontaires est financière, comme l'est celle des mères porteuses. Dans un cas comme dans l'autre, il y a consentement à l'acte considéré, et utilisation libre du corps. Quelle est donc la différence ? Elle tient à la portée réelle de la pratique. Les prostituées volontaires, ou du moins ce qu'elles choisissent d'en dire, revendiquent le fait que leur activité est un vrai métier. Quand bien même l'on peut ne pas adhérer à cette dénomination, il sera pris acte de cette prise de position, dont il sera déduit que ces prostituées mettent librement leur corps à disposition d'autrui en vue de procurer à autrui du plaisir charnel. Elles sont donc dans « l'être- avec », puisqu'elles sont indubitablement en relation avec des hommes ou des femmes – clients de leurs services. Leur volonté de s'inscrire dans un schéma professionnel signifie qu'elles n'aliènent pas leur identité, mais la réserve à leur sphère intime. Elles sont donc à la fois dans « l'être-avec » et dans « l'être soi », dans un équilibre certes précaire, mais bien réel. En outre, elles n'engagent que leur propre corps, au contraire des mères porteuses qui donnent la vie à un enfant dont le devenir psychologique, eu égard aux conditions de sa formation, est incertain. L'activité des personnes prostituées volontaires n'est en conséquence pas contraire au Bien commun. L'hypothèse du sado-masochisme est assez similaire en ce que ses pratiquants se font, par ce biais, une déclaration d'être ensemble libidinale, ce qui ne contrarie pas plus le Bien commun.

818. En revanche, dans le cas des mères porteuses, il s'agit de souscrire au désir de personnes, physiquement ou socialement dans l'incapacité de procréer, d'avoir un enfant qui leur est génétiquement relié. En d'autres termes, c'est la consécration d'un véritable droit à l'enfant. Or, cette aspiration ne relève que de « l'être soi et pour soi ». Le fait de concevoir un enfant génétiquement lié à soi, est un acte auto-centré, une volonté de survivre à sa propre mort à travers sa descendance. Si le désir était véritablement axé sur un rêve de transmission de savoirs, d'éducation et d'amour, l'adoption constituerait un dispositif suffisant. Une fois de plus, le recours à une mère porteuse est tellement auto-centré qu'il ne prend en compte le bien-être de la gestatrice que de manière financière, ce qui est particulièrement réducteur. Cette pratique profite du courant actuel néo-libéral libertaire, selon lequel l'argent peut tout acheter tandis que

[975] Marlène JOUAN*, L'acceptabilité morale de la gestation pour autrui. Les enseignements de la gestation pour soi au service de plus de justice*, Travail, genre et sociétés, 2017/2 (n° 38), p. 35-52. DOI : 10.3917/tgs.038.0035. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-travail-genre-et-societes-2017-2-page-35.htm

les êtres humains sont considérés comme étant propriétaires de leur corps et donc libres de l'aliéner à leur guise.

819. Imaginons que cette pratique devienne légale en France, ce qui n'est pas impossible, et qu'au surplus, son financement soit pris en charge par l'Etat, la pratique deviendrait-elle pour autant légitime ? La réponse demeure négative car outre le fait que les candidates seront plus que certainement prises dans les couches sociales les plus défavorisées ou les plus vulnérables comme celles des étudiantes en manque de financement, il s'agira toujours d'un acte profondément auto-centré. Rien ne pourra racheter cette volonté démiurgique d'immortalité alors que l'homme est, sauf exceptions, un être voué à la mort et à l'oubli. La libre disposition de sa descendance, le droit à l'enfant ne paraissent pas devoir être autorisés, sous peine de modifier le rapport de l'homme à son propre destin.

2. La procréation cordiale

820. En revanche, le concours d'une amie ou d'une parente dans le processus de gestation apparaît tout à fait acceptable, eu égard aux faits que la volonté altruiste ne peut être mise en doute, et que la femme qui a porté l'enfant pourra le revoir régulièrement au cours de la croissance de ce dernier.

821. En définitive, la gestation pour autrui doit être traitée de la même façon que les dons d'organes entre vivants. Rappelons qu'en vertu de l'article L1231-1 du Code de la santé publique, « le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur. Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur ».

822. De cette façon, l'on pourrait admettre que la gestatrice fasse partie du même cercle de personnes que celles de l'article L 1231-1 du Code de la santé publique sus-cité. Cette proximité dans les relations qui ne devra pas passer l'interdit de l'inceste, permettrait de garantir la réalité du consentement et deviendrait un geste altruiste par excellence. Les frais de grossesse ainsi

que les frais de la PMA pourraient ainsi tout à fait être remboursés par la solidarité nationale. Au-delà, le geste doit demeurer gratuit.

823. Jacques TESTART se pose tout à fait dans cette dynamique puisqu'il écrit que les procréations particulières « peuvent devenir légitimes dans le contexte relationnel de l'aide conviviale où l'argent et la technologies seraient remplacés par la solidarité comme mode de régulation. Les arrangements entre amis, quand les uns aident au bonheur des autres sans passer par la case des autorités, font ces « dépassements » tolérables, même si nul ne peut affirmer l'absence de dommages pour les différents acteurs en cas de pratiques conviviales plutôt qu'institutionnelles »[976]. Il cite par ailleurs des psychanalystes qui « reconnaissent que « des homosexuels peuvent élever des enfants. Ils peuvent aussi les faire, ce que nombre d'entre eux ont fait dans l'histoire, sans demander la permission à personne, sans en faire un objet de revendication ou de plainte, mais en se confrontant en leur nom propre aux bonheurs et difficultés d'enfants réels, et non brandis comme des slogans idéologiques »[977].

824. La GPA doit être encadrée par la loi et les règlements, et non laissé totalement entre les mains des principaux intéressés. Ceci garantira plus de sécurité et de cohérence pour l'enfant ainsi né. Par exemple, l'on peut imaginer que le nom de tous les intervenants dans le processus de procréation soit indiqué sur l'acte de naissance, de telle sorte qu'une fiction juridique ne soit pas établie, qui voudrait que l'enfant soit né de parents qui ne sont biologiquement pas les siens. La gestatrice pourrait ensuite participer à la vie de l'enfant, pour le plus grand bienfait de ce dernier. Une telle démarche se situerait dans un horizon solidaire, dans « l'être-avec » puisque la mère porteuse ne serait pas une simple gestatrice mais une personne qui pourrait continuer, en pointillé, à faire partie de la vie de l'enfant. Cette solidarité ne peut qu'être conforme au Bien commun.

825. Si la prostitution ou la gestation pour autrui ont leurs défenseurs, il apparaît que les Témoins de Jéhovah qui refusent les transfusions sanguines au péril de leur vie, ou les grévistes de la faim incarcérés n'ont pas recueilli des preuves de mansuétude de la part des juristes. C'est une fois de plus la question de savoir si l'on peut librement disposer de sa vie et de son corps qui se pose ici, et de sa possible limitation au nom de l'ordre public de direction de la personne.

[976] Jacques TESTART, *Faire des enfants demain,* Seuil (2014), page 169.
[977] Jacques TESTART, *op.cit.*, page 174.

§3 Du refus de soins

826. Le principe de proportionnalité in concreto commande l'élaboration d'une réponse nuancée à ces modes de disposition de soi. Les Témoins de Jéhovah sont prêts à mourir pour prouver la justesse de leur foi tandis que les grévistes de la faim veulent simplement faire entendre leurs arguments. S'ils sont prêts à se mettre en danger, la volonté mortifère que l'on identifie chez les Témoins de Jéhovah ne se retrouve pas chez les personnes incarcérées. C'est pourquoi, l'ordre public de direction de la personne n'a pas vocation à limiter la libre disposition des premiers (A) tandis qu'il requiert une intervention extérieure vis-à-vis des seconds (B).

A. Les Témoins de Jéhovah

827. Le Conseil d'état a eu à connaître à deux reprises de personnes Témoins de Jéhovah qui refusaient toute transfusion sanguine, ce qui avait posé de sérieux problèmes aux médecins ayant à intervenir auprès de ces derniers. A deux reprises, la Haute juridiction administrative a refusé de reconnaître aux Témoins de Jéhovah la libre disposition de leur vie, eu égard au péril de mort qui menaçait ces derniers. Il apparaît en conséquence que le champ d'application de la libre disposition de soi ne s'étend pas jusqu'aux portes de la mort, le passage de vie à trépas étant encore fortement dominé par le pouvoir d'ordre public des médecins.

828. Dans le premier des cas, un homme, atteint d'une insuffisance rénale aiguë, « avait déclaré qu'il refusait, en tant que témoin de Jéhovah, que lui soient administrés des produits sanguins, même dans l'hypothèse où ce traitement constituerait le seul moyen de sauver sa vie ». Il avait réitéré verbalement ce refus « alors qu'il était informé du fait que cette attitude compromettait ses chances de survie ». Nonobstant, les médecins l'ont transfusé parce qu'il se trouvait dans un grave état d'anémie. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt en date du 26 octobre 2001 a validé cette décision, sur le triple fondement que le seul but des médecins était de sauver leur patient, que cet acte était indispensable à sa survie et qu'il était proportionné à son état[978].

[978] Conseil d'Etat, 26 octobre 2001, n°198546.

La doctrine a globalement approuvé la solution retenue[979] et appelé de ses vœux une réforme législative[980]

829. L'on s'accordait à penser que cette position devait changer, eu égard à l'adoption de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 ayant modifié l'article L 1111-4 alinéas deux et trois du Code de la santé public, selon lesquels « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ». Après des tentatives infructueuses pour convaincre le patient de la nécessité du traitement, le médecin doit se retirer et laisser à la personne concernée sa totale liberté de choix.

830. Et cependant, le Conseil d'Etat a réitéré sa position initiale postérieurement à cette loi, par un arrêt en date du 16 août 2002[981]. La situation était la suivante : « Mme Valérie Z..., hospitalisée le 28 juillet 2002 au service des soins intensifs post-opératoires du centre

---

[979] Lire Louis DUBOUIS, *Le refus de soins : qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu*, RDSS 2002, page 41 : « Que la règle de droit accepte cet espace de libre respiration éthique nous semble bénéfique pour les patients. Dans des situations aussi douloureuses et délicates le médecin doit pouvoir décider, conscient de toutes ses obligations mais dispensé de s'interroger sur la responsabilité civile ou disciplinaire qu'il encourt selon qu'il s'incline ou non devant la volonté exprimée par le patient ». Lire également Jacques MOREAU, *Les médecins qui procèdent à la transfusion d'un patient en vue de le sauver, en dépit de son refus de se voir administrer des produits sanguins, ne commettent pas de faute de nature à engager la responsabilité de l'État*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 6, 6 Février 2002, II 10025 : « « Le patient, en tant qu'usager du service public hospitalier, est dans une situation légale et réglementaire ; il est titulaire de certaines garanties - être soigné selon les règles de l'art ; depuis peu, recevoir une information complète et précise avant tout traitement ou toute intervention... ; mais il est soumis à diverses obligations, et, à notre avis, figure parmi celles-ci, celle de ne pas refuser, même pour des motifs religieux parfaitement estimables, la seule solution de survie jusqu'alors existante ». Lire également Jean HAUSER, *Liberté religieuse et consentement aux soins*, RTD civ. 2002, page 484 : « La motivation reste assez elliptique mais il semble assez clair que, pour le Conseil, l'essentiel est seulement que le malade puisse exprimer sa volonté et que, dès lors, si les conditions sont réunies, le médecin ne commet pas de faute en passant outre ». Lire également Maryse DEGUERGUE, Ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital un acte médical indispensable à la survie d'un patient même tranfusé contre sa volonté, AJDA 2002, page 259.

[980] Denys de BÉCHILLON*, La responsabilité du fait de la transfusion sanguine*, RFDA 2002, page 156 : « Selon toute vraisemblance, la décision médicale de laisser mourir quelqu'un que l'on pense et souhaite pouvoir sauver serait d'autant mieux acceptable qu'elle reposerait sur une autorisation explicite de la loi. (…)Le statut exact du consentement devant la mort appelle un texte de loi détaillé, et surtout un débat véritable, c'est-à-dire complet sur la nature et les conséquences juridiques de ce qui serait décidé. La balle n'est plus dans le camp du juge ». Matthieu HOUSER, *Protéger la vie et la dignité de la personne humaine : une obligation source de responsabilité pour l'Etat*, RDSS 2013, page 671 : « En refusant d'engager la responsabilité administrative, la position retenue par le Conseil d'Etat s'éloigne des pistes proposées par son commissaire du Gouvernement, qui défendait l'engagement de la responsabilité de l'hôpital. Pour arriver à une telle solution, il proposait de comparer les avantages et les inconvénients de la violation du consentement. Si la personne a survécu, il n'y a pas d'atteinte morale ; en revanche, si elle décède, « un raisonnement fondé sur la compensation n'est pas inconcevable ». Mais l'indemnité pourrait demeurer symbolique. Le Conseil d'Etat a refusé cette solution et, nous semble-t-il, à juste titre ».

[981] n°249552.

hospitalier de Saint-Etienne, a fait savoir oralement puis confirmé par écrit qu'en raison des convictions qui sont les siennes comme Témoin de Jéhovah, elle refusait, quelles que soient les circonstances, l'administration de tout produit sanguin ; (...) les médecins du centre hospitalier, estimant que le recours à une transfusion sanguine s'imposait pour sauvegarder la vie de la patiente, dont l'état évoluait dans des conditions qui présentaient un risque vital à court terme, ont néanmoins pratiqué un tel acte le 5 août 2002 ». Or, le Conseil d'Etat estime que « le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale ; que toutefois les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale, telle qu'elle est protégée par les dispositions de l'article 16-3 du code civil et par celles de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que le recours, dans de telles conditions, à un acte de cette nature n'est pas non plus manifestement incompatible avec les exigences qui découlent de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment de son article 9 ». La Haute juridiction administrative reprend donc, in extenso, les trois critères de l'arrêt du 26 octobre 2001- tenter de sauver le patient à l'aide d'acte médicaux indispensables à sa survie et proportionnés à son état-, tout en citant la nouvelle formulation de l'article L 1111-4 du Code de la santé publique ainsi que le caractère de liberté fondamentale du droit au refus de soins.

831. La doctrine a perdu son unanimité précédente et des voix se sont élevées contre le maintien de la solution jurisprudentielle malgré l'adoption de la réforme du 4 mars 2002. Jean PENNEAU écrit qu' « il reste impossible de justifier ce qui pourrait permettre à un tiers de s'ériger en censeur de la décision prise par le patient capable et parfaitement informé de tous les risques et conséquences de sa décision, quel que soit le fondement - philosophique, religieux... - de celle-ci. Il y a là, au plan de la liberté individuelle une immixtion intolérable et sans fondement ni justification. Une telle immixtion ne pourrait être admise que si, au plan de la sécurité sanitaire des autres personnes le refus de soins constituait un risque pour les tiers »[982].

832. Quant à Annick DORSNER-DOLIVET, elle soutient qu' « à l'extrême rigueur on pourrait soutenir - certes au prix de l'important sacrifice de la liberté de religion qui la plupart du temps motive les refus de transfusion - qu'une transfusion forcée puisse être réalisée. Mais

[982] Jean PENNEAU, *Imposer des soins à un malade est une atteinte à une liberté fondamentale, sauf si sa vie est en danger*, Dalloz 2004, page 602.

au-delà de cette hypothèse, jusqu'où aller ? Les médecins ont-ils le pouvoir d'imposer à un fumeur impénitent la réalisation d'un nième triple pontage coronarien ? Peuvent-ils forcer une personne atteinte de gangrène, plusieurs fois amputée des jambes, à subir une intervention qui la réduira davantage ? Peuvent-ils imposer à un patient qui présente un cancer avec multiples métastases de subir un traitement éprouvant alors que le patient préfère peut être vivre moins longtemps mais en paix. Admettre la transfusion, c'est ouvrir une brèche dans le principe du consentement préalable du patient majeur, capable et conscient et cela peut conduire, en définitive, pour des interventions gravissimes, à conférer au médecin le pouvoir de décider à la place du patient. C'est donc contraire à toute l'évolution du droit médical qui tend à la reconnaissance de l'autonomie du patient »[983].

833. Enfin, Jean HAUSER se montre incisif. Il écrit qu'« on comprend bien que le serment d'Hippocrate impose de soigner mais était-il nécessaire de nous gratifier de ce déluge de bonnes intentions (et de papier !) sous le beau titre « Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté » après le symbolique article 16-3 du code civil, sans compter quelques normes internationales supplémentaires, pour finalement en revenir à la décision médicale avec la bénédiction des plus hautes juridictions ayant décidé d'ignorer la loi ou de la lire à leur manière ? »[984].

834. En revanche, Stéphanie PORCHY-SIMON questionne le caractère réellement éclairé du consentement, eu égard aux situations d'urgence vitales dans lesquelles les décisions ont été prises. Elle évoque le fait que le patient ne pouvait certainement pas, sereinement et en toute connaissance de cause, faire la balance entre les intérêts en présence, soulignant que d'ailleurs, les Témoins de Jéhovah concernés ne s'étaient pas physiquement opposés aux transfusions sanguines, ce qui faisait douter du caractère durable de leur position[985]. Pour autant, il existe plusieurs autres hypothèses où l'on doit prendre une décision rapide qui ne sera ensuite pas remise en question. Il en est ainsi lorsque le juge des libertés et de la détention place en prison un individu, dans l'attente de l'audience de comparution immédiate, dès lors que la réunion d'un Tribunal est impossible le jour même. Cette décision est insusceptible d'appel et le juge est face à lui-même pour prendre une décision qui peut durer jusqu'à trois jours. Le magistrat

[983] Annick DORSNER-DOLIVET, *Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte,* RFDA 2003, page 528.
[984] Jean HAUSER, *Liberté religieuse et consentement aux soins (suite) : encore une loi inutile* ?, RTD civ. 2002, page 781.
[985] Stéphanie PORCHY-SIMON, le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002. (à propos de deux ordonnances des juridictions administratives des 16 et 25 août 2002), Responsabilité civile et assurances n° 12, Décembre 2002, chronique 21.

ne peut décider d'un ajournement de son ordonnance au lendemain, le temps de peser les arguments présents dans le dossier et plaidés devant lui. Or, il existe toujours l'aléa du suicide ou du viol en incarcération. Par une décision sans recours, le juge doit rapidement choisir d'exposer la personne face à des dangers physiques réels, ce au nom de la préservation des intérêts de la société. Un magistrat étant avant tout un être humain, pourquoi ne pas reconnaître cette même faculté décisionnelle à un patient confronté à une question vitale le concernant ? Il convient enfin de noter que si les Témoins de Jéhovah ne se sont pas opposés à la transfusion sanguine, c'est tout simplement qu'ils étaient physiquement trop faibles pour le faire. La preuve en est qu'au moins dans la deuxième affaire, la principale intéressée s'est ensuite pourvue en justice pour voir son droit au refus de toute transfusion sanguine reconnu.

835. Abondant dans un sens favorable aux décisions du Conseil d'Etat, Jean-Simon CAYLA écrit quant à lui que « dans un Etat de droit les obligations spécifiques, résultant de l'appartenance à une religion ou à une secte, ne peuvent être respectées que si elles ne sont pas contraires aux lois et aux règlements même si les adeptes et les croyants sont persuadés que leurs règles religieuses ou sectaires sont supérieures aux lois humaines. Sans la laïcité, il serait impossible de faire vivre ensemble paisiblement les membres de diverses religions et de multiples sectes »[986]. Il apparaît au contraire que la volonté du malade, même si elle est dictée par les croyances erronées d'une secte, doit être respectée dès lors que la personne considérée, majeure, n'entraîne pas autrui dans sa chute, ce qui est le cas dans l'hypothèse du refus des transfusions sanguines. Admettre que le respect de la laïcité dépend de la décision d'un individu revient à faire porter le poids de toute une civilisation sur le dos d'un seul, ce qui n'est que difficilement admissible.

836. Quant à Bruno PY, il propose la distinction suivante : « face au gréviste de la faim, au suicidant, au SDF qui dort dehors, à l'anorexique, au témoin de Jéhovah, le médecin doit analyser finement le risque encouru par le patient qui refuse ses services. Si l'individu s'expose au danger de mort, le médecin ,e peut aller au-delà de la tentative de persuasion. Si l'individu est en péril de mort, le médecin doit le secourir, y compris, si nécessaire, contre son gré »[987]

837. Nonobstant cette absence d'unanimité, il apparaît que si la personne refuse un traitement même vital, sa volonté doit être suivie dès lors qu'elle ne porte pas atteinte à autrui. La

[986] Jean-Simon CAYLA, *Transfusion sanguine effectuée malgré le refus du malade*, RDSS 1999, page 36.
[987] Bruno PY, *Le médecin et l'agonie,* dans Bruno PY (sous la direction de), *La mort et le droit,,* Presses Universitaires de Nancy (2010), page 271. Dans le même sens, Bruno PY, *Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril*, AJ pénal 2012, page 384 : « un médecin est impunissable dès lors qu'il peut démontrer que,

conclusion est certes radicale, mais au moins respectueuse de l'intelligence de l'individu concerné. Il convient de respecter le choix de chacun, quand bien même il serait irrationnel et létal. Si le patient opte pour une mauvaise solution, cela doit rester la sienne car il y a lieu de lui conserver son plein et entier libre arbitre, même contre son intérêt bien compris. N'a-t-on pas le droit de mourir pour ses idées ? La Cour de cassation a d'ailleurs intronisé le droit au refus de soins, certes dans une hypothèse non vitale de pose de prothèse, en s'appuyant sur l'article 16-3 du Code civil[988]. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt Pretty contre Royaume-Uni, elle a écrit que « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention. Comme l'a admis la jurisprudence interne, une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie »[989].

838. La libre disposition de soi n'est donc pas reconnue par le juge administratif, dès lors qu'elle entraîne un risque létal. C'est l'ordre public de direction de la personne qui domine la matière en ce qu'il impose aux médecins de sauver toute vie humaine, même contre la volonté expressément formulée de la personne concernée. A l'inverse, il conviendrait d'envisager que c'est justement dans ces moments cruciaux de la vie que la personne majeure douée de discernement devrait être laissée libre de choisir entre les différentes options qui s'adressent à elle. Celle-ci doit en effet être laissée libre d'abdiquer sa force vitale, elle doit pouvoir en disposer. Pour les tenants de la morale commune, le refus de soins s'apparente à un suicide. Mais cet acte n'est précisément pas punissable, ce qui doit permettre d'expliquer que,

face à un péril vital imminent, il a volontairement sacrifié l'exigence d'un consentement libre et éclairé pour sauvegarder une valeur supérieure : la vie ».

[988] Civ 2°, 19 mars 1997, n° 93-10914 : « qu'ayant exactement énoncé que M. X... n'avait pas l'obligation de se soumettre à l'intervention destinée à la pose d'une prothèse demandée par la société des Transports ... et leur assureur la cour d'appel, répondant aux conclusions et retenant que M. C... avait subi un préjudice dont le principe n'était pas contesté, a souverainement décidé qu'il y avait lieu de lui allouer un capital ». Dans le même sens, Civ 2°, 19 juin 2003, n° 01-13289 : attendu que pour réduire le montant de l'indemnisation de l'aggravation de l'incapacité permanente partielle, l'arrêt retient que pour les troubles psychiques retenus par l'expert, Mme X... a été invitée par son neurologue en 1995, puis par son neuropsychologue en 1998, à pratiquer une rééducation orthophonique et psychologique, ce qu'elle n'a pas fait ; que ce refus de se soigner est fautif et que cette faute concourt pour partie à la persistance de troubles psychiques ; qu'en statuant ainsi, alors que Mme X... n'avait pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins, la cour d'appel a violé le texte susvisé [article 1382 du code civil] ».

[989] CEDH, 29 avril 2002, requête n°2346/02, paragraphe 63.

nonobstant l'incompréhension de la majorité, la minorité de Témoins de Jéhovah doit être respectée dans leur volonté, quand bien même celle-ci les amène à la mort.

839. La problématique est différente concernant l'alimentation forcée des grévistes de la faim, du fait que ces derniers ont une posture de protestation et ne veulent pas véritablement attenter à leurs jours. L'ordre public de direction de la personne reprend donc possession de cette matière.

B. Les grévistes de la faim

840. En ce domaine, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'alimentation forcée ne peut être considérée comme un traitement inhumain et dégradant dès lors qu'il est établi qu'elle constitue une thérapie médicalement recommandée et que des garanties procédurales sont respectées. En outre, la manière de la pratiquer ne doit pas dépasser un certain seuil de sévérité, sous peine de tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention[990].

841. En effet, la Cour européenne n'hésite pas à reconnaître que certaines hypothèses de nourriture forcée sont assimilables à des actes de tortures. Se faisant, elle ménage un espace d'expression aux détenus pour lesquels la grève de la faim est le seul moyen de protester contre leurs conditions d'incarcération ou contre la procédure pénale qui les concerne. Ceux-ci peuvent partiellement disposer de leur corps car la Cour européenne place néanmoins des limites à ce mode extrême d'expression. L'alimentation forcée peut valablement intervenir si elle constitue une thérapie médicalement recommandée. Ce système jurisprudentiel respecte donc le fait que ces personnes utilisent librement leur corps comme d'un moyen de protestation, tout en leur imposant le respect de leur propre humanité lorsqu'il s'agit de les nourrir de force, en dernier recours et pour les préserver d'un mort certaine qui serait en contradiction avec leur discours visant à assainir leur situation pénale.

842. Par exemple, dans l'arrêt *Nevmerjitski contre Ukraine*[991], le requérant était nourri de force par des personnes détenues et non par des médecins. Il était menotté à une chaise ou à un radiateur pendant qu'on lui insérait un tube en caoutchouc dans la gorge[992]. Eu égard à l'absence de justification médicale de l'alimentation forcée et des modalités dans lesquelles cette dernière était pratiquée, « la Cour [a] consid[éré] que l'alimentation de force à laquelle le

[990] CEDH, *Ciorap contre Moldavie*, 19 juin 2007, n°120066/02 , paragraphe 77.
[991] 5 avril 2005, requête n°54825/00. Sur cet arrêt, lire Frédéric SUDRE, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, La Semaine Juridique Edition Générale n° 30, 27 Juillet 2005, doctrine 159.
[992] *Op. cit.,* paragraphe 90.

requérant a été soumis à l'aide des moyens prévus par le décret, en dépit de sa résistance et sans que le Gouvernement ait fourni de justification médicale, a constitué un traitement grave méritant la qualification de torture »[993].

843. Dans l'arrêt *Ciorap contre Moldavie*[994], la Cour européenne décrit également les modalités d'alimentation du requérant : il était menotté, quand bien même il affirmait ne pas résister physiquement au processus, le personnel pénitentiaire lui tirait les cheveux tout en maintenant son cou et en appuyant sur ses pieds. Lorsqu'il ne pouvait plus supporter la douleur et ouvrait la bouche, on lui insérait alors un dispositif visant à laisser l'orifice buccal ouvert, on lui sortait la langue au moyen de pinces métallique et enfin on lui insérait un tuyau en matériau dur jusqu'à l'estomac pour y déverser de la nourriture liquide. Le requérant décrivait qu'après ses séances, il saignait, ne pouvait plus sentir sa langue, ni parler[995]. La Cour européenne conclut que, dans le cas d'espèce, l'alimentation forcée effectuée de la sorte à plusieurs reprises, dans des conditions causant un dommage physique et une humiliation et sans que cette pratique ne soit justifiée par un objectif thérapeutique mais plutôt par la volonté de forcer le requérant à arrêter sa grève de la faim, constitue un acte de torture et donc une violation de l'article 3 de la Convention[996].

844. En revanche, dans l'arrêt *Horoz contre Turquie*[997], ne violent ni l'article 2, ni l'article 3 de la Convention les autorités nationales qui refusent de libérer un détenu gréviste de la faim, décédé quatre jours plus tard. En effet, la Cour européenne considère qu'elle n'est en possession d'aucun élément lui permettant d'affirmer que l'intéressé eût été mieux traité par des médecins hors de l'établissement pénitentiaire, étant en outre précisé que l'administration avait fait procéder à de nombreux examens médicaux. L'intéressé fut notamment transféré à trois reprises dans le service des urgences d'un hôpital et, après sa réanimation, refusa toute intervention médicale.

845. Finalement, le point central de ces trois arrêts se trouve dans l'autonomie laissée aux détenus. En effet, l'alimentation forcée doit être médicalement justifiée et accompagnée de garanties procédurales, tout en restant, quant à sa mise en œuvre, dans des limites ne conduisant pas à des traitements inhumains et dégradants tandis qu'une grève de la faim menant au décès ne relève pas de l'article 3 de la Convention car des soins médicaux suffisants, notamment

[993] *Op. cit.,* paragraphe 98.
[994] 19 juin 2007, requête n°12066/02.
[995] *Op. cit.,* paragraphe 18.
[996] *Op. cit.*, paragraphe 89.
[997] 31 mars 2009, requête n0 1639/03.

l'administration de vitamines ainsi que l'hospitalisation de l'individu, avaient été prodigués à la personne détenue. En outre, la Cour européenne relève expressément dans l'arrêt Horoz que l'on ne pouvait critiquer les autorités « d'avoir accepté le refus clair de toute intervention de M. Horoz, alors que son état de santé menaçait sa vie »[998]. Selon Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « cette formulation mérite une attention particulière car elle évoque invinciblement la notion d'autonomie personnelle, même si elle ne reprend pas expressément l'expression, même si elle ne s'appuie sur aucun des arrêts célèbres qui ont consacré la notion. L'arrêt Horoz revient en effet à affirmer que l'on ne peut pas reprocher à l'État d'avoir respecté l'autonomie personnelle d'un gréviste de la faim qui, en définitive, répondait exactement aux vues de l'arrêt K.A. et A.D. c/ Belgique du 17 février 2005 suivant lequel le droit de disposer de son corps fait partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle et peut inclure la faculté pour chacun de s'adonner à des activités perçues comme étant physiquement dommageables ou dangereuses pour sa personne »[999]. La Cour européenne a maintenu cette solution, notamment dans un arrêt Rappaz contre Suisse du 26 mars 2013[1000].

846. La France adopte une attitude juridiquement analogue puisque, selon l'article D 364 du Code de procédure pénale, si un détenu se livre à une grève de la faim, il ne peut être traité sans son consentement, sauf lorsque son état de santé s'altère gravement et seulement sur décision et sous surveillance médicales. Nicolas BOURGOIN et Caroline GIRARD écrivent que « le refus d'aliments en prison est considéré comme un mode de revendication efficace et de nature à impressionner l'administration qui voit sa responsabilité engagée vis-à-vis du détenu dont elle a la garde sans toutefois pouvoir employer à son encontre des mesures coercitives pour le forcer à se sustenter, sauf si sa survie immédiate est en jeu. (...) Pour les grèves de la faim, la cause la plus fréquente est d'ordre judiciaire[1001] (...) (près de la moitié des cas) (...) : le refus d'aliment

[998] *Op. cit.*, paragraphe 28.
[999] Jean-Pïerre MARGUÉNAUD, *La mort du détenu gréviste de la faim*, RSC 2009, page 651.
[1000] Requête n°73175/10 : « Concernant le cas spécifique des détenus qui mettent volontairement leur vie en danger en entamant une grève de la faim, la Cour rappelle que des faits suscités par des actes de pression envers les autorités ne sauraient entraîner une violation de la Convention, dans la mesure où ces autorités ont dûment examiné et géré la situation (…). Il en va notamment ainsi lorsqu'un détenu en grève de la faim refuse clairement toute intervention, alors même que son état de santé menacerait sa vie (…). Enfin, la Cour rappelle que lorsqu'elle examine s'il existe un lien de causalité entre le décès d'un détenu en grève de la faim et le refus des autorités de le libérer, elle regarde si, en milieu carcéral, l'intéressé a été privé des soins médicaux dont il aurait pu bénéficier en liberté. (…)On ne peut donc pas reprocher aux autorités nationales de ne pas avoir dûment examiné et géré la situation comme l'exigeait l'article 2 de la Convention (…) et leur volonté de préserver la vie du requérant ne saurait être mise en doute. Au surplus, il n'est nullement établi que, pendant son hospitalisation à l'Hôpital Universitaire de Genève, le requérant ait été privé des soins dont il aurait pu bénéficier s'il avait entamé une grève de la faim en liberté (…) ». Sur cet arrêt, lire Tennesse SOUDAIN, Recours contre la décision de maintien en détention d'un condamné en grève de la faim, Dalloz Actualités 22 mai 2013.
[1001] Cette appréciation est confortée par la lecture des décisions de la Commission de réparation des détentions, notamment celle du 6 octobre 2005, pourvoir n° 03-CRD 008 : « Attendu que la détention de M. Alain X... a duré

est alors entrepris pour appuyer une demande de mise en liberté provisoire, pour protester contre les modalités de l'arrestation, contre le chef d'inculpation ou contre une décision du juge, pour diminuer les lenteurs de l'instruction ou accélérer la procédure »[1002]. C'est la seule manière pour la personne détenue, qui est privée de sa liberté d'aller et de venir et donc de sa liberté d'action, de retrouver une emprise sur la procédure le concernant, et en quelque sorte sur sa vie elle-même. La libre disposition de soi apparaît respectée par la France car ce n'est que dans l'hypothèse où l'état de santé de l'individu concerné s'altérerait gravement que des soins doivent être prodigués. L'ordre public de direction de la personne n'intervient qu'en dernier recours pour sauver la vie de la personne incarcérée. Et quand bien même lesdits soins seraient insuffisants, malgré la diligence des médecins, la Cour européenne des droits de l'homme ne condamnerait pas la France, comme elle n'a pas sanctionné la Turquie.

847. En conclusion, il convient de poser un postulat du respect de la volonté librement exprimée par une personne majeure douée de discernement, tout en ménageant des exceptions d'ordre public dès lors que l'intention de l'intéressée n'est plus respectée. Il en résulte que l'abandon de l'élan vital au profit de la religion, exprimé par les Témoins de Jéhovah ne devrait pas être ignoré. En revanche, les grévistes de la faim, qui ont pour intention première d'améliorer leurs conditions d'existence à l'aide du seul moyen de protestation à leur disposition, doivent être préservés de la mort à laquelle conduit l'absence voulue de nourriture et d'eau, car, une fois de plus, l'intention première des personnes incarcérées n'est pas d'abandonner tout espoir de vivre.

848. Il résulte du raisonnement mené au travers de ce chapitre que l'ordre public de direction de la personne permet tout d'abord de mieux comprendre les solutions jurisprudentielles appliquées aux performances artistiques extrêmes d'une part, et aux pratiques sadomasochistes d'autre part. Si l'utilisation de son corps dans le cadre de l'Art n'est pas contraire au Bien commun, la prévalence de l'argent sur le caractère sacré de la mort contrevient à ce même Bien commun car elle n'est pas conforme aux valeurs d'égalité et de fraternité que ce dernier véhicule. L'on doit donc construire des réponses proportionnées en fonction des circonstances de l'espèce : l'homme est libre de disposer de son corps à des fins artistiques, à la condition de

34 mois ; que celui-ci a subi durant l'incarcération une importante souffrance morale qui s'est traduire par une grève de la faim ; qu'il s'est également trouvé dans l'impossibilité de se rendre aux obsèques de son père ; qu'il résulte par ailleurs des déclarations de M. Alain X... à l'audience qu'il a été antérieurement été incarcéré à deux reprises ; qu'en l'état de l'ensemble de ces éléments, une indemnité de 25.000 euros assurera la réparation intégrale du préjudice moral ».

[1002] Nicolas BOURGOIN, Caroline GIRARD, *Les automutilations et les grèves de la faim en prison*, RSC 2000. 657.

respecter le Bien commun, ce qui n'est pas le cas de toutes les manifestations de l'Art. De la même manière, l'on gagne à appliquer le principe de proportionnalité in concreto au sadomasochisme. A défaut d'être compris, ces derniers doivent se voir reconnaître une libre disposition de leur corps, sous réserve que les relations sexuelles ne dérivent pas vers des actes de tortures et de barbarie. L'ordre public de direction de la personne n'interviendra que dans cette dernière hypothèse.

849. Il existe encore des combats à mener pour que soit reconnue la libre disposition de soi au profit des prostitués qui se disent volontaires, des femmes qui veulent par amitié porter l'enfant d'une autre, ou des Témoins de Jéhovah dont la foi mène à la mort. L'application de l'ordre public de direction de la personne permettrait de cantonner la liberté dans des limites humainement acceptables, de condamner la prostitution subie sous le joug des proxénètes, de ne pas autoriser que la gestation pour autrui se fasse dans des conditions mercantiles, ou que des détenus grévistes de la faim soient laissés pour morts. Une fois de plus, l'ordre public de direction de la personne, au travers de son application proportionnée aux circonstances de l'espèce, et déterminé par l'objectif du Bien commun permettrait d'adopter des solutions nuancées, respectueuses de la complexité de la psyché humaine, sans brimer son expression.

850. L'ordre public de direction de la personne doit s'appliquer à la personne dans sa conception classique, mais il convient à présent d'œuvrer dans un domaine projectif : le transhumain.

CHAPITRE II

L'APPLICATION DANS UNE CONCEPTION TRANSHUMANISTE DE LA PERSONNE

851. « Apparu en Europe du Nord et aux Etats-Unis il y a plus de trente ans, le transhumanisme est un mouvement philosophique et scientifique qui veut utiliser tous les moyens mis à la disposition de l'homme par la technologie, pour améliorer l'espèce humaine, augmenter ses facultés de perception, de cognition, de réflexion, de performance, et en finalité faire naître le posthumanisme. (...) Si l'on veut vraiment dater la naissance de ce mouvement, il faut retenir l'année 1957 avec les débuts de la cyberculture américaine, lorsque Julian HUXLEY (frère d'Aldous HUXLEY), utilise pour la première fois le terme « transhumain » pour définir un homme souhaitant dépasser ses propres limites, pouvant s'améliorer grâce à la science et la technologie (...) »[1003].

852. A suivre les chantres du transhumanisme, les hommes seraient à l'orée d'une nouvelle ère pour l'espèce humaine, celle où l'individu, bien plus qu'un possesseur et maître de la nature, sera le souverain de sa propre constitution physique et intellectuelle. Ce dernier vivrait donc sous le signe d'une totale libre disposition de lui-même. L'être humain est ici vu comme une simple étape dans la marche glorieuse vers le posthumain amélioré, immortel et finalement parfait, qui ne sera plus un produit de la nature mais l'enfant de la technique à laquelle il aura abandonné sa disposition de lui-même. « Le transhumanisme est porté par l'idée d'une révolution de l'humain lui-même. A la place des révolutions sociales, politiques ou économiques viendrait une radicale mutation de l'humanité rendue possible – ou inéluctable - par la technologie »[1004].

853. Le mouvement du transhumanisme qui tend à l'avènement du posthumain n'est pas homogène mais est constitué de plusieurs mouvements distincts. Les clonage tirent leur nom du mot « extropie » qui s'oppose à l'entropie, définie comme un état de désordre, de désorganisation et de déclin, « en quoi [le mouvement] entend indiquer que le projet transhumaniste repose sur la conviction qu'un progrès sans fin, qu'une perfectibilité illimitée

[1003] Béatrice JOUSSET-COUTURIER, *Le transhumanisme. Faut-il avoir peur de l'avenir ?*, Groupe Eyrolles (2016), pages 11-12.
[1004] Monique ATLAN, Roger POL-DROIT, *Humain. Une enquête philosophique sur ces révolutions qui changent nos vies,* Flammarion (2012), page 102.

de l'espèce humaine, est à la fois possible et souhaitable »[1005]. Max MORE en est le principal représentant. Il est l'auteur d'un écrit intitulé « Principes extropiens 3.0 », selon lesquels les extropiens « met[tent]en question le caractère inévitable du vieillissement et de la mort, (...) cherch[ent] à améliorer progressivement [les] capacités intellectuelles et physiques, et à [se] développer émotionnellement. [Ils] vo[ient] l'humanité comme une phase de transition dans le développement évolutionnaire de l'intelligence. [Ils] défend[ent] l'usage de la science pour accélérer [le] passage d'une condition humaine à une condition transhumaine, ou posthumaine». Max MORE poursuit en écrivant que « les extropiens contestent les affirmations traditionnelles selon lesquelles nous devrions conserver la nature humaine inchangée, de façon à nous conformer à la « volonté de Dieu » ou à ce qui est considéré comme « naturel ». Comme nos cousins intellectuels, les humanistes, nous recherchons le progrès constant dans toutes les directions. (...) Nous défendons l'utilisation de la science et de la technologie pour éradiquer les contraintes pesant sur la durée de vie, l'intelligence, la vitalité personnelle et la liberté ». Il affirme enfin que « les extropiens sont des individualistes rationnels, qui vivent selon leur jugement, faisant des choix réfléchis et renseignés, tirant profit tant du succès que de l'imperfection »[1006].

854. Que retenir de cet abstract ? Les tenants de cette ligne ont la conviction, voire la foi que la technique constitue la solution permettant d'augmenter la réalité humaine, de telle sorte que les problématiques actuelles, tant environnementales que politiques, seront résolues[1007]. Chacun doit être libre de modifier sa constitution physique à sa guise, aucune contrainte, ni aucune limite en ce domaine n'étant tolérées. L'état actuel de l'Homme ne serait qu'une transition vers un stade plus évolué, en termes qualitatifs. La libre disposition de soi amènerait donc une sensible amélioration de l'homme.

855. Surpassant les Extropiens dans leurs extrapolations futuristes, viennent ensuite les tenants de la « Singularité ». Selon cette théorie, au fondement de laquelle se trouve la loi de

[1005] Luc FERRY, *La révolution transhumaniste. Comment la technomédecine et l'uberisation du monde vont bouleverser nos vies,* Plon (2016), Page 43.
[1006] http://editions-hache.com/essais/more/more1.html
[1007] Voir Béatrice JOUSSET-COUTURIER, *Le transhumanisme. Faut-il avoir peur de l'avenir*, Groupe Eyrolles (2016), page 32-33 : les Extropiens « souhaitent à terme intégrer leur technologie intelligente en eux-mêmes dans une synthèse posthumaine qui amplifiera nos capacités et étendra notre liberté. L'usage intelligent de la biotechnologie et de la nanotechnologie, ainsi que l'ouverture de nouveaux territoires dans l'espace, pourrait entre autres résoudre les problèmes de pénurie, surpopulation, d'impact sur l'environnement.

Moore[1008], viendra très prochainement le jour où les intelligences artificielles deviendront parfaitement autonomes, à l'instar de l'Humain et surpasseront même ce dernier. La seule solution pour l'Homme, aux fins de survivre en de telles circonstances, consistera soit à fusionner avec la machine, soit à se faire transplanter le cerveau dans l'espace virtuel du disque dur d'un ordinateur. C'est ce que propose Ray KURZWEIL, actuellement employé par la société Google aux fins de se consacrer au développement de l'intelligence artificielle. « Ray KURZWEIL (...) parle en ces termes : « La technologie se nourrit d'elle-même et va de plus en plus vite. Le rythme des changements sera rapide donc très difficile à suivre à moins d'améliorer notre propre intelligence en la fusionnant avec la technologie intelligente qu'on est en train de créer. Cela sera une transformation si profonde qu'on a emprunté ce terme à la physique : on l'a appelé la Singularité »[1009]. La libre disposition de soi amène ici une transformation radicale de l'être humain, pour le plus grand bonheur supposé de ce dernier.

856. « Alors que, dans le premier transhumanisme [des Extropiens], il ne s'agit en principe « que » de rendre l'humain plus humain, ce deuxième trans/posthumanisme repose au contraire sur l'idée (...) que des machines dotées d'une intelligence artificielle dite « forte » (...) vont l'emporter bientôt sur les êtres biologiques, car ces machines ne se contenteraient pas d'imiter l'intelligence humaine, mais seraient dotées de la conscience de soi et d'émotions, devenant ainsi parfaitement autonomes et pratiquement immortelles. (...) Où l'on voit que ce second transhumanisme est véritablement un posthumanisme, puisqu'il plaide, non pour une simple amélioration de l'humanité actuelle, mais pour la fabrication d'une tout autre espèce, d'une espèce qui, à la limite, n'aura plus grand-chose à voir avec la nôtre »[1010]. On en retrouve

[1008] Monique ATLAN, Roger-Pol DROIT, *Humain, une enquête philosophique sur ces révolutions qui changent nos vies*, Flammarion (2012), page 93 : « Il n'y a rien de miraculeux ni de surnaturel, pour les transhumanistes, dans leurs prévisions fantastiques. Uniquement la croissance exponentielle de la puissance technologique. Pour cela, ils se fondent notamment sur la loi de Moore, du nom du cofondateur de la société Intel, Gordon Moore, qui constatait dès 1965 que la puissance de calcul des ordinateurs allait doubler tous les dix-huit mois environ ».

[1009] Béatrice JOUSSET-COUTURIER, *Le transhumanisme. Faut-il avoir peur de l'avenir ?,* Eyrolles (2016), page 60.

[1010] Luc FERRY, *La révolution transhumaniste,* Plon (2016), page 50. Voir également Jean-Yves GOFFI, *Chapitre 1. Nature humaine et amélioration de l'être humain à la lumière du programme transhumaniste*, Journal International de Bioéthique, 2011/3 (Vol. 22), p. 18-32. DOI : 10.3917/jib.222.0018. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-journal-international-de-bioethique-2011-3-page-18.htm : « Au total, il est possible de discerner dans la mouvance transhumaniste au moins deux ambitions extrêmement différentes. Selon la première, il convient de transcender les limites qui sont celles de l'humanité actuelle en allant au-delà de son héritage biologique. Le destin de l'humanité consisterait alors à faire place à des formes d'existence mal définies, mais qui n'auraient plus grand chose d'humain, au sens couramment donné à ce terme. De fait, ces transhumanistes prônent la disparition de l'humanité comme étape dépassée de l'évolution. C'est une version suicidaire ou génocidaire du mouvement. Pas étonnant, donc, que dans ces conditions les critiques se soient déchaînées. Mais une seconde ambition est bien différente : elle vise à développer au maximum les potentialités humaines et s'inscrit dans le droit fil de l'humanisme classique ».

l'influence dans les écrits d'autres auteurs transhumanistes, au rang desquels James HUGUES, lequel compare les neurones au « hardware » et la conscience humaine au « software »[1011].

857. Faut-il se réjouir ou craindre une telle évolution ? Il s'agit en effet non seulement d'un changement de civilisation, mais également de l'avènement d'une nouvelle forme de vie, supposément fondée sur une totale libre disposition de soi. « Après avoir modifié l'environnement pour l'adapter à notre condition humaine, on modifie aussi notre nature – organisme, tissus, gènes- pour l'adapter à nos projets : et tandis que semble nous échapper la maîtrise du monde, des flux et des climats, l'idéal cartésien d'être comme « maîtres et possesseurs de la nature » semble se reporter sur le corps humain »[1012].

858. Transhumanisme et libre disposition de soi paraissent donc marcher main dans la main, se dirigeant vers une société du bonheur contrôlée par la technique qui permet la réalisation de tous les désirs humains. Cette évolution doit néanmoins être analysée avec prudence car la technique, ambivalente et imprévisible, remet en question les fondements même de la personne humaine (Section I), ce qui amène à la nécessité de contrôler l'avènement du transhumain au moyen de l'ordre public de direction de la personne, sans lequel la psyché des individus demeurera asservie à la volonté d'autrui (Section II).

SECTION I LE TRANSHUMAIN OU LA DISPOSITION DE SOI DÉNATURÉE

859. Le mouvement d'amélioration de l'être humain est enclenché de longue date, depuis l'invention de la jambe de bois ou des paires de lunettes. Ces instruments ne constituent guère que les prémisses de l'amélioration d'un corps humain inadapté à son environnement. Aujourd'hui, « (...) l'alibi médical et son protocole compassionnel sont joués à fond (il en va pareillement avec les campagnes visant à « libérer » les recherches sur l'embryon humain et à dépénaliser l'euthanasie). Les éclopés servent à mettre un peu de cœur dans ce monde sans âme. Qui ne serait ému de voir des amputés équipés de prothèses bioniques pilotées par leur influx nerveux et des paraplégiques marcher à l'aide d'exosquelettes intelligents ? Qui aurait le front de protester contre l'implantation de puces électroniques dans le cerveau pour traiter des maladies neurologiques, semblables aux *brain pacemakers* déjà utilisés pour soigner des

[1011] James HUGUES, Citizen cyborg, Westview Press (2004), page 5 : « Even if it takes another decade ou two to make hardware as flexible as neurons, ans software as robust and complex as human consciousness, we will create human-level artificial intelligence before the moddle of this century ».
[1012] Bernadette BENSAUDE-VINCENT, *Les vertiges de la techno-science. Façonner le monde atome par atome,* La Découverte (2009), page 104.

parkinsoniens »[1013]. Le changement qui s'opère avec le transhumanisme est la volonté de modifier un corps qui ne présente aucune imperfection évidente. La libre disposition de soi semble donc pleinement consacrée puisque l'homme pourra modifier son corps et son cerveau dans un but d'amélioration de ses performances physiques ou intellectuelles.

860. Cet avènement de la liberté s'avère néanmoins un trompe-l'œil car la technique, ambivalente

861. et imprévisible, ne fait qu'asservir les actes humains à ses fins propres qui ne sont pas celles des individus concernés (§1). Ensuite, l'hubris humaine, prise au piège de la technique, paraît mener tout droit à une société liberticide et inégalitaire (§2).

§1 La dénaturation de la libre disposition de soi placée sous le boisseau de la technique incontrôlée

862. Selon Jacques TESTARD, « être transhumaniste, c'est d'abord revendiquer une technophilie sans mesure et sans recul critique. Les transhumanistes de toutes tendances acceptent comme forcément bénéfiques les innovations les plus controversées, même si elles sont sans rapport direct avec « l'augmentation » des hommes, telles que les plantes transgéniques ou l'industrie nucléaire »[1014]. Les transhumanistes rêvent donc d'un homme aux capacités intellectuelles et physique augmentées, sans se poser la question des conséquences néfastes de la libre disposition de soi à des fins d'amélioration. En effet, toute technique porte les signes de l'ambivalence (A) et d'une dangereuse imprévisibilité (B), ce qui doit amener à plus de précautions dans son utilisation. A défaut, la libre disposition de soi deviendra un asservissement pur et simple à la technique.

A. « L'ambivalence » de la technique :

863. Jacques ELLUL énonce que les effets de la technique sont toujours à la fois bons et mauvais. « L'exemple simpliste est bien connu, c'est la poudre à canon : les Chinois s'en sont servis uniquement pour des fusées d'artifice, mais elle contenait les potentialités que nous avons connues et qui ne pouvaient pas être négligées longtemps »[1015]. De même, les exosquelettes peuvent être utilisés pour permettre à une personne amputée des jambes de marcher de nouveau

[1013] Christian GODIN, *Le post-humain, la barbarie qui vient*, Cités, 2013/3 (n° 55), p. 79-93. DOI : 10.3917/cite.055.0079. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-cites-2013-3-page-79.htm
[1014] Jacques TESTARD, Agnès ROUSSEAUX, *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes*, Seuil (2018), page 133.
[1015] Jacques ELLUL, *Le bluff technologique*, Fayard (2012), page 90.

mais également pour équiper les soldats de demain, en les transformant en armes particulièrement létales. Une fois l'invention achevée, son devenir est susceptible de prendre plusieurs formes que ses auteurs n'avaient pas prévues. Ceci constitue, selon Jacques ELLUL, un effet inhérent à toute technique[1016]. La technique est donc un instrument dangereux, du fait de son devenir ambivalent.

864. La technique change en outre les hommes par l'utilisation qu'ils en font. En conséquence, ces derniers ne peuvent contrôler totalement la technique qu'ils utilisent et sont agis par elle plus qu'ils n'agissent grâce à elle. Dans ce cadre, laisser libre cours à la disposition de soi entraîne un danger d'aliénation puisque les hommes ne sont pas maîtres des conséquences de leur utilisation de la technique. La liberté de la disposition de soi est fictive, tant la technique domine les hommes plus que ces derniers ne la maîtrise.

865. Un exemple simple est celui du téléphone portable. Les hommes sont de fait devenus totalement dépendants de leurs smartphones, qui servent également à consulter l'heure, à vérifier l'état des comptes bancaires, à consulter l'agenda, à calculer le nombre de pas effectués dans une journée, à évaluer le nombre de calories dépensées ... Les smartphones fonctionnent dorénavant comme des espions de leur utilisateur, dévoilant des pans entiers de leur fonctionnement quotidien. La question se pose donc sérieusement de savoir si les utilisateurs ont conscience de l'emprise de la technique de téléphonie mobile sur leur vie. Le téléphone portable peut être analysé comme un instrument de libération, permettant aux individus de se déplacer plus librement sans perdre le contact avec leur famille et amis, mais également comme un instrument de domination puisque, sauf à éteindre l'appareil ce que personne ne fait jamais, ils sont tenus de répondre à tout moment et en tout lieu aux sollicitations de la sonnerie. La libre disposition de soi n'est qu'une façade permettant de camoufler l'asservissement de l'homme à la technique.

866. Est-ce une évolution souhaitable ? Elle est en tout cas biaisée car d'une part elle facilite nos habitudes de vie mais d'autre part, elle rend ces dernières plus superficielles. La parole donnée n'est par exemple pas forcément tenue puisque les paramètres d'un rendez-vous – l'heure, le lieu de la rencontre- peuvent être modifiés en quelques secondes par l'envoi d'un SMS alors qu'avant l'apparition du téléphone portable, la condition pour se retrouver tenait à

[1016] Jacques ELLUL, *Le bluff technologique,* Fayard (2012), page 93 : « Il ne dépend absolument pas de l'usage que nous faisons de l'outillage technique d'avoir des résultats exclusivement bons. En effet, dans cet usage même nous sommes non seulement orientés indirectement par cet appareillage lui-même, mais en outre adaptés en vue d'une meilleure utilisation de la technique grâce aux moyens psychologiques d'adaptation ».

une promesse fixe. Par ailleurs, un grand nombre de personnes se privent volontairement de leur intimité car elles envoient de multiples photographies et vidéos sur les réseaux sociaux, où elles sont dotées de nombreux « amis » qui s'avèrent être, pour la plupart d'entre eux, de simples connaissances à qui elles dévoilent pourtant leur quotidien le plus intime. Ainsi qu'ELLUL l'a justement écrit, la technique change les personnes, pour le meilleur mais aussi pour le pire. Et en extrapolant quelque peu, l'on peut imaginer un être humain totalement connecté, avec une puce intra-crânienne dans laquelle toutes les fonctions d'un smartphone seraient contenues. Que seraient alors l'individualité et la libre disposition de soi si ce n'est des notions totalement obsolètes ?

867. Par ailleurs, la technique est décrite comme ambivalente car elle fait disparaître des usages plus respectueux de l'environnement et parfois même, plus efficaces. Ainsi de l'agriculture industrielle actuelle qui consomme une calorie de combustible pour une calorie de nourriture produite. Jacques ELLUL note que « l'attelage de bœuf ou de chevaux consommait moins »[1017]. Une remarque identique peut être faite à propos des voitures sensément moins polluantes, utilisant l'électricité. Cependant, qui se pose la question de la provenance de cette énergie, produite grâce aux nombreuses centrales nucléaires françaises, dont l'enfouissement des déchets est plus que problématique ? L'on peut également se pencher sur le cas des téléphones portables, ou encore des tablettes, grands consommateurs de métaux rares pour lesquels l'approvisionnement sera de plus en plus difficile. Une libre disposition de soi dans un environnement totalement dégradé ne vaudra plus rien. Elle ne pourra que dépérir au profit de la satisfaction des besoins les plus élémentaires que sont la consommation d'eau et de nourriture. La libre disposition de soi, pour s'épanouir, nécessite la réunion de conditions de confort matériel. A défaut, les hommes ne pourront que consacrer toutes leurs énergies à survivre dans un environnement devenu hostile car stérile.

868. Nonobstant, les transhumanistes ne sont pas désarçonnés par ces constats. « Avec un certain culot, Technoprog reconnaît qu'une telle aggravation de la condition humaine est probable dans les prochaines décennies, mais en tire argument pour accélérer l'augmentation

[1017] Jacques ELLUL, *Le bluff technologique,* Fayard (2012), page 99.

de l'homme, afin qu'il devienne capable de mieux maîtriser les éléments ! »[1018]. Les transhumanistes soutiennent donc qu'il est nécessaire de reconnaître une totale disposition de soi aux fins de se transformer radicalement pour s'adapter aux nouvelles conditions de pollution. Pour autant, si la libre disposition de soi avait été cantonnée dans des limites raisonnables, si elle ne s'était pas laissée dominée par la technique ambivalente, l'environnement ne serait pas mis en danger et les hommes pourraient encore envisager d'en profiter. En d'autres termes, une totale disposition de soi, sans restriction aucune, aboutit à la catastrophe environnementale que l'on connaît actuellement.

869. Jacques ELLUL termine sa pensée sur l'absence de prise de conscience de ces phénomènes délétères. Il l'explique par le fait que les effets négatifs d'une technique n'apparaissent qu'après plusieurs années d'utilisation, et lorsqu'ils sont présents, « il n'est plus question de revenir en arrière. On sait maintenant que l'automobile est un enjeu à massacre (12 000 morts par an en France), cela ne peut pas enrayer la passion collective pour l'auto »[1019]. Une fois que la libre disposition de soi a ouvert de nouveaux champs d'action, les individus ne veulent pas y renoncer, quand bien même certains aspects des nouvelles technologies ont des effets dangereux pour la personne humaine et la nature. Or, une liberté sur laquelle on ne peut revenir n'est pas un réel instrument d'indépendance, mais au contraire un instrument d'asservissement. La libre disposition de soi ne peut donc que dépérir ou être dévoyée par la domination de la technique.

870. En définitive, le développement de la technique, dans la logique transhumaniste, pousse à inverser la chaîne logique reliant l'objet inventé et le but poursuivi. De nouveaux outils sont créés, non pas pour répondre à une demande des utilisateurs, mais c'est parce qu'ils ont été créés qu'ils doivent trouver un usage. « La « Recherche et Développement » produit continuellement de nouveaux procédés pour lesquels l'utilisation est ensuite découverte. On s'aperçoit quand on a l'instrument qu'on peut l'appliquer à telle ou telle situation, et bien entendu le coût considérable de la « Recherche et Développement » fait que l'on doit trouver

[1018] Jacques TESTARD, Agnès ROUSSEAUX, *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes*, Seuil (2018), page 236. Et encore, page 169 : « Les transhumanistes n'envisagent pas que la prévention des menaces qui pèsent sur l'environnement soit une priorité. (...) Pour prendre l'exemple de la fertilité masculine, une récente étude, confirmant les nombreux rapports antérieurs, démontre une baisse dramatique du nombre de spermatozoïdes, de 50-60%, entre 1971 et 2011 chez les hommes occidentaux. A ce rythme, les spermatozoïdes pourraient disparaître en 2060 ! L'explication la plus vraisemblable implique les pollutions chimiques. En l'absence de dispositions drastiques sur les polluants, c'est la technologie qui invente une parade : permettre la fécondation *in vitro* avec un seul spermatozoïde (...), pour pallier cette diminution effective de l'homme ! »

[1019] Jacques ELLUL, *Le bluff technologique,* Fayard (2012), page 157.

des applications utiles à ce qui est découvert. Dès lors, la solution excède le problème »[1020]. De manière similaire, les transhumanistes s'attellent à la tâche de convaincre les individus que leur corps est « déficient, ridiculement peu performant, qu'[ils] sont de pauvres choses qui réclament de toute urgence d'être améliorées »[1021]. Le corps humain devient un champ d'expérimentation dont on discerne mal les limites, pour servir à des usages que l'on n'a pas encore découvert.

871. Il résulte de ces lignes que la technique, du fait de son ambivalence, retourne la libre disposition de soi contre elle-même, la dénature et en fait un instrument d'asservissement de l'homme. Mais en sus d'être ambivalente, la technique est également imprévisible.

B. « L'imprévisibilité » de la technique

872. La disposition de soi abandonnée à une totale liberté, est mise en danger par l'imprévisibilité de la technique. Jacques ELLUL prend pour illustration la catastrophe nucléaire de Tchernobyl. Sa thèse peut être ainsi résumée : « l'industriel veut produire à tout prix, même en créant des risques graves. L'Etat veut protéger l'activité productive et refuse d'inquiéter les populations : donc, en chaque cas, il expliquera que « ce n'est pas grave ». Le citoyen ignore, est impuissant, et finalement accepte ce risque mal connu en compensation des plaisirs que lui distribue cette société technicienne. (...) Personne ne veut accepter cette idée que la technique nous a effectivement placés au milieu de centaines de volcans »[1022]. Si la disposition de soi n'admet pas de limites à son pouvoir, elle donnera naissance à une société technicienne aux conséquences dommageables imprévisibles.

873. Pour éviter une telle situation, Hans JONAS a œuvré pour la reconnaissance d'un principe de responsabilité face aux générations futures. L'homme, au travers de la technique, modifie son environnement dans des proportions jamais vécues jusqu'alors et qui produisent des effets sur plusieurs générations. Or, la « vulnérabilité » de la nature face à ce remodelage « fait apparaître au grand jour que non seulement la nature de l'agir humain s'est modifiée de facto et qu'un objet d'un type entièrement nouveau, rien de moins que la biosphère entière de la planète, s'est ajouté à ce pour quoi nous devons être responsables parce que nous avons pouvoir sur lui »[1023]. En conséquence, face à l'incertitude qui frappe le devenir des productions techniques humaines, il convient de s'abstenir de continuer dans la voie de la découverte

[1020] Jacques ELLUL, *Le système technicien* (1979), cité par Olivier REY, *Leurre et malheur du transhumanisme*, Desclée de Brouwer (2018), page 72.
[1021] Olivier REY, *op.cit.*, page 74.
[1022] Jacques ELLUL, *Le bluff technologique,* Fayard (2012), page 198.
[1023] Hans JONAS, *Le principe responsabilité*, Flammarion (2009), page 31.

échevelée, dans le développement illimité de la libre disposition de soi, sous peine de déclencher des cataclysmes irréparables. En effet, « les œuvres possibles de la technologie en comportent certaines qui, par effet cumulatif, possèdent précisément cette ampleur et cette profondeur englobantes [qui pourraient détruire l'humanité], à savoir qu'elles peuvent mettre en danger soit l'existence tout entière, soit l'essence tout entière de l'homme dans le futur »[1024]

874. Hans JONAS réitère que les hommes ont un devoir envers la Nature car elle est soumise à leur pouvoir, de la même façon que le futur des enfants à venir dépend de l'agir humain actuel. Cette position intellectuelle revient à « étendre la reconnaissance de « fins en soi » au-delà de la sphère de l'homme et à intégrer cette sollicitude dans le concept du bien humain »[1025]. Hans JONAS explicite finalement sa pensée en écrivant qu' « un impératif adapté au nouveau type de l'agir humain et qui s'adresse au nouveau type de sujets de l'agir s'énoncerait à peu près ainsi : « Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la Permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre » »[1026]. Il s'agit là d'un véritable appel à la limitation de la disposition de soi, laquelle, si elle devait être laissée totalement libre, changerait la nature même de l'homme.

875. En effet, la technique comporte une dose d'imprévisibilité qui justifie que les scientifiques ne progressent que pas à pas, avec prudence. Des limites existent. L'atteinte à ce qui fonde l'être humain a ainsi justifié l'interdiction du clonage, clairement énoncée à l'article 16-4 du Code civil[1027]. Objectivement parlant, les avancées de cette technique auraient pourtant pu apporter un remède à des maladies actuellement létales, ou encore constituer des réserves d'organes à leur auteur. Mais, ainsi que le souligne le CCNE, « ê*tres humains psychiquement individualisés comme des personnes singulières malgré leur similitude génétique, ils seraient cependant vus -au sens propre et figuré- comme des répliques à l'identique les uns des autres et de l'individu cloné dont ils seraient effectivement la copie. Ainsi serait minée la valeur symbolique du corps et du visage humains comme supports de la personne dans son unicité. A la différence de Dolly, des clones humains sauraient qu'ils sont des clones ; ils se sauraient aussi reconnus tels par autrui. Comment ne pas voir l'intolérable chosification de la personne que recèlerait une telle situation ?* » »[1028]. L'homme ne peut donc totalement disposer de son capital génétique personnel et créer un clone, que le but recherché soit de se constituer une

[1024]Hans JONAS, *Le principe responsabilité*, Flammarion (2009), page 83.
[1025]Hans JONAS, *Le principe responsabilité*, Flammarion (2009), page 34.
[1026]Hans JONAS, *Le principe responsabilité*, Flammarion (2009), page 40.
[1027]« Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée ».
[1028]CCNE, avis n°54, 22 avril 1997.

réserve d'organes à des fins d'immortalité, ou de créer un être à sa parfaite ressemblance, dans un but de réassurance.

876. Ces limites aux avancées techniciennes n'apparaissent néanmoins pas suffisantes pour cantonner les théories scientifico-juridiques dans des limites acceptables. Ainsi, certains sont-ils favorables à la reconnaissance d'une personnalité juridique en faveur des robots[1029]. Il convient ici de citer le « professeur Jean Didier VINCENT [qui] résume l'inquiétude mêlée de fascination qu'engendre le progrès : (…) Longtemps, l'homme a été le modèle de la machine. Aujourd'hui la machine est le modèle de l'homme. L'enjeu n'est donc plus d'imiter la nature mais de créer une nouvelle nature »[1030]. L'on peut donc imaginer dans un futur proche, l'avènement d'un cyborg particulier, plus machine que homme. Un travail juridique doublé d'un choix de société devra alors être accompli pour déterminer si ces nouveaux êtres peuvent se voir doter de la personnalité juridique. Une telle démarche comporte le risque de rendre la frontière entre le vivant et le mécanique très voire trop floue[1031]. Ce serait risquer de perdre l'humain et de l'inféoder à une technique toujours plus imprévisible. La libre disposition de soi doit en conséquence trouver des limites juridiques, que la technique ne lui impose nullement, cette dernière l'incitant au contraire à pousser toujours plus loin les frontières de l'acceptable.

877. En conclusion de ce paragraphe, la disposition de soi, si elle était laissée à une totale liberté, aboutirait à un asservissement de l'homme à la technique que ce dernier ne peut véritablement contrôler du fait de l'ambivalence et de l'imprévisibilité de celle-ci. De l'union intime de l'homme et de la machine aux organismes végétaux génétiquement modifiés, en passant par le choix des caractéristiques de l'embryon, le champ d'application potentiel de la

[1029] Contra Magali BOUTEILLE-BRIGANT, *Intelligence artificielle et droit : entre tentation d'une personne juridique du troisième type et avènement d'un « transjuridisme »,* Les Petites affiches, 27 mars 2018, n°62, page 7. Grégoire LOISEAU, La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique, La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 28 Mai 2018, 597. Lire également Xavier LABBÉE, *La fin du monde, la fin du droit ou la transition juridique ?*, Dalloz 2019, page 78: « L'arrivée de l'humanoïde brouille plus profondément les pistes : nous passons tous les jours des actes juridiques par l'intermédiaire de robots dotés d'une intelligence faible : la pompe à essence qui parle, prend la commande et rend la monnaie n'est pourtant qu'un instrument par lequel on traite une opération avec le commerçant qui en est propriétaire. Et il ne vient à l'idée de personne d'épouser une pompe à essence. La venue du robot autonome doté d'une intelligence forte, qui parle plusieurs langues et peut bâtir un raisonnement, est beaucoup plus troublante et si ce robot a une forme humaine et accomplit de surcroit des prouesses sexuelles... l'illusion est alors totale : on parle « d'épouser une femme robot » ».

[1030] Xavier LABBÉE, *L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques*, Petites affiches, 27 mai 2011, n°105, page 7.

[1031] Sur ce point, lire Xavier LABBEE, *L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques*, Petites affiches, 27 mai 2011, n°105, page 7 : « Nous comprenons que plus les sciences se développeront, plus la distinction des personnes et des choses sera mise à l'épreuve. Et plus on cherchera à la brouiller. Nous pensons qu'il faut en permanence garder en tête que le corps, même amélioré, n'est que l'accessoire de la personne et pas l'inverse. Et qu'il est temps sans doute, que les juristes puissent tenter de donner des réponses aux problèmes posées par les nouvelles technologies ».

libre disposition de soi est à la fois vaste et considérablement dangereux, d'autant que la technique ne cesse de faire reculer les limites de l'impossible.

§2 La conséquence : la remise en question de la personne humaine

878. L'argument très largement utilisé par les transhumanistes pour justifier leur intervention sur l'homme est la prochaine dégénérescence de ce dernier. « Maintenant que cette mortalité infantile est quasi-éliminée dans les pays relativement riches, la sélection naturelle – et cruelle – ne « purifie » plus le patrimoine génétique de ses faiblesses génétiques (...). Seule une amélioration humaine de son propre génome (oui, par la modification génétique) pourra pallier, à long terme, la dégradation probable ou inéluctable de son patrimoine »[1032].

879. En conséquence, le point commun des courants transhumanistes est la foi en une évolution nécessaire et irrésistible de la technologie, et notamment de l'intelligence artificielle, laquelle permettra de réparer le corps humain à l'aide de nanotechnologies[1033], de techniques de médecine prédictive[1034]. Elle pourra, in fine, transformer ce corps imparfait et trop faible. Pour les plus optimistes, ou les plus candides, la progression de la technologie ira de pair avec celle de la démocratie, de l'égalité et de la sagesse de tous[1035].

880. Mais ce mythe en restera un car les propos des plus libertaires des transhumanistes laissent entrevoir une société de castes, brisant le sens de la devise républicaine française de liberté (A) et d'égalité (B).

A. Les atteintes au principe de liberté :

881. Le transhumanisme dans son ensemble constitue un individualisme forcené[1036], selon lequel il ne serait pas admissible de poser des limites au désir humain. La libre disposition de

[1032]Pièces et main d'oeuvre, *Manifeste des chimpanzés du futur. Contre le transhumanisme,* Edition Service Compris (2017), pages 28-29.
[1033]James HUGUES, *Citizen cyborg*, Westview Press (2004), page 6 : « En extrapolant à partir de nos rapides progrès dans le domaine de la miniaturisation des puces d'ordinateurs, dans quelques décennies, nous serons en capacité de construire des robots de la taille de virus, portant en leur sein de l'informatique, des télécommunications (...). De vastes quantités de nanorobots pourront être cultivés et insérés pour se promener dans nos corps, insérant des gènes, éliminant des cancers et interagissant avec nos cerveaux » (notre traduction).
[1034]Jean-Michel BESNIER, *D'un désir mortifère d'immortalité. À propos du transhumanisme*, Cités, 2013/3 (n° 55), p. 13-23. DOI : 10.3917/cite.055.0013. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-cites-2013-3-page-13.htm : « (....) « l'homme augmenté », dont les milieux médicaux acceptent de plus en plus le nom et la représentation, bénéficiera bientôt d'organes de rechange grâce à la mise en culture de ses cellules souches qui permettra à son organisme de recevoir un renouvellement continué ».
[1035]James HUGUES, *Citizen cyborg,* Westview Press (2004), page 42 : « (...) En même temps que l'intelligence croîtra, la démocratie se répandra. Plus intelligents seront les citoyens, plus ils seront en capacité d'évaluer leurs propres intérêts, de comprendre le processus politique et de s'organiser en fonction de ces données. Une citoyenneté toujours plus intelligente correspondra à une société moins autoritaire (...). Démocratie et technologie

soi devrait donc s'épanouir dans un tel contexte, où tous ceux qui détiendront les moyens financiers de modifier leur corps ou ceux de leurs enfants devront s'en voir octroyer le droit absolu. Ainsi que l'a écrit Béatrice JOUSSET-COUTURIER, « le citoyen transhumain est un être autonome qui n'appartient à personne d'autre que lui-même, qui décide seul des modifications qu'il souhaite apporter à son cerveau, à son ADN ou à son corps, au fil des avancées de la science, considérant que la maladie et le vieillissement ne sont pas une fatalité. La domestication de la vie pour augmenter nos capacités est l'objectif central, et l'humanité ne devrait avoir aucun scrupule à utiliser toutes les possibilités de transformation offertes par la science »[1037]. Quant à Gilbert HOTTOIS, il énonce qu' « au cœur des valeurs transhumanistes se trouve l'autonomie de la personne, libre aussi de modifier son corps, car la personne ne s'identifie pas à une morphologie particulière et contingente. Ce droit fondamental inclut l'autonomie parentale, la liberté des choix procréatifs »[1038]. Dès lors que la technique donne aux hommes les moyens d'améliorer leur métabolisme, aucun principe supérieur ne saurait les en empêcher. Les transhumanistes réfutent donc en toute logique une quelconque intervention de l'ordre public et appellent de leurs vœux l'avènement d'une société dominée par une disposition de soi aux apparences de liberté et d'égalité.

882. Néanmoins, l'évolution incontrôlée de la technique qui s'engouffre dans de nombreuses attentes névrotiques, rend le consentement aux changements de son propre corps, douteux. Par ce biais, la liberté est remise en question puisque les hommes ne modifient pas leur nature physique et mentale en toute connaissance de cause. La libre disposition de soi devient en définitive un vain mot, attendu que les personnes ne consentent pas de manière consciente et réfléchie aux modifications de leur corps et de leur psyché.

883. Par exemple, aux fins de répondre aux canons de beauté des modes successives, de nombreuses personnes ont recours à des opérations de chirurgie esthétique visant à modifier

---

vont améliorer l'intelligence humaine et cette amélioration encouragera la liberté, la démocratie et l'innovation dans de nouvelles technologies » (notre traduction).

[1036]Céline LAFONTAINE, *La société post-mortelle*, Seuil (2008), page 182: Selon Aubrey de Grey, « si l'on donne le choix aux individus de vivre éternellement ou de se reproduire, la grande majorité opterait pour l'immortalité. Même s'il s'agit d'une pure spéculation, ces propos traduisent l'individualisme narcissique qui tend à s'affirmer dans notre société, où la mort elle-même est vue comme un choix ».

[1037]Béatrice JOUSSET-COUTURIER, *Le Transhumanisme. Faut-il avoir peur de l'avenir ?,* Eyrolles (2016), page 40. Voir également Laurent ALEXANDRE, *Transhumanisme versus bioconservateurs*, Les Tribunes de la santé, 2012/2 (n° 35), p. 75-82. DOI : 10.3917/seve.035.0075. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-les-tribunes-de-la-sante-2012-2-page-75.htm : « La démocratie radicale dans laquelle souhaite vivre le transhumaniste est une société qui ne bride ni les libertés individuelles, ni la volonté de chacun d'augmenter son potentiel. La technologie est un moyen d'échapper à la tyrannie du destin, de la nature et de la condition sociale. (...) ».

[1038]Gilbert HOTTOIS, *Le transhumanisme est-il un humanisme ?*, Académie Royale de Belgique (2014), page 37.

leur apparence, sans que leur corps ne soit affecté d'un quelconque handicap. En ce domaine, il n'apparaît que trop évident que certains médecins ne jouent pas leur rôle de régulateur des névroses de leurs patients qui les sollicitent sans cesse dans le but de modifier une apparence physique dont ils ne sont jamais satisfaits, étant eux-mêmes accaparés par une quête désespérée d'un Graal de la beauté. « Certains sujets, demandeurs de correction corporelle, sont dans une quête désespérée d'une image interne. Dans une illusion colossale, ils s'imaginent pouvoir «créer» celle-ci, comme par auto-engendrement, grâce à la transformation d'une forme corporelle qui pourrait enfin «prendre corps ». Les sujets attendent un gain narcissique de cette chirurgie et caressent inconsciemment l'espoir de renforcer, de revitaliser leur moi peu consistant, voire, parfois, de permettre à celui-ci, tout simplement, de prendre forme »[1039].

884. Où l'on constate que le désir de disposer librement de son corps n'est pas anodin et révèle parfois un manque affectif criant. Le transhumanisme nourrit pourtant cette quête en « mobilisant une conception de la nature humaine marquée du sceau de l'imperfection. Les transhumanistes pensent en effet l'idée de perfectibilité sur fond d'une dévalorisation complète de l'être humain et de son corps. Pour eux, « le biologique témoignerait d'une « infirmité » dont il faudrait s'émanciper au plus vite. Il s'agirait dès lors d'arracher l'être humain à toute condition biologique en vue de créer un nouvel homme, aux capacités physiques, intellectuelles et émotionnelles décuplées »[1040]. Toutefois, l'homme est ancré dans une enveloppe biologique qui a sa propre logique et que l'on ne saurait modifier sans danger pour l'intégrité de la psyché humaine. Laisser les hommes décider de modifications corporelles sans imposer de limites pourrait entraîner la perte de la liberté et de l'identité humaine car le transhumanisme crée des êtres qui ne supportent plus la frustration. Ceux-ci veulent librement disposer d'eux-mêmes et ne se rendent plus compte que leur consentement aux modifications corporelles n'est plus sain et avisé.

885. Peut-on en effet considérer que le consentement à une énième transformation corporelle est libre et éclairé ? Les personnes considérées sont véritablement enchaînées à leur addiction à la Beauté. Ce type de comportement a sans nul doute possible toujours existé, mais alors les individus concernés devaient se contenter de se farder et de s'habiller selon leur convenance. Le basculement qui s'est à présent opéré est tout simplement que la personne concernée a la

[1039]Françoise BRULLMAN, *Anatomie d'une illusion : désir de chirurgie esthétique, psyché à corps perdu*, Revue française de psychanalyse, 2010/5 (Vol. 74), p. 1605-1610. DOI : 10.3917/rfp.745.1605. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-francaise-de-psychanalyse-2010-5-page-1605.htm
[1040]Nicolas LE DÉVÉDEC, *La société de l'amélioration. La perfectibilité humaine des Lumières au transhumanisme*, Liber (2015), page 198.

possibilité de modifier son propre corps de manière irréversible en vue de satisfaire sa névrose. Il ne s'agit pas ici de nier la réalité de la douleur éprouvée par la personne concernée. Il y a tout de même un vaste pas de franchi entre le moment où un individu consulte un chirurgien esthétique aux fins de changer une partie de son corps qui le complexe et le moment où ce même individu vient quémander les services de ce même chirurgien pour la troisième ou la quatrième fois. Le consentement perd alors sa consistance dans la boue névrotique et la personne est en fait agie par le milieu extérieur qui lui dicte ces changements corporels. Or, sans consentement libre et éclairé, la libre disposition de soi n'est plus qu'une coquille vide, un prétexte élaboré par les tenants du transhumanisme en vue de permettre l'autorisation illimitée de modifier le corps humain.

886. Le dopage intellectuel constitue également un domaine où, quand bien même l'individu s'y engage de manière volontaire, la liberté de son consentement peut être mise en doute. La prise de fortifiants et autres médicaments pour devenir plus performant dans le milieu professionnel ou des études est malheureusement devenue une pratique courante. « Si l'on s'efforce d'écarter le rideau qui recouvre le cabinet du médecin généraliste, il est assez évident qu'il se trouve régulièrement confronté à ce type de demande. « Je suis un peu fatigué en ce moment, car je travaille beaucoup, pouvez-vous me prescrire un fortifiant ? ». « Je dois passer des examens scolaires, il faut que je sois à mon meilleur niveau, pouvez-vous me donner quelque chose pour m'aider ? ». Dans de tels cas, la santé de la personne n'est pas en cause et le médicament répond à une contrainte extérieure »[1041]. Il s'agit ici en effet de répondre à la demande sociale d'ultra-performance et de perfection. Un autre exemple vient des Etats-Unis : « les soldats se sont longtemps vu offrir une médication à base d'amphétamine et de modafinil pour améliorer leur vigilance, et aux Etats-Unis ils sont même légalement tenus d'y recourir si cette médication est proposée dans le but d'améliorer leur performance militaire »[1042]. L'individu concerné est donc une fois de plus agi par son environnement et ne répond plus véritablement à une envie personnelle. Il dispose de lui-même pour répondre à des contraintes

[1041]Jérôme GOFFRETTE, *Naissance de l'anthropotechnie. De la médecine au modelage de l'humain,* Vrin (2008), page 55.
[1042]Henry GREELY *et al.* cité par Nicolas LE DÉVÉDEC, *La société de l'amélioration. La perfectibilité humaine des Lumières au transhumanisme,* Liber (2015), page 227.

extérieures et non pour contenter un besoin réellement personnel. La liberté du consentement s'est donc perdue en chemin.

887. Le système ultra-libéral veut les hommes utiles, donc efficaces. En revanche, la liberté n'est pas une condition de réussite du bon fonctionnement de la société. Les équipes dirigeantes souhaitent au contraire des citoyens dociles, prêts à tout pour augmenter leur rendement, même au prix de leur liberté. La manière dont fonctionne le marché à cet égard, ou tout du moins ce qu'en décrit Jérôme GOFFRETTE, est édifiante : « Comment procéder lorsqu'on veut mettre sur le marché un psychostimulant ? (...) Soit [l'industriel] développe officiellement le produit en avançant une indication médicale (par exemple « traitement de la maladie d'Alzheimer ») pour ensuite escompter un élargissement de la prescription au-delà de cette indication. Soit encore (...), les industriels créent une nouvelle maladie qui, officiellement, permet de métamorphoser des insatisfactions en syndromes pathologiques. L'exemple mis en avant est celui de l'AAMI , (...) « affaiblissement de la mémoire lié à l'âge » : ce syndrome a l'avantage d'être si large qu'il permet d'ouvrir des marchés bien plus vastes que celui de la maladie d'Alzheimer, par exemple »[1043]. Ainsi voit-on arriver sur le marché des médicaments qui sont à première vue curatifs mais qui constituent en fait des psychostimulants pour améliorer les performances individuelles. Dans un tel cadre, la question se pose sérieusement de déterminer si l'individu agit de son propre chef ou s'il est agi par le système qui prône l'efficacité à tout prix. De fait, la libre disposition de soi n'existe plus. Elle est remplacée par une course à la performance individuelle, fondée sur un consentement qui n'est ni libre, ni éclairé.

888. Les transhumanistes se contentent néanmoins de ce consentement de pure façade, sans se préoccuper du fait que l'idéal de bonheur, de sagesse et de sérénité diffère d'une personne à l'autre. Repoussant l'idée de limites à la disposition de soi, leur argument « tourne autour d'une idée simple que [l'on] peut synthétiser en « pourquoi pas si tout le monde y a droit ». (...) A partir d'un tel présupposé de départ, la logique du raisonnement est implacable. Si l'amélioration est sans risque pour la santé et accessible à tous, que reste-t-il comme argument valable pour la refuser ? Dieu ? La Nature ? Ces concepts n'ont rien de scientifique ni d'éthique, et ceux qui les défendent sont des vilains, méchants serviteurs d'une administration (....) et d'une idéologie (le néoconservatisme) à juste titre honnies, et maintenant déchues »[1044]. Ainsi, concernant l'usage de la ritaline, James HUGUES écrit-il que si cette substance s'avère non

[1043]Jérôme GOFFFRETTE, *Naissance de l'anthropotechnie. De la médecine au modelage de l'humain,* Vrin (2008), pages 74-75.
[1044]Hervé CHNEIWEISS, *L'homme réparé*, *Espoirs, limites et enjeux de la médecine régénératrice*, PLON (2012), page 32.

nocive, les enfants et adultes devraient pouvoir y avoir recours « pour mieux se concentrer et devenir plus conscient de leur propre processus de pensée »[1045].

889. Les transhumanistes ne se préoccupent guère de laisser une place à la réflexion individuelle avant de passer à l'acte transformateur du corps ou du mental. Il n'y a aucun lapse de temps entre le « je veux » et le « j'obtiens ». Or, si l'on accordait un véritable espace de réflexion entre ces deux moments, si l'on permettait aux personnes concernées de dialoguer un tant soit peu avec des individus expérimentés dans le domaine, il n'y aurait à coup sûr pas autant de dérives constatées. La réflexion, la discussion aboutiraient à des décisions fondées sur un consentement réel et éclairé, et non sur une volonté agie par des impératifs économiques. Mais la société actuelle privilégie les désirs de consommation, sans se soucier de la forme que pourrait réellement prendre le bonheur individuel. Ce dernier concept est standardisé et se reproduit à l'infini sur chaque citoyen, avec la régularité d'un métronome. En conséquence, le transhumanisme, s'il est appliqué à l'ensemble de la population, aboutira à une uniformisation inquiétante de la société et à un déni d'une réelle liberté dans la disposition de soi. Hervé CHNEIWEISS va jusqu'à écrire que « les transhumanistes transposent l'approche néolibérale de l'économie à la génétique humaine »[1046]. Quant à Nicolas LE DÉVÉDEC, il affirme que « l'homme augmenté (...) est avant tout un homme parfaitement adapté à la société néolibérale contemporaine et ses valeurs centrales de performance, de croissance, de productivité et compétitivité illimitées (...) »[1047]. Le libre arbitre s'est perdu en chemin et, avec lui, la libre disposition de soi.

890. En conclusion, le transhumanisme sacrifie la volonté individuelle sur l'autel de la performance. Sa logique veut que, si la science le permet, il ne doit exister aucune limite à l'utilisation de la technique pour améliorer la productivité humaine. Cependant, dans ce processus, la libre disposition de soi se perd car l'individu ne prend plus des décisions en fonction de ses attentes réelles mais selon ce que la société demande de lui. En outre, le transhumanisme appelle clairement de ses vœux une société inégalitaire, ou en tout cas, ne craint pas son avènement.

[1045]James HUGUES, *Citizen Cyborg,* Westview Press (2004), page 37.
[1046]Hervé CHNEIWEISS, *L'homme réparé. Espoirs, limites et enjeux de la médecine régénératrice,* PLON (2012), page 98.
[1047]Nicolas LE DÉVÉDEC, *La société de l'amélioration. La perfectibilité humaine de Lumières au transhumanisme,* Liber (2015), page 211.

B. Les atteintes au principe d'égalité

891. De la naissance à la mort, l'être humain contrôlera son devenir, du moins est-ce que les transhumanistes avancent. La libre disposition de soi devrait donc régner sur tous, tel un principe cardinal, permettant à l'ensemble des hommes de bénéficier de ses bienfaits. Cela ne correspond néanmoins pas aux projections de la société future car les progrès scientifiques promis ne profiteront qu'à la partie la plus fortunée de la population.

892. Tout d'abord, les caractéristiques génétiques des enfants seront préalablement choisies par des parents soucieux du bien-être de leur progéniture, de la couleur des yeux aux facultés intellectuelles. Ces pratiques ont déjà partiellement cours. « Dans les « Fertility Institutes », des centres de procréation médicalement assistés implantés aux Etats-Unis, en Inde et au Mexique, les parents peuvent déjà choisir le sexe de leur bébé [pour la modique somme de 18.000 dollars]. Les embryons sont aussi scrutés pour exclure plus de 400 maladies héréditaires, dont les prédispositions à développer à l'âge adulte un cancer des ovaires, du sein (...) ou de la prostate »[1048]. Gilbert HOTTOIS décrit même la construction acceptable d'un enfant : « Il faut préserver pour l'enfant « le droit à un futur ouvert ». On songe à la santé de base, des sens aiguisés, une excellente mémoire, une bonne capacité d'attention et de concentration, de l'intelligence, de la confiance en soi sans tendance dépressive sérieuse, de la générosité, etc »[1049].

893. Cette position rencontre néanmoins deux écueils insurmontables. Tout d'abord, seuls les plus riches auront accès à cette sélection des enfants, eu égard aux prix annoncés des prestations. En outre, la question se pose très fortement de la liberté dont jouiront ces enfants préprogrammés à l'excellence, étant entendu qu'ils porteront toutes les attentes narcissiques de leurs parents en leur sein. En d'autres termes, seront-ils des personnes ou des objets/jouets mis à la disposition de leurs parents ? Cette question se pose très sérieusement. Laurent ALEXANDRE écrit par exemple très crûment que « 28% des Américains sont d'accord pour sélectionner un bébé plus intelligent et les autres ne tiendront pas longtemps s'ils ne veulent pas que leurs enfants soient les domestiques des premiers »[1050]. L'on constate donc que la libre

[1048]Jacques TESTART, Agnès ROUSSEAUX, *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes,* Seuil (2018), page 96.
[1049]Gilbert HOTTOIS, *Le transhumanisme est-il un humanisme*, Académie Royale de Belgique (2014), page 62.
[1050]Cité par Pièces et main d'oeuvre, *Manifeste des chimpanzés du futur. Contre le transhumanisme,* éditions Service Compris (2017), page 44.

disposition ne concerne une fois de plus qu'une partie de la société et crée des inégalités flagrantes.

894. Quant au terme de la vie, certaines personnes bien nanties ont décidé de cryogéniser leur corps ou uniquement leur tête, dans l'attente de jours meilleurs où elles pourront être ressuscitées en bonne et parfaite santé. Avant ce terme, elles comptent bien profiter d'une longue et heureuse vie, grâce aux apports de la science, par le biais notamment de « l'ingénierie tissulaire [qui] ambitionne de redonner au corps la possibilité de se régénérer lui-même. Ainsi, le nouveau modèle technoscientifique ne repose plus sur la représentation traditionnelle du corps/machine, mais bien sur une nouvelle ontologie du corps en tant qu'assortiment de machines programmées »[1051]. Enfin, s'ils meurent, ce n'est plus « « de la mort », mais d'une multitude de causes individualisées. A force d'être déconstruite en une multitude de facteurs, la mort finit par apparaître elle-même comme une maladie, contre laquelle nous pouvons lutter »[1052]. Une fois de plus, l'accès de tous à ces thérapies apparaît utopique, eu égard à leur coût, et la manne transhumaniste de la libre disposition de soi ne profitera qu'aux personnes les plus riches, rompant ainsi le principe républicain d'égalité.

895. Les transhumanistes ne sont pas à court d'arguments et, pour justifier des opérations qui changent l'être humain dans ces fondements même, ils oblitèrent la différence entre la médecine traditionnelle curative et la médecine d'amélioration. « La vaccination reste-t-elle dans le domaine de la médecine préventive thérapeutique classique ou s'agit-il d'amélioration (puisqu'on induit une résistance inexistante naturellement) ? Et si l'on passe à l'éventualité d'insérer des gènes renforçant le système immunitaire naturel, change-t-on à ce point de registre qu'il faudrait l'interdire sous prétexte qu'il s'agit d'amélioration et de génétique ? »[1053]. La médecine visant à rendre l'être humain moins vulnérable aux maladies ainsi que la recherche sur les grandes maladies mortelles tels que le VIH, le cancer, Alzheimer, doivent être permises, à condition de respecter un principe d'égale répartition de leurs bienfaits. Ce type de médecine œuvre en effet pour le Bien commun et ne change pas fondamentalement ce qui fait qu'un homme est un homme.

896. En revanche, la création de clones en qualité de réservoirs d'organes pour personnes vieillissantes suffisamment riches, l'invention de chimères sportives en vue d'un sport-spectacle encore et toujours plus impressionnant, ne devraient pas prendre leurs quartiers dans

[1051]Céline LAFONTAINE, *La société pot*-mortelle, Seuil (2008), page 153.
[1052]Jacques TESTART, Agnès ROUSSEAUX, *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes,* Seuil (2018), page 164.
[1053]Gilbert HOTTOIS, *Le transhumanisme est-il un humanisme ?*, Académie Royale de Belgique (2014), page 46.

la société humaine. La création d'adultes médicaments, après celle du bébé-médicament, ou la fabrication d'hommes uniquement dévoués à l'industrie du spectacle ne favorisent que la libre disposition des mieux nantis. En effet, ces créations auront un coût certain que le citoyen de la classe moyenne ne pourra pas se payer. Celles-ci créent en outre une société de castes en ce que certains hommes seront uniquement dédiés au service d'autres, pour les soigner au péril de leur propre vie ou les divertir, tandis que règneront les personnes les plus riches, qui ne connaîtront plus la maladie, ni la mort. La libre disposition de certains se fera donc immanquablement au détriment de celle des plus vulnérables.

897. Les transhumanistes font également valoir que « notre époque et les possibilités inédites que recèlent les avancées technoscientifiques et biomédicales sont porteuses (…) d'une vaste révolution historique qui nous permettra de dépasser nos limites biologiques actuelles, et de passer ainsi d'une évolution subie à une évolution choisie. (...) Il s'agit bien pour les transhumanistes de soustraire l'être humain à toute condition biologique, de le « libérer de la biologie » elle-même »[1054]. Les transhumanistes sont à la recherche de la construction d'une nouvelle espèce plus forte par l'élaboration d'un corps résistant aux maladies, plus intelligente par dopage cognitif et plus heureuse grâce à des médicaments régulateurs de l'humeur[1055]. Si la libre disposition de soi telle qu'envisagée par les transhumanistes paraît bénéficier à l'espèce humaine dans son intégralité, la réalité est bien différente.

898. En effet, les hommes ne seront plus égaux, ni devant la naissance, ni devant la mort, ou la maladie tandis qu'une nouvelle société naîtra au sein de laquelle l'être humain sera fabriqué avec plus ou moins de soins selon l'argent que les parents biologiques et sociaux pourront mettre dans la balance. « Les génétiquement modifiés pourraient être sans âge, en bonne santé, des supergénies d'une beauté physique sans défaut (...). Les non privilégiés resteraient au niveau d'aujourd'hui, mais seraient peut-être privés d'un peu de leur estime de soi et souffriraient occasionnellement de sursauts de convoitise. La mobilité entre la classe inférieure et la classe supérieure pourrait disparaître »[1056]. Ainsi, certains individus vivront pour l'éternité, grâce à la revitalisation ou au changement de leur organes défectueux et seulement si leur portefeuille est suffisamment bien fourni[1057]. Eu égard au prix faramineux de ces nouvelles

[1054]Nicolas LE DÉVÉDEC, *La société de l'amélioration. La pefectibilité humaine des Lumières au transhumanisme,* Liber (2015), page 208.
[1055]Nicolas LE DÉVÉDEC, *La société de l'amélioration. La pefectibilité humaine des Lumières au transhumanisme,* Liber (2015), page 209.
[1056]Nick BOSTROM, cité par Pièces et main d'œuvre, *Manifeste des chimpanzés du futur. Contre le transhumanisme,* Editions Service Compris (2017), page 45.
[1057]Pièces et main d'œuvre, *Manifeste des chimpanzés du futur. Contre le transhumanisme,* Editions Service Compris (2017), page 44 : « Ceux qui ne pourront ou ne voudront s'adapter savent ce qui les attend. Essayez de

technologies naissantes, il est donc à craindre que se crée une société à deux vitesses où seuls les mieux nantis auront la possibilité d'accéder à une vie sans maladie, ni mort[1058].

899. Il est également à redouter que ne soient créées de véritables créatures de Frankenstein, des chimères d'êtres humains et d'animaux, mis au monde pour l'amusement des privilégiés, notamment dans le domaine sportif ou musical. Pourquoi en effet ne pas imaginer un athlète au torse humain mais aux jambes de guépard, capable de courir à des vitesses jusqu'à présent inégalées, ou un pianiste doté de mains à sept doigts, pouvant ainsi adopter des doigtés inatteignables dans le passé, ou encore un athlète se faisant greffer un cœur performant pour plus de dépassement des limites sportives ? L'exemple n'est certes pas d'école puisqu'un certain « Joseph PLEBAN, vingt-trois ans, amateur américain de sports extrêmes, [qui] ne supportait pas qu'une cheville abîmée l'empêchât de pratiquer sa passion (...) a choisi l'amputation de son pied valide pour continuer ses activités avec une prothèse performante (...). Maintenant, Jo aimerait une jambe avec un port USB qui convertirait l'énergie cinétique de ses mouvements en électricité pour recharger son portable »[1059].

900. Certains transhumanistes ne sont pas effrayés par cette perspective. « Le libertarien Bruce BENDERSON annonce la couleur : « Les gens qui, pour une raison ou une autre, n'évolueront pas dans le même sens, s'ils existent, deviendront l'espèce inférieure incapable de survivre ou ne pouvant survivre que pour servir d'esclaves ou de viande pour les autres (comme les vaches aujourd'hui) »[1060]. Quant à James HUGUES, il n'octroie la citoyenneté qu'aux êtres doués de conscience et de désirs, déniant ce même privilège aux enfants, aux déments et autres personnes handicapées mentales. Ces derniers ne constituent que des « sous-citoyens » dont le

trouver un emploi sans dispositif de cognition avancée (pour les intellos) ; sans exosquelette (pour les manards). Essayez, en 2017, de trouver un emploi sans téléphone portable ni adresse mail. Nulle loi ne vous impose ces prothèses électroniques hors celle du marché, la « société moderne » et la compétition de tous contre tous ».

[1058]Jacques TESTART, Agnès ROUSSEAUX, *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes,* Seuil (2018), page 165 : « Les transhumanistes nous parlent de « liberté morphologique ». « Cela veut dire que vous avez la liberté de choisir de changer votre corps ou votre cerveau à partir du moment où nous ne nuisez à rien ni à personne », justifie la présidente d'Humanity+, Natasha Vita-More. Mais ces atteintes individuelles à ce qui définit l'humanité ne peuvent être sans conséquences sur le corps social. Ceux qui refuseront d'entrer dans cette fuite en avant seront sans doute considérés demain comme handicapés ».

[1059]Pièce et Main d'œuvre, *Manifeste des chimpanzés du futur. Contre le transhumanisme,* Editions Service Compris (2017), page 87.

[1060]Jacques TESTART, Agnès ROUSSEAUX, *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes,* Seuil (2018), page 127.

seul droit serait celui de ne pas souffrir[1061]. Au temps pour l'égalité et la libre disposition de soi prodiguée à tous.

901. D'autres, tel Gilbert HOTTOIS, se veulent rassurants, et affirment que les techniques de pointe ont toujours d'abord bénéficié à des privilégiés avant de s'étendre au reste de la société. Il propose benoîtement que l'Etat intervienne pas le biais de taxes ou que le marché fasse œuvre planificatrice au travers de la loi de la demande et de l'offre[1062]. C'est avoir trop confiance dans les vertus de la main invisible qui n'a pas su, depuis le premier choc pétrolier, rétablir l'égalité des chances ou dans le poids que pourrait avoir l'Etat face aux puissantes sociétés engagées dans la recherche transhumaniste. Il en résultera au contraire un délitement de l'Etat et l' « on peut sans trop se tromper affirmer [par exemple] que l'individualisation de la santé va devenir une revendication forte. Chacun voudra payer pour ses propres risques, entraînant probablement dans son sillage l'effondrement du principe de solidarité de la Sécurité sociale »[1063].

902. Plus de liberté, plus d'égalité et certainement pas de fraternité. On voit mal comment la libre disposition de soi pourrait continuer à bénéficier à des individus qui seraient libres et conscients du Bien commun. Ainsi peut-on lire, sous la plus de Jacques TESTARD et d'Agnès ROUSSEAUX que « l'homme aurait déjà livré le meilleur de son potentiel, tandis que celui des dispositifs techniques est en progression permanente : mieux vaudrait quitter le radeau de l'humanité, accepter la défaite et faire des paris jubilatoires sur les performances des vaisseaux victorieux de la robotisation. Le robot porte les espoirs d'autonomie que nous abandonnons peu à peu, et l'hybridation avec la machine laisse miroiter un promotion de l'humain défait »[1064]. L'ultime étape de cette conception dévoyée de la libre disposition de soi serait donc le départ du vaisseau corporel humain au profit d'une coque de métal et d'acier.

903. En conclusion de cette section, le nouvel âge promis par les transhumanistes se traduit par la promesse d'une libre disposition de soi dépourvue de toute limite et qui serait source de bonheur pour tous. Ce que chaque homme veut, il pourra l'obtenir. Néanmoins, cette vision

---

[1061]James HUGUES, *Citizen cyborg*, Westview Press (2004), pages 222-223.
[1062]Gilbert HOTTOIS, *Le transhumanisme est-il un humanisme*, Académie Royale de Belgique (2014), page 63.
[1063]Béatrice JOUSSET-COUTURIER, *Le transhumanisme. Faut-il avoir peur de l'avenir ?;* Eyrolles (2016), pages 137-138.
[1064]Jacques TESTART, Agnès ROUSSEAUX, *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes,* Seuil (2018), page 200. Voir également, Pièces et Main d'œuvre, *Manifeste des chimpanzés du futur. Contre le transhumanisme,* Editions Service compris (2017), page 197 : « Voitures sans chauffeur plus sures, électroménager connecté plus autonome, « applis » plus pratiques. Ce que martèle la propagande pour ces prothèses, c'est l'incapacité humaine. Après des décennies d'appareillage technologique, la majorité de l'espèce au cerveau le plus développé est convaincue de ne plus savoir s'orienter, se souvenir, apprendre, décider, sans assistance électronique ».

cède à l'épreuve du réel en ce que la technique, ambivalente et imprévisible, n'a plus pour seul objectif d'œuvrer pour le bien-être de l'Homme. En outre, le consentement aux transformations de l'être humain sera vraisemblablement contraint, tandis que les bienfaits de la technique ne profiteront qu'à un nombre limité de personnes. Dès lors, la libre disposition de soi devient un simple mirage. Vouloir se désengager des liens de la Nature n'est pas neutre et révèle parfois des manques affectifs graves qu'il n'est pas approprié de combler par ce biais. C'est pourquoi, eu égard à la vision matérialiste et réductrice de la psyché humaine[1065], il convient de poser des limites aux velléités transhumanistes, sous peine de voir l'intellect se déliter dans l'espoir sans cesse renouvelé d'une perfection inaccessible.

SECTION II LA NÉCESSITÉ DE LIMITER LA LIBRE DISPOSITION DE SOI TRANSHUMANISTE

904. Il faut combattre la conception plus que réductrice de la personne humaine que véhiculent les transhumanistes, tels Jean-Pierre CHANGEUX, selon lequel l'esprit est une notion obsolète[1066]. « Tandis que [les philosophes des Lumières] œuvraient à l'émergence d'un individu, c'est-à-dire d'un corps indivisible, d'un homme complet, en possession de tous ses moyens et de son libre arbitre, les inhumains complotent à rebours des dividus, en pièces détachés et/ou programmés par leurs fabricants dès leur conception (...) »[1067].

905. Il convient donc de déterminer les instruments permettant de limiter les visées prométhéennes des transhumanistes. Seront donc analysées les thèses de deux bioconservateurs reconnus et respectés, qui donnent des armes intellectuelles pour combattre les excès de la libre disposition de soi transhumaniste (§1). Puis, l'on étudiera l'utilité de l'ordre public de direction de la personne (§2).

§1 La thèse des bio-conservateurs

906. Les bioconservateurs réfutent la possibilité d'améliorer l'être humain, sans que des limites ne soient posées. Il serait, selon eux, à la fois sacrilège et dangereux de modifier radicalement notre constitution physique et mentale. « Qu'ils soient des bioéthiciens séculiers,

[1065]Béatrice JOUSSET-COUTURIER, *Le transhumanisme. Faut-il avoir peur de l'avenir ?,* Eyrolles (2016), page 84 : « le posthumanisme ne signifie pas la fin de l'homme, mais un certain déni d'humanité, un profond mépris du corps au profit de l'esprit. C'est la fin du dualisme cartésien Esprit/Corps, ce dernier devenant un épiphénomène, puisque seul compte et seul doit subsister l'esprit ».
[1066]Pièces et main d'œuvre, *Manifeste des chimpanzés du futur. Contre le transhumanbisme*, éditions Service Compris (2017), page 100.
[1067]Pièces et main d'œuvre, *Manifeste des chimpanzés du futur. Contre le transhumanbisme*, éditions Service Compris (2017), page 187.

des Verts éco-mystiques ou des religieux fondamentalistes, les bioluddistes insistent sur le fait qu'il existe de claires et évidentes frontières à ce que les individus devraient être autorisés à faire avec leurs propres corps, et que personne ne devrait avoir la permission de devenir quelque chose de plus qu'humain »[1068].

907. Par exemple, Jacques TESTARD critique vigoureusement Laurent ALEXANDRE, auteur favorable au transhumanisme, en arguant notamment que ce dernier « confond ici *maîtrise* et *capacité à modifier*, sans prendre en compte que toute modification peut engendrer des erreurs, des défauts imprévisibles voire la construction d'un environnement devenant progressivement hostile à l'homme »[1069]. Ce qui est ici mis en exergue par Jacques TESTARD sont les dangers encourus par l'homme apprenti-sorcier qui s'ingénie à modifier sa propre nature, alors même qu'il ne peut prévoir les effets de ladite transformationn sur lui-même et sur son habitus. Des débats ont déjà lieu actuellement s'agissant des organismes génétiquement modifiés ou des nano-particules en circulation dans nos sociétés, sournoisement introduits dans la consommation de denrées et autres produits de consommation quotidiens, sans aucune assurance de leur innocuité future sur le métabolisme humain, ainsi que sur leur possible invasion des éco-systèmes, au détriment de leurs habitants d'origine. Selon les bioconservateurs, les hommes ne sont pas légitimes à s'auto-instaurer en qualité de démiurges sur leur environnement et sur leurs propres êtres. Ils estiment que l'évolution humaine doit se dérouler selon les lois de la Nature telles qu'elles se sont appliquées de tous temps.

908. Les thèses de deux représentants de ce mouvement seront ici exposées : tout d'abord celle de Michael J. SANDEL, frappées du sceau d'une intransigeance certaine (A), puis celle de Francis FUKUYAMA, plus nuancées (B).

A. Michael J. SANDEL

909. Michael J. SANDEL écrit que « le plus grand danger [avec l'amélioration génétique] est qu'elle représente (...) une aspiration prométhéenne à modifier la nature, en ce compris l'être humain, ce pour satisfaire nos buts et nos désirs »[1070]. Prenant l'exemple du sport, Michael J.

[1068]James HUGHES, *Citizen cyborg : why democratic societies must respond to the redesigned human of the future*, Cambridge, MA: Westview press, 2004, traduit par Laurent FRIPPIAT dans *Chapitre 2. L'amélioration technique de l'être humain : introduction aux différents courants du débat*, Journal International de Bioéthique, 2011/3 (Vol. 22), p. 33-50. DOI : 10.3917/jib.222.0033. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-journal-international-de-bioethique-2011-3-page-33.htm.
[1069]Jacques TESTART, *À mort la mort ? Le transhumanisme sans limite*, Zilsel, 2017/2 (N° 2), p. 369-385. DOI : 10.3917/zil.002.0369. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-zilsel-2017-2-page-369.htm.
[1070]Michael J. SANDEL, *The case against perfection. Ethics in the afe of genetic engineering,* Harvard University Press (2009), pages 26-27. Ceci constitue notre propre traduction.

SANDEL explique que nos sociétés démocratiques rejettent le fait que certains athlètes sont nés avec des avantages génétiques certains, permettant la réalisation d'exploits plus impressionnants. Les individus voudraient que chacune de leurs victoires ne soient que le fruit de leurs efforts personnels, et non ceux de leur héritage atavique. C'est ici que se situe la corruption de la compétition, activité qui « rend honneur à la culture et à l'exposition des talents naturels »[1071].

910. De manière similaire, Michael J. SANDEL avance, à propos de la sélection génétique des enfants à naître, que ces pratiques sont le reflet « d'un orgueil des parents d'intention, dans leur volonté de maîtriser le mystère de la naissance »[1072]. En conséquence, les individus seraient mieux avisés de s'incliner devant les œuvres de la Nature plutôt que de tenter de les modifier. A défaut, l'on basculerait dans une société eugéniste. Michael J. SANDEL soutient en effet qu'il n'existe aucune différence morale entre « la fabrication d'enfants selon un dessein explicitement eugéniste et la fabrication d'enfants en accord avec les diktats du marché »[1073].

911. En outre, cette voie mène à une société encore plus clivée et compétitive dès lors que seuls certains privilégiés y auront accès[1074]. Michael J. SANDEL développe cet argument en soutenant que la manipulation génétique transformera notre rapport à l'humilité, à la responsabilité ainsi qu'à la solidarité. En effet, en temps normal, être parent sans être pouvoir choisir l'évolution future de ses enfants enseigne l'humilité. A l'inverse, « le fondement social de l'humilité sera diminué si les personnes s'accoutument à l'auto-amélioration génétique »[1075]. De manière corrélative, l'on assistera à l'explosion du sentiment de responsabilité en ce que les parents deviendront responsables des bons ou mauvais choix qu'ils auront effectués concernant les caractéristiques physiques et intellectuels de leurs enfants[1076]. En revanche, le sentiment de solidarité ne prévaudra plus, dès lors que les individus génétiquement plus fortunés, sains de corps et d'esprit, ne voudront plus participer au financement des moins favorisés, qui n'auront pas eu recours à l'amélioration artificielle de leurs capacités et qui seront encore soumis aux aléas de Dame Nature. Seule l'ignorance de l'identité de la personne touchée par le mauvais sort convainc l'ensemble de la population, quelle que soit sa situation de richesse, à participer

[1071]Michael J. SANDEL, *op. cit.*, pages 28-29.
[1072]Michael J. SANDEL, *op. cit.,* page 46.
[1073]Notre traduction. Michael J. SANDEL, *op. cit.*, page 75.
[1074]Michael J. SANDEL, *op. cit.*, pages77-78 (notre traduction) : « (...) le mouvement eugéniste du vingtième siècle est né d'une aspiration à améliorer l'espèce humaine, ou de promouvoir le bien-être collectif de société entières. L'eugénisme libéral recule devant les ambitions collectives. Ce n'est pas un mouvement de réforme sociale mais plutôt le moyen pour les parents privilégiés d'avoir les enfants qu'ils veulent et de conduire ces derniers au succès dans le cadre d'une société compétitive ».
[1075]Michael J. SANDEL, *op.cit.*, page 86. Notre traduction.
[1076]Michael J. SANDEL, *op.cit.*, page 87.

au système d'assurance collective. L'aléa disparu, il en sera de même de la solidarité[1077]. En conclusion, « nous devrions faire ce que nous pouvons pour créer un environnement social et politique plus hospitalier en faveur des dons et limitations des êtres humains imparfaits »[1078].

912. Michael J. Sandel paraît donc franchement hostile à toute transformation du corps humain ainsi que du génome, tout du moins lorsque de telles manipulations sont destinées à satisfaire un besoin de la société et non de l'individu. La préférence devrait aller au respect des règles de la Nature, quand bien même celle-ci se montre parfois inéquitable voire cruelle.

B. Francis FUKUYAMA

913. Francis FUKUYAMA est plus nuancé dans ses propos. « Etant donné les bienfaits médicaux très réels qui doivent résulter des progrès dans ce domaine [celui de la biotechnologie], ainsi que de l'amélioration de la productivité et de la réduction de l'emploi des pesticides qui doivent résulter de la biotechnologie agricole, [une] opposition catégorique semble très difficile à justifier »[1079]. Il critique en conséquence l'hostilité religieuse au Progrès. Il résume ce positionnement ainsi : « seuls les êtres humains ont une capacité de choix moral, de libre arbitre et de foi, capacité qui leur confère un plus haut statut moral que les reste de la création animale. Dieu agit à travers la nature pour produire ces résultats, d'où il découle que toute violation des normes naturelles (...) est aussi une violation de la volonté divine »[1080]. L'homme ne doit en conséquence pas prendre la place de Dieu dans la création d'être vivants. Francis FUKUYAMA estime que cette position n'est pas adaptée et qualifie ses prosélytes d' « intégristes ».

914. Francis FUKUYAMA envisage ensuite les arguments des utilitaristes, selon lesquels « les futurs progrès en biotechnologie peuvent entraîner des coûts imprévus ou des conséquences négatives à long terme, susceptibles de dépasser les bénéfices escomptés »[1081]. Il prend l'exemple de la sélection des embryons selon les souhaits des futurs parents et en souligne les dangers, notamment lorsque les choix sont dictés par des modes culturelles. « On a évoqué, plus haut l'utilisation, en Extrême Orient, de l'échographie et de l'avortement pour

[1077]Michael J. SANDEL, *op.cit.*, pages 89-90.
[1078]Michael J. SANDEL, *op.cit.*, page 97. Notre traduction.
[1079]Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002), page 155.
[1080]Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002), page 163.
[1081]Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002), page168.

« sélectionner » le sexe des enfants. Dans de nombreuses cultures asiatiques, avoir un fils confère des avantages décisifs aux parents en termes de prestige social et de sécurité pour les vieux jours. Mais cela nuit clairement aux filles, qui manquent »[1082].

915. Finalement, l'argument qui paraît emporter la préférence de Francis FUKUYAMA est la protection de la nature humaine contre les velléités de changement portées par le transhumanisme. « Nous pouvons soigner telle maladie, ou prolonger la vie de cette personne, ou rendre cet enfant plus attentif et plus traitable – mais au détriment d'une qualité humaine inexprimable telle que le génie, l'ambition ou la simple diversité »[1083].

916. Nonobstant ce danger, Francis FUKUYAMA n'en appelle pas à l'arrêt de la recherche, mais à sa réglementation. « Face au défi que pose ce genre de technologie, où le bien et le mal sont intimement mêlés, il semble qu'il n'y a qu'une seule réponse possible : les pays doivent réguler politiquement le développement et l'utilisation de la technologie, en mettant sur pied des institutions qui discrimineront les progrès techniques qui favorisent la prospérité de l'humanité et ceux qui font peser des menaces sur la dignité et le bien-être de l'homme »[1084]. Ainsi, « les deux approches – le laisser-faire total ou l'interdiction de pans entiers des futures technologies – sont aussi fautives et irréalistes l'une que l'autre. (…) Il faut des approches régulatrices plus nuancées pour d'autres formes émergentes de biotechnologie »[1085].

917. Francis FUKUYAMA avance donc qu'il convient d'interdire certaines pratiques telles que le clonage reproductif car « elle est une forme totalement artificielle de reproduction qui va établir des relations tout aussi peu naturelles entre parents et clones »[1086]. En revanche, d'autres technologies peuvent être appliquées à l'être humain, mais en étant placées sous contrôle. Il prend pour se faire l'exemple du diagnostic préimplantatoire utilisé pour dépister les maladies génétiques graves. Enfin, un dernier pan des technologies devrait être laissé libre de toute réglementation. Il s'agit de l'utilisation de celles-ci à des fins thérapeutiques pour « guérir, par exemple, les maladies génétiques comme la chorée de Huntington ou la mucoviscidose »[1087]. Il

[1082]Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002), page 175.
[1083]Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002), page 303.
[1084]Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002), page 317.
[1085]Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002), pages 318-319.
[1086]Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002), page 360.
[1087]Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002), page 362.

conclut sur le fait que « nous ne devons pas nous considérer nous-mêmes comme les esclaves obligés d'un progrès technologique inéluctable, si ce progrès n'est pas mis au service de finalités humaines ».

918. En conclusion, il apparaît que Michael J. SANDEL est favorable à une restriction du champ d'application de la libre disposition de soi en ce que les règles de la Nature demeurent supérieures à celles des hommes et qu'en conséquence ces derniers ne sauraient s'auto-générer au travers d'un processus démiurgique. En revanche, Francis FUKUYAMA adopte une position plus technophile et en appelle à une réglementation, et non une prohibition, des biotechnologies. Or, le Droit est susceptible d'apporter un instrument de régulation de ce secteur. Il s'agit de l'ordre public de direction de la personne.

§2 Le recours à l'ordre public de direction de la personne

919. Le recours à l'ordre public de direction de la personne a cet avantage qu'il est objectif, qu'il évite d'avoir recours aux notions trop floues de la nature humaine, ou de l'essence humaine, voire de la dignité de la personne. Selon Francis FUKUYAMA, « la demande d'égalité de reconnaissance implique que, lorsqu'on dépouille quelqu'un de toutes ses caractéristiques contingentes et accidentelles, il reste une qualité humaine essentielle qui mérite un certain respect – disons le « facteur X »[1088]. Or, l'auteur finit par admettre que la définition précise de l'essence humaine est très ardue, voire impossible.

920. Pour autant, il faut absolument doter la société d'un outil permettant de la protéger contre le risque d'un déferlement de nouvelles techniques attentatoires à la liberté ainsi qu'à l'égalité entre les hommes (A). C'est bien de l'ordre public de direction de la personne dont la société a besoin (B).

A. De la nécessité d'un contrôle

921. Ainsi qu'on l'a examiné dans la première section, laisser la libre disposition de soi diriger l'intégralité de la vie des individus est dangereux, surtout lorsque celle-ci s'applique dans une optique transhumaniste. En effet, plus aucune limite aux désirs humains ne serait légitime et l'on devrait satisfaire toute demande de modification du corps et de l'esprit dès lors qu'elle serait présentée comme une amélioration de l'espèce. C'est laisser libre cours à toutes les formes de névroses, nier les principes de liberté, d'égalité et de fraternité. C'est donner

[1088]Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002), page 263.

naissance à une société clivée entre les personnes les plus riches qui bénéficieront des toutes dernières nouveautés en matière scientifique et technique d'une part, et les personnes les plus défavorisées qui ne pourront que contempler leur misérables conditions de vie trop humaine d'autre part. C'est donc dénaturer la libre disposition de soi pour l'inféoder à la moindre manifestation de désir névrotique. Il faut donc dès à présent poser des limites, avant que la marche en avant ne soit si avancée que tout recul devienne impossible. C'est ici que doit intervenir l'ordre public de direction de la personne comme étant l'instrument classique de bornage des droits et libertés individuels.

922. Si l'on s'intéresse au diagnostic préimplantatoire, celui-ci est actuellement autorisé, uniquement à titre exceptionnel, lorsque « le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie. (...) Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter »[1089]. Le dispositif paraît sécurisé.

923. Son utilisation, en l'état impossible, dans l'hypothèse où des parents sourds solliciteraient un tel diagnostic pour s'assurer que leur enfant sera également sourd[1090], pose en revanche question, de même que son application généralisée aux fins que les enfants correspondent parfaitement aux prérequis des parents, en termes de performances intellectuelles et physiques. Pourtant, stricto sensu, ces demandes ne nuisent à personne et permettent même de combattre l'inégalité naturelle qui entraine une distribution aléatoire des avantages, telle qu'une prédisposition pour les mathématiques et la logique, ou pour la course à pieds à haut niveau. Le mouvement semble déjà enclenché, dès lors qu' « il n'y a pas de liste limitative des malformations des fœtus ou des embryons mal formés. De nos jours, il y a ainsi des cliniques dans lesquelles il ne naît pas un seul bébé atteint d'un bec-de-lièvre. Cette malformation, qui

[1089]Article L 2131-4 du Code de la santé publique.
[1090]Le cas s'est présenté aux Etats-Unis, en 2002, un couple de femmes sourdes (Sharon DUCHESNEAU et Candy MCCULLOUGH), estimant que leur surdité ne constituait pas un handicap mais une identité culturelle.

est bien moins grave qu'une trisomie 21, est un motif classique d'avortement. Cela montre à quel point il est difficile de mettre des limites sérieuses sur ces questions »[1091].

924. Si l'on examine ensuite « l'apotemnophilie, laquelle traduit une demande d'amputation volontaire d'individus corporellement sains, dans le but de faire coïncider leur apparence à leur idéal du moi fantasmé »[1092], elle pose la question de la limite entre la normalité et le pathologique. Si telle personne souhaite se voir poser des prothèses de jambes aux fins de gagner des compétitions sportives, qui pourrait légitimement l'en empêcher, étant entendu que l'amputation de ses jambes saines est librement et clairement consentie ? Si telle autre personne souhaite se voir poser des implants auditifs car elle est musicienne et veut améliorer ses prestations publiques, à quel principe doit-on faire appel pour l'interdire, eu égard au fait qu'une telle transformation se fera pour le bonheur de tous les mélomanes avertis ?

925. Ces deux hypothèses de libre disposition de soi ne sont ni plus ni moins que les signes d'une névrose tant sociétale qu'individuelle. En effet, vouloir choisir la personnalité de son enfant, en faire son propre clone[1093] ou une version améliorée de soi-même, souhaiter se mutiler pour se transformer en une version socialement plus performante, démontrent l'existence de blessures narcissiques. Il faut être bien peu sûr de soi pour ne pas vouloir s'en remettre aux hasards de la Nature quant à la psyché de ses enfants ou à ses capacités naturelles et en accepter les limites. Autant l'on peut aisément comprendre l'intérêt que chacun puise dans les progrès de la technique biomédicale dès lors qu'il s'agit de combattre l'apparition future de maladies neuro-dégénératives, autant l'on est plus sceptique face à la volonté de contrôler le devenir intellectuel de notre progéniture, ou notre propre constitution physique. A l'instar de la chirurgie esthétique, ces velléités démiurgiques, ce refus du hasard ne paraissent pas sains en ce qu'ils révèlent le poids des valeurs sociales sur les devenirs individuels. Elles traduisent l'image selon laquelle il faut être toujours plus performant, plus brillant, sans failles pour

[1091]Miguel BENASAYAG, Pierre-Henri GOUYON, *Fabriquer le vivant ? Ce que nous apprennent les sciences de la vie pour penser les défis de notre époque,* La Découverte (2012), page 41.
[1092]Laurent FRIPPIAT*, Chapitre 2. L'amélioration technique de l'être humain : introduction aux différents courants du débat*, Journal International de Bioéthique, 2011/3 (Vol. 22), p. 33-50. DOI : 10.3917/jib.222.0033. URL : https://www-cairn-info.ezproxy.unilim.fr/revue-journal-international-de-bioethique-2011-3-page-33.htm
[1093]Monique ATLAN, Roger-Pol DROIT, *Humain. Une enquête philosophique sur ces révolutions qui changent nos vies,* Flammarion (2012), page 485 : « Selon HABERMAS, (...) un être humain dont le génome serait dupliqué ou volontairement transformé ne pourrait plus être en mesure de devenir entièrement responsable de lui-même. Il pourrait toujours éprouver le sentiment d'avoir été « fabriqué », dans la mesure où des modifications irréversibles, décidées par d'autres, existeraient dans sa constitution et l'empêcheraient finalement d'accéder à l'autonomie, dans sa propre conscience ».

pouvoir réussir socialement. Mais qu'en est-il de l'accomplissement personnel ? Il est ravalé au rang de préoccupations subalternes, insignifiantes[1094].

926. Pour lutter contre une libre disposition de soi débridée et névrotique, l'on ne saurait sérieusement songer à instituer des censeurs psychologues et psychiatres chargés de détecter une anomalie psychique dans les demandes d'amélioration du fonctionnement physique ou intellectuel des individus. Ce qu'il faut, c'est appliquer un ordre public permettant de diriger les sollicitations des individus dans un sens qui ne contrevient pas à leur intérêt objectivement compris, et qui permet par ailleurs de maintenir une cohésion sociale satisfaisante, sans laquelle le bonheur individuel n'est pas envisageable.

B. Du rôle de l'ordre public de direction de la personne :

927. Puisque le transhumanisme réduira à néant les valeurs de liberté et d'égalité, il ne faut pas s'attendre à ce que les individus soient capables de discriminer seuls les actes qui leur sont favorables de ceux qui leur sont dictés par le système. En conséquence, pour guider l'homme, il convient de se référer au but affiché et conscient de l'action considérée. Ainsi, la sélection des embryons pour que les futurs enfants soient à la stricte image de leurs parents n'a pas pour but le développement harmonieux de ces derniers, mais la satisfaction narcissique de leurs géniteurs. De même, les personnes qui souhaitent courir plus vite ou entendre mieux ne le font pas dans leur intérêt propre mais dans un but de gloire et de prestige. Or, ces deux objectifs paraissent dictés par le marché qui se repaît de gains d'efficacité, de succès économiques et de célébrité individuelle[1095]. En revanche, de nombreuses personnes vivent dans l'anonymat le

[1094] Ainsi que le note Hervé CHNEIWEISS (*L'homme réparé. Espoirs, limites et enjeux de la médecine régénératrice,* PLON (2012), page 33), il faut pourtant se poser la question du « pourquoi ». Par exemple, « les enfants dits hyperactifs traités par le méthylphénidate sont plus calmes, c'est une constatation visible, mais aucune étude ne démontre une amélioration de leurs performances scolaires. Qui sont alors les bénéficiaires de leur calme ? (...) Où s'inscrit la frontière entre l'équité due à chaque citoyen libre et égal, et la contrainte implicite d'une productivité, matérielle et morale, toujours accrue et à accroître ». L'auteur insiste ici sur la différence entre la volonté d'accomplissement personnel et les actions dictées par la pression sociale de normativité et de performance. Les enfants dits hyperactifs sont certes moins agités mais ne progressent pas pour autant plus avant sur le chemin de la complétude personnelle. Ledit cheminement dépend en effet de facteurs qui ne sont pas tous neurologiques, mais également environnementaux. A vouloir agir à tout prix sur l'inné, on en oublie le rôle de l'acquis ainsi que l'identité de son bénéficiaire.

[1095] Selon Miguel BENSAYAG (Miguel BENSAYAG, Pierre-Henri GOUYON, *Fabriquer le vivant ? Ce que nous apprennent les sciences de la vie pour penser les défis de notre époque,* La Découverte (2012), page 43), « l'eugénisme actuel ne cherche pas à « améliorer la race » (...), mais promeut cette idée que l'on peut tout agencer comme on veut, au nom de l'efficacité économique. Sauf que l'on oublie systématiquement de demander qui est le sujet manifestant cette volonté. Qui « veut » ? Encore une fois, ce sont les lois technico-économiques du marché, qui fonctionnent comme de véritables stratégies sans stratèges (...). On trouve là une sorte de transcendance métaphysique négative, où la vie n'a plus comme objectif la vie, mais un principe qui lui est extérieur ».

plus strict et s'en portent très bien, en cultivant leur jardin sans se préoccuper d'une reconnaissance généralisée de leurs pairs.

928. L'on pourrait objecter que la volonté de vivre pour son strict accomplissement personnel n'est qu'une vision isolée du bonheur et que certains ont légitimement d'autres attentes de la vie, telles que le succès médiatique, la reconnaissance des hommes. Cependant, au-delà des attentes individuelles, il faut prendre en considération l'intérêt collectif, sans lequel la société ne garderait pas sa cohésion. C'est pourquoi la libre poursuite de la gloire sportive à tout prix, ou celle de l'enfant parfait ne sauraient être autorisées qu'à la condition de respecter, outre le vœu personnel de l'individu concerné, le Bien commun de la société. Or, ces deux objectifs ne font que renforcer les impératifs d'efficacité, de perfection, au détriment des possibilités d'erreur, de maladresse, de tâtonnements de l'homme. Ils n'apparaissent en conséquence pas rigoureusement conformes au Bien commun fraternel et égalitaire, et doivent être réglementés par le biais de l'ordre public de direction de la personne.

929. En effet, les désirs individuels ne doivent pas être laissés entre les seules mains du marché et de ses paradis artificiels. Le monstre froid n'est plus l'Etat régulateur mais les mécanismes marchands dont les rouages fonctionnent tels une broyeuse des intérêts individuels des plus faibles. L'ordre public de direction de la personne doit donc intervenir pour accompagner les hommes, y compris contre leur propre volonté, ce dans le but de leur éviter de servir d'autres intérêts que le leur. A défaut, l'on verra naître une société oligarchique, formée par un groupe dominant de privilégiés dont tous les souhaits seront exaucés et une immense majorité de serviteurs dont l'unique destinée sera de réaliser tous les désirs du premier groupe. Pour reprendre une précédente illustration, le sport ne doit pas se transformer en de nouveaux jeux du Cirque où des individus génétiquement modifiés pour remplir au mieux les fonctions de la discipline concernée se battront sous les yeux béats des dirigeants économiques. Certes, ils en retireront gloire et richesse éphémères, pour leur probable plus grand contentement, mais ils participeront par là au délitement d'une société qui ne sera plus au service du Bien commun.

930. L'amélioration de l'être humain au travers des technologies biomédicales apparaît inéluctable[1096]. Si la crise environnementale ne prend pas le dessus sur toute considération, il

[1096]Béatrice JOUSSET-COUTURIER, *Le transhumanisme. Faut-il avoir peut de l'avenir ?,* page 49 : « Tout le monde semble s'accorder sur le fait que la question n'est plus de savoir si la technologie va modifier ou non radicalement l'être humain, ce fait étant acquis, mais de réfléchir aux conséquences, dangers, transgressions possibles, et de savoir jusqu'où il est raisonnable d'aller ». Lire également Julien LE GARS, *Homme augmenté, transhumanisme en embuscade*, Droit de la famille n° 6, Juin 2018, 14 : « Les évolutions techniques, si elles peuvent aussi conduire à une augmentation de l'homme, sont d'abord évidemment utiles pour la santé publique lorsqu'il s'agit de remédier à une infirmité de naissance ou accidentelle, comme la perte ou absence de la vue, de

est quasi-certain que dans un avenir proche, nos descendants seront équipés de nanos-robots leur permettant d'être guéris de toute pathologie physique[1097]. L'heure du cyborg approche. Déjà, la médecine, « traditionnellement technique de soin et de réparation des défaillances de l'organisme, devient insensiblement une technique d'augmentation qui tend à repousser les limites de l'organisme. Elle vise l'allongement de la durée moyenne de vie dans les pays médicalisés plus que la guérison des fléaux et maladies, au point que l'Organisation mondiale de la santé déclare que la médecine a pour visée l'« état complet de bien-être »[1098].

931. Néanmoins, des limites à la libre disposition de soi que permettront les biotechnologies doivent être posées. Il convient en effet de guider le changement de civilisation que représentent les promesses transhumanistes pour que celui-ci ne crée pas des hommes uniquement dévoués à l'intérêt d'autrui, ou une société scindée entre êtres humains non modifiés et des hommes améliorés vivant dans des citadelles imprenables à l'abri de toute forme de misère. Les cohésions individuelle et sociale doivent donc être maintenues à l'aide de l'ordre public de direction de la personne. L'autre alternative, décrite par Jérôme GOFFRETTE, consiste à créer des « machines humaines » construites pour une performance spécifique[1099] et qui se dédient à un tout autre intérêt que le leur propre.

932. Nonobstant ce danger, il ne faut pas « refuser d'améliorer la résistance de l'organisme humain au vieillissement, d'augmenter ses capacités perceptives, intellectuelles, voire de doter

---

la motricité, de la mémoire, de la parole ou d'un organe, y compris via une imprimante 3D à partir de cellules souches « encre » ».

[1097]Luc FERRY, *La révolution transhumaniste,* PLON (2016), page 72 : « On pourra bientôt détecter la plupart des maladies génétiques, donc prévenir certaines d'entre elles, voire réparer un jour les gènes défectueux grâce à une chirurgie génique qui, elle aussi, progresse depuis quelques années à pas de géant. Ensuite, ce sont les nanotechnologies qui viendront à l'appui de la médecine, en fabriquant des nanomachines, des milliers de fois plus petites que le diamètre d'un cheveu. Une fois placées dans nos organismes, elles pourront diagnostiquer et réparer nos défauts. Troisième révolution, celle des big data, avec l'apparition d'ordinateurs surpuissants qui permettront de comparer entre elles des milliards de milliard de cellules, ouvrant ainsi la voie à une médecine personnalisées, adaptée à chaque maladie comme à chaque malade. Quatrième direction de recherche celle de la robotique qui, avec l'aide des autres technologies, renforcera comme jamais les possibilités d'hybridation de l'homme avec des machines. La recherche sur les cellules souches ouvrira la voie de la médecine réparatrice, tandis que, sixième élément, les progrès de l'intelligence artificielle conduiront inévitablement à l'apparition d'un « homme augmenté ».

[1098]Bernadette BENSAUDE-VINCENT, *Les vertiges de la techno-science. Façonner le monde atome par atome,* La Découverte (2009), page 100.

[1099]Jérôme GOFFRETTE, *Naissance de l'anthropotechnie. De la médecine au modelage de l'humain,* Vrin (2008), page 160 : « Au saut en hauteur, assisterons-nous à l'envol de véritables géants filiformes, aux os creux comme ceux des oiseaux ? Verrons-nous en haltérophilie des squelettes modifiés génétiquement, des muscles ajoutés par chirurgie, des tendons à la physiologie renforcée ? Contemplerons-nous des marathoniens aux jambes allongées et aux tendons élastiques déployer une fluidité aussi bondissante et économe que celle des kangourous ? Et les boxeurs auront-ils une sorte de casque crânien organique suffisamment épais pour être à toute épreuve ? (...) Les nageurs seront-ils dotés de capacités respiratoires telles qu'elles pourraient les exonérer de respirer durant l'effort ; et leurs peaux prendront-elles la teinte grise et la consistance si particulière de celle des dauphins ? Auront-ils les mains et les pieds palmés tandis que l'acuité visuelle des coureurs automobiles sera redoublée grâce à un gène de nyctalopie ? ».

l'espèce humaine, par hybridation, d'aptitudes supérieures dans tous les compartiments du jeu de la vie »[1100], aussi longtemps que sera démontré l'intérêt personnel, réel, autre qu'une gloire éphémère au service d'autrui, que l'individu concerné y trouve. Il pourrait également être envisagé que « l'acte [soit] réservé à des sujets malades, blessés, et que l'augmentation éventuelle ne [soit] appliquée sans discernement à quiconque. L'acte à visée d'augmentation pour l'augmentation, et non d'abord pour soigner, pourrait ainsi être, par principe, proscrit »[1101].

933. L'ordre public de direction de la personne ne s'appliquera que dans les hypothèses où l'individu est, consciemment ou non, contraint par une force extérieure d'agir en un certain sens. C'est, une fois de plus, l'application du principe de proportionnalité *in concreto* qui doit conduire à ménager des solutions dont les conséquences négatives pour la personne ne sont pas démesurées. Poursuite de la gloire sportive et de la richesse pécuniaire qui l'accompagne, asservissement à l'idéal de perfection humaine, obéissance aux diktats modernes de la beauté industrielle sont des buts dépendants des désirs d'autrui. Ainsi que l'écrit Hervé CHNEIWEISS, « dans cette société de la performance, la norme est assimilée à la normalité. Tout ce qui s'en écarte devient en conséquence anormal et donc, en biologie, pathologique. La norme elle-même est évolutive, et l'on voit de plus en plus de situations, d'états ou de comportements considérés autrefois comme « normaux », auxquels il fallait « se résigner », devenir aujourd'hui des maladies qu'il faut soigner. Fatigue, stress, dépression, troubles musculo-squelettiques et autres conséquences des « normes productivistes entraînent et justifient la prise de traitements associés »[1102]. En revanche, le désir de se cultiver plus complètement, la volonté de se surpasser physiquement pour le goût de l'effort paraissent constituer des objectifs purement personnels que, si la biomédecine rend possibles, ne devraient pas être interdits.

934. Il ressort de ces lignes que les promesses de succès et d'accomplissement personnel des transhumanistes ne sont que le cheval de Troie d'une idéologie néo-libérale visant à rendre la personne étrangère à elle-même et à mettre son efficacité économique au service des plus puissants. Il faut donc rechercher une alternative, que l'on trouve dans la réglementation des

[1100]Luc FERRY, *La révolution transhumaniste. Comment la technomédecine et l'uberisation du monde vont bouleverser nos vies,* PLON (2016), page 62.
[1101] Julien LE GARS, *Homme augmenté, transhumanisme en embuscade*, Droit de la famille n° 6, Juin 2018, 14.
[1102]Hervé CHNEIWEISS, *L'homme réparé. Espoirs, limites et enjeux de la médecine réparatrice,* PLON (2012), page 185.

comportements individuels au travers de l'application proportionnée de l'ordre public de direction de la personne.

935. En conclusion de ce chapitre, la libre disposition de soi dans le cadre du transhumanisme s'apparente à une aliénation. En effet, la modification du corps et de l'esprit au moyen de la technique n'est pas souhaitée dans le but de s'accomplir mais dans l'objectif de plaire à autrui : choix de l'embryon pour contenter les désirs de succès des parents, modification du corps des sportifs pour divertir une certaine population avide de sensations fortes par procuration, utilisation de la chirurgie esthétique pour se conformer aux canons de la beauté définis par d'autres que soi. L'être humain est ainsi traversé par les désirs d'autrui et perd de vue ses propres objectifs. C'est en ce sens que la technique est aliénante puisqu'elle envahit l'individu en étouffant ses aspirations personnelles au profit de celles des castes dominantes. Dans ce processus, c'est également le Bien commun qui est perdu de vue, noyé dans le contentement des aspirations des personnes les plus influentes. La société des transhumanistes, inégalitaire et dépourvue de liberté personnelle, promet l'avènement d'une totale libre disposition de soi qui se dissout tel un mirage dans le désert puisqu'elle n'est pas alimentée par une volonté saine et éclairée. C'est pourquoi il est nécessaire de recourir à un ordre public de direction de la personne aux fins de libérer les individus de la névrose collective qui les envahit. Ces derniers doivent être accompagnés dans leur marche vers une société dominée par la technique pour ne pas perdre leur indépendance d'esprit. Ils ont besoin d'être guidés, de se voir imposer des limites, car la disposition de soi laissée à elle-même devient le jouet des désirs d'autrui. Le transhumain doit donc rester sous le patronage de l'ordre public de direction de la personne.

936. L'ordre public de direction de la personne a donc pour vocation de s'appliquer aussi bien à la conception classique de la personne qu'à sa version projective transhumaniste. S'agissant de la première, il permet d'expliquer que les performances artistiques ne soient limitées que par le caractère sacré de la mort, tandis que les relations sadomasochistes ne doivent être interdites que lorsqu'elles dégénèrent en infraction pénale. Plus encore, sous l'influence de ce nouvel ordre public, l'on pourrait autoriser la prostitution des personnes qui se disent volontaires pour effectuer cette tâche, mais également la grossesse d'une femme portant l'enfant destinée à une autre, lorsque cet acte se fait par amitié, et enfin respecter le choix idéologique des Témoins de Jéhovah. Ce qu'il importe de retenir ici est que l'ordre public de direction de la personne ne se contente pas de porter une appréciation univoque sur ces problématiques sensibles, mais permet d'apporter une réponse nuancée, adaptée aux

circonstances de l'espèce. Il faut prendre le risque de cet ordre public de direction de la personne souple et pragmatique car c'est à ce prix que survivra la libre disposition de soi.

937. Ce nouvel ordre public étend ensuite son champ d'application à la personne transhumaine dont l'avènement est encore incertain. Il aura pour utilité d'éviter que l'être humain ne soit totalement aliéné par le système technicien dont la mise en œuvre aboutit à la construction d'une société inégalitaire où la liberté n'existe plus. Où l'on constate que la libre disposition de soi peut être instrumentalisée à des fins étrangères au bonheur individuel. Dévoyée, elle devient un instrument de contention de l'homme dans des habitudes qui ne lui sont pas bénéfiques. Il perdra de vue ses propres objectifs pour ne réaliser que ceux que le système néo-libéral lui insufflera. En revanche, par l'intervention de l'ordre public de direction de la personne, la libre disposition de soi sera cantonnée dans des limites acceptables, qui permettront à l'homme de moins souffrir des maladies et des défaillances biologiques les plus graves, tout en lui laissant son libre arbitre avec son horizon d'erreurs et de maladresses.

938. Cette seconde partie aura donc vu la naissance d'un nouvel ordre public dit de direction de la personne car il permet d'accompagner tant la personne dans son acception classique que le transhumain sur le chemin de la recherche de la complétude et du bonheur. Cet instrument souple et pragmatique s'adapte bien au domaine de la libre disposition de soi en ce qu'il n'inspire pas des solutions univoques mais plutôt des compromis acceptables tant pour l'individu que pour la société. A cette fin, le principe de proportionnalité in concreto est un allié précieux dans la mise en œuvre de l'ordre public de direction de la personne. C'est en effet grâce à celui-ci que l'on pourra prendre en considération les particularités de chaque situation et s'y adapter et c'est ainsi que la libre disposition de soi ne sera pas brimée dans des proportions déraisonnables. Il faut en outre assigner à ce nouvel ordre public un objectif sans lequel celui-ci demeure un « cheval indiscipliné (unruly horse), rétif, indomptable »[1103]. C'est celui du Bien commun, choisi pour contrôler la libre disposition de soi eu égard à son caractère bienveillant, tolérant et fraternel. En résumé, un acte qui œuvre pour le Bien commun et qui entraîne des conséquences dommageables mais assumées par la personne concernée ne doit pas être interdit par l'ordre public de direction de la personne. C'est ainsi que l'ordre public de direction de la personne n'empêchera pas des hommes et des femmes de se prostituer volontairement, qu'il laissera les Témoins de Jéhovah mourir dans le respect de leur foi. En revanche, dès lors que le but recherché par l'homme est étranger à son bien-être personnel et au Bien commun, l'ordre

[1103] Lord Denning, cité par Philippe MALAURIE, *Rapport de synthèse*, dans Tierry REVET (sous la direction de), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz (1996), page 105.

public de direction de la personne doit intervenir pour limiter une libre disposition de soi qui est dénaturée. Ceci explique notamment que les espoirs d'amélioration de l'espèce humaine doivent être modérées et que l'aboutissement du transhumain n'est que partiellement souhaitable. Il convient en effet d'accueillir avec satisfaction les promesses de guérison du corps de maladies actuellement mortelles, mais de demeurer réservé sur des pratiques telles que l'apotemnophilie ou la sélection des embryons suivant les vœux exprimés par les parents.

CONCLUSION

939. De prime abord, la libre disposition de soi est contingentée par l'ordre public classique et protégée par la dignité subjective.

940. En effet, l'on a constaté, notamment au travers du rôle du Ministère public au sein du procès civil, que le représentant de la société était présent même dans les litiges afférents à l'intimité de la vie privée. Que l'on songe par exemple aux enquêtes diligentées à l'initiative du Procureur de la République concernant les mariages blancs et qui nécessitent que les enquêteurs s'intéressent de près à l'intimité des personnes suspectées de vouloir convoler en d'injustes noces. Si les aspirations individuelles sont davantage prises en considération, ainsi qu'il a été écrit à propos du choix du nom patronymique de ses enfants ou du choix de leur prénom, l'ordre public classique semble garder son rôle de frein à la libre disposition de soi. Ce constat se vérifie également dans le champ d'application de l'ordre public de protection, où certaines personnes considérées comme vulnérables voient leur libre disposition d'elles-mêmes limitée parfois contre leur gré. C'est le cas des majeurs protégés, même si la récente réforme du 23 mars 2019 marque un recul du contrôle judiciaire, mais également des personnes aliénées qui sont privées de leur liberté. Quant à la dignité subjective, elle protège la libre disposition de soi, ainsi que les paragraphes relatifs au régime juridique applicable aux personnes détenues ou gardées-à-vue l'ont illustré.

941. En avançant dans le raisonnement, l'on se rend compte que l'ordre public, dans ses composantes classiques, ne suffit plus à contenir la libre disposition de soi, comme on a pu l'examiner dans les domaines du dopage sportif ou de l'obligation pénale de soins. Là où, dans le droit de la famille et de l'état des personnes, l'ordre public de direction maintient un certain contrôle des aspirations individuelles, il est des pans du Droit où ce dernier a été surpassé soit par les intérêts économiques s'épanouissant dans le domaine sportif, soit par la résistance des egos trop attachés à leurs addictions pénalement répréhensibles. S'agissant de l'ordre public de protection, une vigilance de tous les instants demeure nécessaire pour ne pas se laisser dévier de sa route par les passagers clandestins économiques. Laissé seul gardien de la libre disposition de soi, l'ordre public classique paraît impuissant face aux volontés déterminées à ne respecter que la loi qu'elles s'imposent à elles-mêmes.

942. Face à ces difficultés, les juges se sont tournés vers la dignité objective aux fins de limiter la libre disposition de soi. La difficulté vient de ce que ce concept appliqué à notre domaine d'études est ambivalent. D'une part en effet, la dignité objective permet à la libre

disposition de soi de s'exprimer dans des limites raisonnables car un « homme sans gravité »[1104] ni limite n'expérimente pas la liberté, mais un état névrotique d'apesanteur. D'autre part néanmoins, la même dignité objective, en descendant dans l'arène juridique, se transforme en un instrument castrateur de la volonté individuelle, car il est utilisé en référence à un archétype humain auxquels tous les individus sont invités à se conformer. L'on a pu constater, notamment au travers du traitement des personnes sans domicile fixe, que les arrêtés anti-mendicité limitaient la libre disposition de ces dernières aux fins de protéger les passants d'un danger non véritablement identifié. C'est en conséquence à regret que l'on a examiné la prévalence de la dignité de la personne humaine dans le domaine de la libre disposition de soi. Dépourvue de véritable fondement philosophique, inquiétante lorsqu'on projette son application à l'ensemble de la population, la dignité objective aboutit à mettre sous tutelle la personne humaine.

943. Il résulte du double échec de l'ordre public classique et de la dignité que la libre disposition de soi, qui nécessite un encadrement juridique, doit être cantonnée dans des limites raisonnables par un nouvel instrument : l'ordre public de direction de la personne. Ce dernier se veut un outil de raisonnement pragmatique et doit permettre d'envisager sereinement les cas limites, tels que le sadomasochisme ou encore la prostitution, en permettant la prise en compte proportionnée de la volonté individuelle à l'aune du Bien commun. Il s'agit de trouver un cheminement intellectuel médian, afin, tel un équilibriste, de se frayer une voie entre les néo-libéraux fervents défenseurs d'une liberté laissée aux affres du marché, et les conservateurs adeptes de la dignité objective. Pour cela, il faut prendre le risque d'une certaine casuistique judiciaire et législative car l'on doit prendre en considération chaque cas dans sa singularité. Le principe de proportionnalité invite à cette appréciation différenciée des situations juridiques et l'objectif du Bien commun permet de maintenir une cohérence d'ensemble. C'est pourquoi toutes les formes de prostitution n'apparaissent pas souhaitables, comme l'autorisation sans limites des mères porteuses porterait un message socialement délétère.

944. A la question posée en introduction – le Droit est-il légitime à encadrer la disposition que chacun a de soi-, la réponse et positive mais doit être immédiatement nuancée. D'une part, dès lors qu'il s'agit d'un domaine où règne l'intimité, il ne faudrait pas aliéner les individus et les forcer à s'encastrer dans un moule que les pouvoirs publics auraient prédéfini. D'autre part, des limites doivent être posées aux volontés individuelles. En effet, ainsi que RICOEUR a permis de le constater, autrui est toujours présent, même dans les rapports que l'on entretient avec soi-même. En conséquence, pour que ce dernier soit respecté dans son intégrité

[1104] Charles MELMAN, *L'homme sans gravité. Jouir à tout prix*, Denoël (2002).

intellectuelle, il convient de poser des frontières infranchissables aux aspirations individuelles, pour faire en sorte qu'elles ne déstructurent pas l'appareil sociétal. La vie en commun nécessite des compromis perpétuels, c'est une antienne connue. Mais cet écrit avait pour objectif de démontrer que lesdits compromis s'appliquent jusque dans la sphère privée de la libre disposition de soi.

945. Des questions continuent de se poser, telles que le statut familial des personnes transsexuelles, la question de l'expérimentation sur les embryons, la liberté sexuelle des personnes aliénées. Se profilent également les augures du transhumanisme, qui ne se réaliseront que sous la condition que la Terre soit encore accueillante pour les Hommes qui sont si acharnés à détruire leur environnement.

946. Hannah ARENDT a écrit que « ce qui rend la société de masse si difficile à supporter, ce n'est pas, principalement du moins, le nombre des gens ; c'est que le monde qui est entre eux n'a plus le pouvoir de les rassembler, de les relier, ni de les séparer. Etrange situation qui évoque une séance de spiritisme au cours de laquelle les adeptes, victimes d'un tour de magie, verraient leur table soudain disparaître, les personnes assises les unes en face des autres n'étant plus séparées, mais n'étant plus reliées non plus, par quoi que ce soit de tangible »[1105]. Il faut réinvestir cet espace public, le peupler diligemment et intelligemment, pour que vive l'Homme libre et non plus le seul consommateur avide de toujours plus de biens matériels. Se faisant, les individus pourraient retrouver une réelle intériorité et vivre plus sereinement leur finitude humaine.

[1105] Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne,* Calmann-Levy (1983), pages 92-93.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- AUBERT J.-L., FLOUR J., SAVAUX E., *Les obligations, l'acte juridique,* Sirey (2006).
- BINET J.-R., *Protection de la personne – le corps humain*, Jurisclasseur Code civil, article 16 à 16-4, fascicule 12.
- BIOY X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ (2014).
- BOYER L., STARCK B., ROLAND H., *Droit civil, le contrat*, Litec (1998).
- BOYER L., STARCK B., ROLAND H., *Introduction au droit,* Litec (2000).
- BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBEAU-TERNEYRE V., *Droit civil – les obligations,* Dalloz (2017).
- CARBONNIER J., *Droit civil, tome 4, Les obligations,* PUF (2000).
- CARBONNIER J., *Droit civil, Les personnes*, PUF (2000).
- CHAPUS R., *Droit administratif général,* Tome 1*,* Montchrestien, 15e édition (2001).
- COMTE-SPONVILLE A., *Petit traité des grandes vertus,* PUF (1995),
- CORNU G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, PUF (1998).
- de FAY P., JurisClasseur Administratif, Fascicule 126-20 : POLICE MUNICIPALE.
- de VILLIERS M. et de BERANGERT. (sous la direction de), *Droit public général*, Lexisnexis, 5è édition (2011).$
- DUPRÉ de BOULOIS X., *Droit des libertés fondamentales*, PUF (2018).
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral,* PUF (2016).
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit Civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey (2014).
- GUINCHARD S., DEBARD T. (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz (2011).
- GHESTIN J., *La formation du contrat, Tome 1*, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ (2013).
- GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., *Traité de droit civil - La formation du contrat*, LGDJ (2013).
- GRANET-LAMBRECHTS F., *Droit de la filiation*, Dalloz (2017).
- GRANET-LAMBRECHTS F., Jurisclasseur civil, article 99 à 101, fascicule 30.
- HAUSER J. et LEMOULAND J.-J., *Ordre public et bonnes mœurs*, « Dalloz.fr » (2015).
- HERZOG-EVANS M., *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz Action (2016).
- LARROUMET C., *Droit civil, tome 3,* Economica (1998).
- LARROUMET C., BROS S., *Traité de droit civil – tome 3,* Economica (2016).
- LARROUMET C. et AYNÈS A., *Introduction à l'étude du* droit, Economica, sixième édition (2013).
- MALINVAUD P., *Les obligations,* Litec (2005).
- MALINVAUD P., FENOUILLET D., MEKKI M., *Droit des obligations,* LexisNexis (2014).
- MALAURIE P., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations,* LGDJ (2016).
- MARÉCHAL J.-Y., JurisClasseur Code Pénal, fascicule 20 : sursis avec mise à l'épreuve.
- MARTY G., RAYNAUD P., *Droit civil, tome 1,* Sirey (1988).
-

- MASCALA C., *Le consentement de la victime*, Jurisclasseur Code Pénal, appendice article 122-4 à 122-7, fascicule unique , n°3
- MAZEAUD H., MAZEAUD L., MAZEAUD J., CHABAS F., *Leçons de droit civil,* Montchrestien (1996),
- MAZEAUD J., CHABAS F., *Leçons de droit civil,* Montchrestien (1998).
- RAYMOND G., Juris-classeur Code civil, articles 148 à 160, Mariage-consentement familial, actualisé par CICILE-DELFOSSE M.-L.
- REVET T. (avec la coordination de), *L'ordre public à la fin du XXè siècle*, Dalloz (1996).
- ROBERT J.-H., « Récidive législative. Commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », Droit pénal n° 5, Mai 2010, étude 8.
- ROETS D., Jurisclasseur Code pénal, Art. 131-36-1 à 131-36-8 - Fascicule 20 : Suivi socio-judiciaire.
- SIMLER P., *Classification des obligations. – Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire,* Jurisclasseur, Code civil, article 1136 à 1145, fascicule 10.
- STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Droit civil, le contrat,* Litec (1998).
- SUDRE F., Jurisclasseur, Fascicule 6500, Convention européenne des droits de l'homme.
- SUDRE F., MARGUÉNAUD J.-P., ANDRUANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., GONZALEZ G., MILANO L., SURREL H., avec la collaboration de MARCHADIER F., PICHERAL C., *Les grands arrêts de la CEDH*, PUF (2015).
- SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF (2016).
- TCHEN V., Jurisclasseur Administratif, fascicule 200 : Police administrative – théorie générale, n°76
- TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9ème édition (2012).
- TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations,* Dalloz (2013).
- WACHSMANN P., *Liberté d'expression*, Jurisclasseur Libertés, Fascicule 800, n°191

OUVRAGES SPECIALISES

- *L'ordre public,* Collectif, Archives de philosophie du droit, tome 58, Dalloz (2015).
- *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journée Libanaises, Tome XLIX/1998, LGDJ (2001).
- *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, tome VII,* Eugène Doucet (1952).
- *Manifeste convivialiste, Déclaration d'interdépendance*, Collectif, Le Bord de l'Eau (2013).
- AGACINSKI S., *Corps en miettes*, Flammarion (2009).
- ARENDT H., *Condition de l'homme moderne,* Calmann-Levy (1983).
- ARDENNE P., *Extrême, Esthétiques de la limite dépassée*, Flammarion (2006).
- ARIÈS P.,
    - *Décroissance ou barbarie,* éditions Golias (2004).
    - *Décroissance et gratuité. Moins de biens, plus de liens,* éditions Golias (2010).
- ATLAN M., POL-DROIT R., *Humain. Une enquête philosophique sur ces révolutions qui changent nos vies,* Flammarion (2012).
- BAUD J.-P., *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps,* Seuil (1993).

- BAUZON S., *La personne biojuridique*, PUF (2006).
- BENASAYAG M., GOUYON P.-H., *Fabriquer le vivant ? Ce que nous apprennent les sciences de la vie pour penser les défis de notre époque,* La Découverte (2012).
- BENSAUDE-VINCENT B., *Les vertiges de la techno-science. Façonner le monde atome par atome,* La Découverte (2009).
- BERLIN I., *Four essays on liberty*, Oxford University Press (1984).
- BINET J.-R., *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF (2002).
- BORRILLO D.,
    - *Le droit des sexualités*, PUF (2009).
    - *Bioéthique*, Dalloz (2011).
- BOURG J.-F. et GOUGUET J.-J., *La société dopée. Peut-on lutter contre le dopage sportif dans une société de marché*, Seuil (2017).
- BOURGEAULT G., *L'ethique et le droit. Face aux nouvelles technologies bio-médicales,* Les Presses de l'Université de Montréal (1990).
- BRISSONNEAU C., AUBEL O., OHL F., *L'épreuve du dopage. Sociologie du cyclisme professionnel*, PUF (2008).
- CAILLÉ A., HUMBERT M., LATOUCHE S., VIVERET P., *De la convivialité. Dialogues sur la société conviviale à venir,* éditions La Découvertre (2011).
- CANIVEZ P. et COULOUBARITSIS L., *l'Ethique et le soi chez Paul Ricoeur, Huit études sur soi-même comme un autre*, Septentrion, Presses Universitaire (2013).
- CASTEL R., *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard (1995).
- CHAÏBI R., *Liberté et paternalisme chez John Stuart Mill*, L'Harmattan (2008).
- CHNEIWEISS H., *L'homme réparé*, *Espoirs, limites et enjeux de la médecine régénératrice*, PLON (2012).
- CHOMSKY N., *Quelle sorte de créatures sommes-nous ? Langage, connaissance et* liberté, Lux Editeur (2016).
- CONLY A., *Against autonomy. Justifying coercive paternalisme,* Cambridge University Press (2014).
- COUDARCHER M., *Kant pas à pas*, Ellipses (2008).
- DAGOGNET F., *Questions interdites*, Les Empêcheurs de penser en rond (2002).
- DARDOT P. et LAVAL C.,
    - *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, La Découverte (2009).
    - *COMMUN, Essai sur la révolution au XXIè* siècle, La Découverte (2014).
- DE KONINCK T. et LAROCHELLE G. (coordonné par), *La dignité humaine. Philosophie, droit politique, économie, médecine*, PUF (2005).
- DEPADT-SEBAG V., *Droit et bioéthique*, Editions Larcier, deuxième édition (2012).
- DESJARDIN A., *Focus sur Kant. Fondements de la métaphysique des mœurs*, Ellipses (2013),
- DUBREUIL C.-A. (sous la dir.), *L'ordre public*, éditions CUJAS (2013).
- DUFLO C., *Kant, La Raison du droit*, Editions Michalon (1999).
- DUMONT L., *Homo aequalis I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Gallimard (1985).
- EDELMAN B., *La personne en danger*, PUF (1999).
- ELIAS N.¸ *La société des individus,* Pocket (2004).
- ELLUL J.*, Le bluff technologique*, Fayard (2012).
- FABRE-MAGNAN M., *La gestation pour autrui. Fiction et réalité,* Fayard (2013).

- FERRY L., *La révolution transhumaniste. Comment la technomédecine et l'uberisation du monde vont bouleverser nos vies,* Plon (2016).
- FOUCAULT M.,
  - *Histoire de la sexualité. 1. La volonté de savoir*, éditions Gallimard (1976).
  - *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France.1976.,* Gallimard, Seuil (1997).
- FUKUYAMA F., *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique,* Gallimard (2002).
- FURKEL F., JACQUOT F. et JUNG H., (sous la dir.de), *Bioéthique. Les enjeux du progrès scientifique - France, Allemagne-* , Bruylant, Bruxelles (2000).
- GÉNÉREUX J.,
  - *La dissociété. A la recherche du progrès humain* – 1, Seuil (2011).
  - *L'autre société. A la recherche du progrès humain* -2, Seuil (2011).
  - *La grande régression – A la recherche du progrès humain – 3*, Seuil (2011)
- GILOUX N., PRIMEVERT M. (sous la dir. de), *Les soins psychiatriques sans consentement*, LEH Edition (2017).
- GIRARD C. et HENNETTE-VAUCHEZ S. (sous la direction de), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF (2005).
- GIRAUD P.-N., *L'Homme inutile. Du bon usage de* l'*économie*, Odile Jacob (2015).
- GOFFRETTE J., *Naissance de l'anthropotechnie. De la médecine au modelage de l'humain,* Vrin (2008).
- GRABARCZYK K., *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (2008).
- HAUTEFEUILLE M., WIEVIORKA E., *La légalisation des drogues. Une mesure de salut public,* Odile Jacob (2014).
- HAYEK F.A., *La route de la servitude*, PUF (2011).
- HELMONS S.M. (sous la dir.de), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs. Les limites irréductibles*, Bruylant (1999).
- HENNETTE-VAUCHEZ S. (sous le dir.de), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, LGDJ (2006),
- HERMITTE M.-A., *L'emprise des droits intellectuels sur le monde* vivant, édition Quae (2016).
- HÖFFE O., *Introduction à la philosophie pratique de KANT. La morale, le droit et la religion*, Librairie Philosophique J. Vrin (1993).
- HOTTOIS G., *Le transhumanisme est-il un humanisme ?*, Académie Royale de Belgique (2014).
- HUGUES J., *Citizen cyborg*, Westview Press (2004).
- IACUB M., *Qu'avez-vous fait de la libération sexuelle ?,* Flammarion (2002).
- ISRAËL L. et MÉMETEAU G. (sous la dir. de), *Le mythe bioéthique*.
- JONAS H., *Le principe responsabilité*, Flammarion (2009).
- JOUSSET-COUTURIER B., *Le transhumanisme. Faut-il avoir peur de l'avenir ?*, Groupe Eyrolles (2016).
- KANT E.,
  - *Fondements de la métaphysique des mœurs*, éditions Delagrave (1997).
  - *Doctrine de la vertu,* Vrin (1996).
  - *Leçons d'éthique*, Le Livre de Poche (1997).
- KÉVORKIAN G. (sous la dir.de), *La pensée libérale, Histoire et* controverses, Ellipses (2010).
- KYMLICKA W., *Les théories de la justice une introduction*, La Découverte (2003)

- LABRUSSE-RIOU C. (sous la direction de), *Écrits de bioéthique,* Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2007.
- LAFONTAINE C., *La société post-mortelle*, Seuil (2008).
- LE BLANC G., *La pensée Foucault*, Ellipses (2006).
- LE BRETON D.,
  - *L'Adieu au corps*, Métailié (1999).
  - *Anthropologie du corps et modernité,* PUF (2011).
- LE DÉVÉDEC N., *La société de l'amélioration. La perfectibilité humaine des Lumières au transhumanisme*, Liber (2015).
- LEGROS B., *Droit de la bioéthique*, Les Etudes Hospitalières (2013).
- LEMOULAND J.-J. et NOGUÉRO D., *Majeurs protégés*, Dalloz (2017)
- LEQUAN M., *La philosophie morale de Kant*, Le Seuil (2001).
- MATEU J., REYNIER M., VIALLA F., *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, LEH Edition (2010).
- MARZANO M., *Je consens donc je suis,* PUF (2011).
- MATHIEU B., *La bioéthique,* Dalloz (2009).
- MAUCOURANT J., *Avez-vous lu Polanyi ?*, Flammarion (2011).
- MELMAN C*., L'homme sans gravité. Jouir à tout prix*, Denoël (2002).
- MILL J.S., *De la liberté*, Gallimard (1990).
- NEIRINCK C. (sous la direction de), *De la bioéthique au biodroit*, LGDJ (1994).
- NOZIK R., *Anarchie, État et utopie*, PUF (2012).
- OGIEN R.,
  - *La panique morale*, Grasset (2004).
  - *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes,* Gallimard (2007).
  - *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Grasset (2011).
- OLIVENNES F., *Pour la PMA,* JC Lattès (2018).
- PASCAL J.-C. et HAMON C. (sous la dir.de), *Consentement et contrainte dans les soins en psychiatrie*, Doin éditeurs (2014),
- PAUGAM S. (sous la dir.de), *L'exclusion, l'état des savoirs*, Editions La Découverte (1996).
- PAUGAM S., *La disqualification sociale*, PUF Quadrige (2013).
- PAUGAM S., DUVOUX N., *La régulation des pauvres*, PUF (2008).
- PAVIA M.-L, REVET T. (sous la dir. de), *La dignité de la personne humaine*, Economica (1999).
- Pièces et main d'oeuvre, *Manifeste des chimpanzés du futur. Contre le transhumanisme,* Edition Service Compris (2017).
- PINGEOT M., *La dictature de la transparence*, Robert Laffont (2016).
- POLANYI K., *La Grande Transformation*, Gallimard (1983).
- POTIER V., *À la recherche du bien commun,* l'Harmattan (2015).
- POULIN R., *Abolir la prostitution. Manifeste,* les Editions Sisyphe (2006).
- POUTRAIN V., *Sexe et pouvoir. Enquête sur le sadomasochisme,* Belin (2003).
- PY B. (sous la direction de), *La mort et le droit,,* Presses Universitaires de Nancy (2010).
- RAWLS J., *Théorie de la Justice*, Seuil (1987).
- REVET T. (sous la coordination de), *L'ordre public à la fin du XXè siècle,* Dalloz (1996).
- REY O., *Leurre et malheur du transhumanisme*, Desclée de Brouwer (2018), page 72.
- RICOEUR P.. *Anthropologie philosophique, Ecrits et conférences 3*, Seuil (2013).

- RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ (1990).
- ROSANVALLON P., *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Seuil (1999).
- RUSS J., LEGUIL C., *La pensée éthique contemporaine,* Que sais-je?, PUF (2012).
- SANDEL M.J.,
    - *The case against perfection. Ethics in the afe of genetic engineering,* Harvard University Press (2009).
    - *Ce que l'argent ne saurait acheter*, Seuil (2014).
    - *Justice*, Albin Michel (2016).
- STEINER P., *Le dopage sans duperie*, Edition Les Belles Lettres (2016).
- TESTART J., *Faire des enfants demain,* Seuil (2014).
- TESTARD J., ROUSSEAUX A., *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes*, Seuil (2018).
- VERGARA F., *Les fondements philosophiques du* libéralisme, La Découverte (2002).
- VIALLA F. (sous la direction de), *Jurisprudences du secteur social et médico-social,* Dunod, (2012).
- VIGARELLO G. (sous la dir.de), *Histoire du corps. De la Renaissance aux Lumières,* Seuil (2005).
- YONNET P., *Huit leçons sur le sport*, Editions Gallimard (2004).

THESES

- BEIGNIER B., *L'honneur et le droit,* thèse PARIS 2, 1991.
- GERVIER P., *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public,* LGDJ (2014).
- HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique*
- LAGARDE E., *Le principe d'autonomie personnelle. Etude sur la disposition corporelle en droit européen*, thèse (2012)
- MALAURIE P., *L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.),* Editions MATOT-BRAINE, Reims (1953).
- MBALA MBALA F., *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, thèse (2007).
- MAURER B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation Française (1999).
- SELLAMI S., *La sexualité des personnes handicapées,* Presses Universitaires de Nancy (2018).
- SIMON A., *L'ordre public en droit privé,* thèse pour le Doctorat (1911).
- VINCENT-LEGOUX M.-C., *L'ordre public, Etude de droit comparé interne*, PUF (2001).

MELANGES

- *Droit Civil, Procédure, Linguistique Juridique*, Ecrits en hommage à Gérard CORNU, PUF (1994).

- *Ethique, droit et dignité de la personne.* Mélanges Christian BOLZE, sous la direction de PEDROT P., Economica (1999).
- *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, Librairie Edouard Duchemin (1977).
- *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*. Etudes offertes à Pierre CATALA, Litec (2001).
- Etudes offertes à Jacques FLOUR, Defresnois (1979).
- Etudes offertes au professeur René HOSTIOU, Litec (2008).
- Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD, litec (2007).
- Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz (2011).
- Mélanges offerts à Pierre DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz (2000).
- Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?,* éditions Frison-Roche (1999).
- Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA. Propos impertinents de droit des affaires, Dalloz (2001).
- Mélanges Patrice GÉLARD, *Droit constitutionnel*, LGDJ (1999).
- Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques TENEUR, Tome I, Collection des travaux de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille (1977), page 63.
- Mélanges offerts à Jacques VELU, Tome premier, Bruylant (1992).
- Mélanges offerts à Marcel WALINE, LGDJ (1974), page 297.
- *Pouvoir et Liberté,* Etudes offertes à Jacques MOURGEON, éditions Bruylant (1998).
- *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, *Tome II Les sources générales des systèmes juridiques actuels,* Librairie Edouard Duchemin (1977).

ARTICLES

- AFROUKH M.,
  - « L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public : ou quand la subsidiarité permet la coexistence harmonieuse des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », Constitutions 2014, page 483.
  - « Premier constat de violation de la Convention dans une affaire de suicide assisté », La Semaine Juridique Edition Générale n° 35, 27 Août 2012, 915.
- AGACINSKI S., « Prostitution : l'abolition face à la légalisation », Le Débat, 2013/2 (n° 174), p. 114-129
- ALBERT N., « Le dommage causé à soi-même : point de vue publiciste », Responsabilité civile et assurances n°3, mars 2010, dossier 13.
- ALCALDE M., « Art corporel et externalisation des risques », Nouvelle revue d'esthétique, 2010/1 (n° 5), p. 161-168.
- ALEXANDRE L., « Transhumanisme versus bioconservateurs », Les Tribunes de la santé, 2012/2 (n° 35), p. 75-82.
- ANDORNO R., « Chapitre 3. Dignité humaine, droits de l'homme et bioéthique : quel rapport ? », Journal International de Bioéthique, 2010/4 (Vol. 21), p. 51-59.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J.,
  - « Chronique de jurisprudence des cours supranationales en matière de droits de l'homme (suite et fin) », Les Petites Affiches, 18/03/2015, n°55, page 3.

    - « L'interdiction de donner les embryons à des fins de recherche scientifique n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention », Gazette du Palais, 2015, n°332, page 20
    - « Les obligations de localisation des sportifs au nom de la lutte antidopage sont compatibles avec la Convention », Gazette du Palais 2018, n°9, page 34.
- ARENA G., MARETTE F., « Enquête sur les obligations de soins en Seine-Saint-Denis EPS de Ville-Evrard », L'information psychiatrique, 2007/1 (Volume 83), p. 23-28.
- ASSAILLY J.-P., « Les conduites à risque des jeunes : un modèle socio-séquentiel de la genèse de la mise en danger de soi », Psychotropes, 2006/2 (Vol. 12).
- AUBEL O., OHL F., « De la précarité des coureurs cyclistes professionnels aux pratiques de dopage. L'économie des coproducteurs du WorldTour », Actes de la recherche en sciences sociales, 2015/4 (N° 209), p. 28-41.
- AUBERT L., « Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement », RCS 2012 p.454
- AUMERCIER S., « Le SAMU social. De l'urgence à l'inclusion globale », Revue du MAUSS, 2004/1 (n^{o} 23), p. 116-132.
- AVENA-ROBARDET V.,
    - « Surendettement (bonne foi) : portée de la mauvaise foi des débiteurs – Cour de cassation, 2e civ. 15 octobre 2015 », Dalloz 2015, page 2124.
    - « Impact de la loi ELAN sur les familles », AJ famille 2018, page 638.
    - « Le débiteur qui ne recherche pas d'emploi peut être exclu de la procédure de surendettement », Dalloz Actualité 18 janvier 2016
- AZÉMA J., « Emballages et conditionnements des produits du tabac », RTD com. 2016, page 292.
- BATTEUR A., « L'enfant né d'un inceste entre frère et sœur : nouvel exemple d'un conflit de filiation insoluble », Dalloz 2017, page 2107.
- de BÉCHILLON D., « La responsabilité du fait de la transfusion sanguine », RFDA 2002, page 156.
- BELLIVIER F., « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? », Revue des contrats, n°3, premier septembre 2016, page 505
- BÉNABENT A., « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », Dalloz 2016, page 137.
- BERNAND Y., « L'article 333, alinéa 2 du Code civil à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », Droit de la famille n° 10, Octobre 2016, commentaire 200.
- BERNHEIM-DESVAUX S., « Rejet des trois procédures intentées par les géants de la distribution et de la fabrication de cigarettes », Contrats Concurrence Consommation n° 7, Juillet 2016, commentaire 178.
- BERTRAND V., « La mendicité et l'état dangereux : l'historicité des représentations sociales dans le discours juridique », Connexions, 2003/2 (n^{o}80), p. 137-154.
- BESNIER J.-M., « D'un désir mortifère d'immortalité. À propos du transhumanisme », Cités, 2013/3 (n° 55), p. 13-23.
- BIDAUD-GARON C., « La preuve de la filiation d'un étranger et la loi du 20 novembre 2007 », Droit de la famille n° 2, Février 2008, étude 7.
- BINET J.-R.,

    - « Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique », La Semaine Juridique Edition Générale n° 36, 2 Septembre 2013, 905.
    - « Affaire Vincent Lambert : arrêt de traitement suspendu », Droit de la famille n° 9, Septembre 2014, commentaire 141.
    - « Pas de violation du droit à la vie du patient en cas d'interruption de son alimentation et de son hydratation », Droit de la famille n° 9, Septembre 2015, commentaire 180.
    - « Assistance médicale à la procréation - Insémination post mortem : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal ! », Droit de la famille n°9, septembre 2016, étude 15.
- BIOY X.,
    - « Le tabagisme est un domaine propice au développement de nouveaux principes relatifs aux libertés », Dalloz 2006, page 124.
    - « À la recherche de l'embryon », Constitutions 2013, page 443.
- BIOY X., RIAL-SEBBAG E., « L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ?, » AJDA 2013, page 2204.
- BIOY X., RIAL-SEBBAG E., « L'évolution de la recherche sur l'embryon, une question de principes? », Les petites affiches, 17 décembre 2013, n°251, page 4
- BLANCHARD N., « Lutte contre le dopage - Contrôle - Le profil biologique désormais applicable à tous les sportifs », Jurisport 2018, n°187, p.7.
- BODIN D., SEMPÉ G., « Faut-il légaliser le dopage ? », Revue du MAUSS, 2012/2 (n° 40), p. 321-334.
- BONFILS P., GOUTTENOIRE A., « Droit des mineurs », Dalloz 2016, page 1966.
- BONNET B., « La Cour EDH et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public - . - Quand la marge nationale d'appréciation fait droit… », La Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 21 Juillet 2014, 835.
- BOULANGER D., « La loi Élan et la lutte contre l'habitat indigne et les marchands de sommeil », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 51-52, 21 Décembre 2018, 1372.
- BOURGOIN N., GIRARD C., « Les automutilations et les grèves de la faim en prison », RSC 2000. 657.
- BOUTEILLE-BRIGANT M., « Intelligence artificielle et droit : entre tentation d'une personne juridique du troisième type et avènement d'un « transjuridisme » », Les Petites affiches, 27 mars 2018, n°62, page 7.
- BOUTROY E., « Cultiver le danger dans l'alpinisme himalayen », Ethnologie française, 2006/4 (Vol. 36), p. 591-601.
- BRUGUIÈRE J.-M., Dalloz 2005, n°18, Tribune.
- BRULLMAN F., « Anatomie d'une illusion : désir de chirurgie esthétique, psyché à corps perdu », Revue française de psychanalyse, 2010/5 (Vol. 74), p. 1605-1610.
- BRUNETEAUX P., « L'hébergement d'urgence à Paris ou l'accueil en souffrance », Sociétés contemporaines, 2006/3 (n° 63), p. 105-125.
- BRUNETTI-PONS C., « Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse », Droit de la famille n° 11, Novembre 2001, chronique 23.
- BURGORGUE-LARSEN L.,
    - « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2014. 1763.

    - « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme (janvier - juillet 2015) », AJDA 2015. 1732.
- BYK C.,
    - « bioéthique -Législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », La Semaine Juridique Edition Générale n° 26, 26 Juin 2002, doctr. 146.
    - « Chapitre 5. Le concept de dignité et le droit des sciences de la vie : une valeur symbolique et dynamique au cœur de la construction sociale de l'homme », Journal International de Bioéthique, 2010/4 (Vol. 21), p. 67-81.
- CAILLAUD R.E., « Psychothérapies sous contraintes, L'information psychiatrique », 2009/8 (Volume 85), p. 715-718.
- CAIRE A.-B.,
    - « La cryogénisation entre science-fiction et science humaine », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, Pressures Universitaires d'Aix-Marseille, 2011-4.
    - « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », RDSS 2015, page 865.
    - « L'ultime condamnation de la France par la Cour européenne des droits l'homme en matière de filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui? », Dalloz 2017. 1229.
    - « L'ouverture des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation: vers l'avènement de l'anthropotechnie procréative ? », RDSS 2018, page 298
- CANEDO M., « Le Conseil d'Etat gardien de la moralité publique ? », RFDA 2000. 1282.
- CANEDO-PARIS M.,
    - « Le juge administratif et l'euthanasie : les apports de l'affaire Vincent Lambert », Revue du droit public, n°1, premier janvier 2015, page 41.
    - « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », RFDA 2008.979.
- CAPPELLO A., « La faute civile et la violation des règles régissant une activité sportive ou professionnelle », RTD Civ. 2013 p.777.
- CAYLA J.-S., « Transfusion sanguine effectuée malgré le refus du malade », RDSS 1999, page 36.
- CAYLA O.,
    - « Le coup d'État de droit ? », Le débat, numéro 100, mai-août 1998, page 108.
    - « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », Dalloz 2011, page 1166.
- CAYOL A., « La loi du 6 août 2013 : un pas de plus vers la réification des embryons in vitro », Les Petites affiches, n°212, 23 octobre 2013, page 4.
- Centre De Recherche Droits Et Perspectives Du Droit (crdp) - L'eradp De L'université De Lille 2 Droit Et Santé, « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 15 (2e partie) », LPA 25 sept. 2018, n° 139, page 6.
- CÉRÉ J.-P.,

    - « Le virage répressif de la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 sur la violence routière », Dalloz 2003, page 2705.
    - « Le contrôle des conditions matérielles de détention. Une protection efficace du droit européen? », AJ pénal 2018, page 336.
- CHARTIER Y., « Etat végétatif et réparation du préjudice », Dalloz 1996, page 69.
- CHASSANG C., « La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public », Dalloz 2014, page 1701.
- CHÉNÉDÉ F.,
    - « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », Dalloz 2014, page 179.
    - « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », Dalloz 2014. 1797.
    - « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », Dalloz 2016, page 796.
- CHEYNET de BEAUPRÉ A.,
    - « La révision de la loi relative à la bioéthique », Dalloz 2011, page 2217.
    - « Loi sur la fin de vie : « Tu ne tueras point », Revue Juridique Personnes et Famille, Nº 4, 1er avril 2016.
- CHVIKA E., « Euthanasie : le droit au suicide assisté doit-il être ajouté sur la liste des droits de l'homme ? (à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, Diane Pretty c/ Royaume-Uni) », Droit de la famille n° 3, Mars 2003, chronique 9.
- CLÉMENT M., « Le sport en conditions extrêmes », Le Journal des psychologues, 2007/5 (248), p. 73-75.
- CORMIER C., « L'indemnisation des préjudices personnels subis par la victime plongée dans un état de coma végétatif », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 37, 12 Septembre 2005, 1313.
- CORNIER K., « Les soins pénalement ordonnés », Les Tribunes de la santé, 2007/4 (n° 17), p. 87-95.
- CORPART I., « Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 », Droit de la famille n° 3, Mars 2009, étude 15.
- CORRIGNAN-CARSIN D., « Tests salivaires : conditions de dépistage de produits illicites en milieu de travail », La Semaine Juridique Edition Générale n° 6, 6 Février 2017, 148.
- COURBE P., « Le rejet des répudiations musulmanes », Dalloz 2004, page 815.
- CRISTOL D., « QPC * Droit à la protection de la santé * Alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 * Obligation vaccinale * Conformité à la Constitution », RDSS 2015, page 364.
- CUTAJAR C., La loi pour la sécurité intérieure (principales dispositions), Dalloz 2003, page 1106.
- DAGORNE-LABBE Y., « L'état végétatif de la victime d'un accident n'exclut aucun chef d'indemnisation et son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments », La Semaine Juridique, Edition Générale n° 4, 24 Janvier 1996, II 22570
- DAÏMALLAH H., « L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel », Constitutions 2015, page 267.
- DAMON J., « La prise en charge des vagabonds, des mendiants et des clochards : une histoire en mouvement », RDSS 2007, page 933.

- DANET J., « Le FNAEG au Conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale », AJ pénal 2010, page 545.
- DAUPS T., « Pour une charte constitutionnelle de la robotique et des nouvelles technologies », Les Petites affiches, n°200, 6 octobre 2017, page 7.
- d'AVOUT L., « La « reconnaissance » de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson* et *Labassée »*, Dalloz 2014, page 1806.
- de COMBLES de NAYVES P., « La Chambre criminelle jette le voile sur la Convention européenne », AJ pénal 2013, page 400.
- DEGUERGUE M., « Ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital un acte médical indispensable à la survie d'un patient même tranfusé contre sa volonté », AJDA 2002, page 259.
- De LAMY B.**,** **«** L'enfant adultérin et le droit au respect de ses biens : la cour européenne des droits de l'homme condamne la France », Droit de la famille n° 2, Février 2000, comm. 33**.**
- De MONTECLER M.-C., « Pas de contrôle *in concreto* sur l'anonymat du donneur de gamètes – Conseil d'Etat 28 décembre 2017 », AJDA 2018, page 5.
- DELAUNAY B., « Faut-il revoir la trilogie des buts de la police générale ? », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 15, 16 Avril 2012, 2112.
- DELPECH X., « Loi Élan : dispositions intéressant le droit des contrats », AJ contrat 2018, page 500.
- DELVOLVÉ P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », RFDA 2016, page 754.
- DEPADT-SEBAG V., « La procréation *post mortem »,* Dalloz 2011, page 2213.
- DESCHAMPS E., « Le contentieux des arrêtés anti-mendicité », RDSS 2000. 495
- DESGORCES R., « Agir contre soi », revue de recherche juridique, 2003-1, page 37.
- DETRAZ S.,
  - « La Cour de cassation se voile la face », Gazette du Palais, 11/05/2013, n°131.
  - « Vapoter n'est pas fumer », Gazette du Palais 24 février 2015, page 39.
- DIEU F.,
  - « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 48, 29 Novembre 2010, 2355.
  - « Des questions que les femmes posent au juge », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 29, 23 Juillet 2018, 2216.
- DIONISI-PEYRUSSE A.,
  - « Actualités de la bioéthique », AJ famille 2014, page 396.
  - « Actualités de la bioéthique », AJ famille 2015, page 192.
- DORSNER-DOLIVET A., « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », RFDA 2003, page 528.
- DOUAY S., « L'interdiction de la libre disposition de son corps par-delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine », La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 26 Mars 2003, II 10052.

- DOUBLET Y.-M., « La décision du Conseil d'Etat du 24 juin 2014 sur l'arrêt des traitements de Vincent Lambert : une décision sage et raisonnée », Les Petites Affiches, 17/10/2014, n°208, page 6.
- DOUCHY-OUDOT M.,
  - « Contentieux familial », Dalloz 2016, page 674.
  - « Contrôle de proportionnalité et filiation », La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 21 Janvier 2019, page 41.
- DREIFUSS-NETTER F., « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », Dalloz 2005, page 1808.
- DUPRAT J.-P.*, «* A la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision 94-343-344 D.C. du 27 juillet 1994 », Les Petites affiches, 14 décembre 1994, n°149.
- DURIF-VAREMBONT J.-P., « L'intimité entre secrets et dévoilement »*, Cahiers de psychologie clinique* 1/2009 (n° 32), p. 57-73.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD civ. 1995. 249.
- DREYER E., « Les mutations du concept juridique de dignité », RRJ, 2005-1, page 19.
- DUBOUIS L., « Le refus de soins : qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu? », RDSS 2002. 41.
- EDELMAN B.,
  - « Le Conseil Constitutionnel et l'embryon »*,* Dalloz n°7 du 20 juillet 1994, chronique, page 207.
  - « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », Dalloz 1997, page 185.
  - « Quand « L'Ile de la tentation » ne séduit pas le droit », Recueil Dalloz 2009
  - « Morts à crédit », Dalloz 2009, page 2019.
- EGÉA V., « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale **»,** Droit de la famille n° 1, Janvier 2019, dossier 6.
- EVEILLARD G., « Le Conseil d'Etat et l'affaire Dieudonné », Droit Administratif n° 5, Mai 2014, commentaire 33
- EVIN C., « La lutte contre le tabagisme : la nécessité de renforcer le dispositif législatif », RDSS 2006. 189.
- FABRE-MAGNAN M., LEVINET M., MARGUÉNAUD J.-P., TULKENS F., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement »*,* Droits 2009, n°48/1, page 3.
- FABRE-MAGNAN M.
  - « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme »*,* Dalloz 2005.973.
  - « Le domaine de l'autonomie personnelle », Dalloz 2008, page 31.
- FALLETTI O., « Participants de «L'île de la Tentation » : salariés mais pas acteurs », La Semaine Juridique Social n° 18, 30 Avril 2013, 1191.
- FALLON D., « Le prisonnier, l'euthanasie et la convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2015. 437.
- FAURE Y., MALVERTI C., « Conditions indignes de détention : le prix du temps », AJDA 2019, page 279.
- FELDMAN J.-P.,
  - « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine »*,* Droits 2009, n° 48/1, page 89.
  - « Burqua : une loi dangereuse et inutile », Dalloz 2010, page 387.

- FERRIÉ S.-M., « Le principe d'inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable ? », Droit de la famille n° 7-8, Juillet 2017, étude 10.
- FINCOEUR B., « L'instrumentalisation de l'éthique dans la lutte antidopage en cyclisme sur route », Movement & Sport Sciences, 2016/2 (n° 92).
- FLAHAULT F., « Pour une conception renouvelée du bien commun », Études, 2013/6 (Tome 418), p. 773-783.
- FRANCK C., « Constitutionnalité de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », JCP G, n° 48 du 28 novembre 20111, page 2218.
- FRIPPIAT L., « Chapitre 2. L'amélioration technique de l'être humain : introduction aux différents courants du débat », Journal International de Bioéthique, 2011/3 (Vol. 22), p. 33-50.
- FROMENT J.-C., « La loi pour la sécurité intérieure : entre continuités et changements », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 16, 14 Avril 2003, 1362 p. 499.
- FRYDMAN P., avec le concours de SIRINELLI M., « Les vingt ans de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge - À propos de la dignité de la personne humaine », RFDA 2015. 1100.
- FULCHIRON H.,
  - « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », Dalloz 2014, page 153.
  - « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », Dalloz 2015, page 2365.
  - « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », Dalloz 2016, page 1376.
  - « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », Dalloz 2016, page 1472.
  - « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », Dalloz 2016, page 1980.
  - « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », Dalloz 2016. 2496.
  - « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », Dalloz 2017, page 656.
  - « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », Dalloz 2018, page 649.
  - « L'anonymat du donneur de gamète : des règles contestées in abstracto, mais incontestables in concreto », Droit de la famille n° 3, Mars 2018, commentaire 64.
- FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », Dalloz 2015. 1819.
- GALLMEISTER I., « Contestation de paternité (expertise biologique) : conventionnalité de l'irrecevabilité – Cour de cassation, 1re civ. 5 octobre 2016 », Dalloz 2016, page 2496.
- GALLOIS J., « Vers la reconnaissance d'un droit au suicide assisté par la Cour européenne des droits de l'homme ? », Lamy Droit des personnes et de la famille.
- GALLOUX J.-C., « De corpore jus, Premières analyses sur le statut du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 », Les Petites Affiches, n° 149 du 14 décembre 1994, page 20.
- GALLOUX J.-C. et GAUMONT-PRAT H.,
  - « Droits et libertés corporels », Dalloz 2007, page 1102.
  - « Droits et libertés corporels », Dalloz 2012, page 308.

    - « Droits et libertés corporels février 2014 - février 2015 », Dalloz, 02 avril 2015, n° 13, page 756.
    - « Droits et libertés corporels », Dalloz 2014, page 843.
    - Droits et libertés corporels, Dalloz 2017, page 781.
- GARAY A., « Le droit au suicide assisté et la Cour européenne des droits de l'homme : le «précédent» de la dramatique affaire Pretty », Gazette du Palais, 15 août 2002, page 2.
- GARCIA K., « La stérilisation forcée des femmes Roms à l'épreuve de la CEDH », Droit de la famille n° 2, Février 2012, étude 4.
- GARÇON E., « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal. Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 », La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 17 Octobre 2007, doctrine 196.
- GARDELLA E., « Temporalités des services d'aide et des sans-abri dans la relation d'urgence sociale. Une étude du fractionnement social », Sociologie, 2016/3 (Vol. 7), p. 243-260.
- GAUMONT-PRAT H., « La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'état et l'arrêt de la cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 », Droit de la famille n° 5, Mai 2003, chronique 14.
- GAUTIER P.-Y., « La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité », Dalloz 2019, page 64.
- GENOVESE J., « Robotique : un encadrement de la législation souhaitable », Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2018, étude 6.
- GERVIER P., « L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public », AJDA 2014, page 1866.
- GHAIRBHIA N.N., « Les premiers pas vers l'autorisation d'exporter des gamètes du défunt en vue de leur utilisation pour une insémination post mortem ? », Gazette du Palais, 3 janvier 2017, n°01, page 79
- GIRAULT C., « La CEDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », La Semaine Juridique édition générale, 2003, II 10063.
- GLENARD G., « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? », RFDA 2015, page 869.
- GOBERT M., « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister », La Semaine Juridique Edition Générale n° 49, 5 Décembre 1990, doctr. 3475.
- GODIN C., « Le post-humain, la barbarie qui vient », Cités, 2013/3 (n° 55), p. 79-93.
- GOFFI J.-Y., « Chapitre 1. Nature humaine et amélioration de l'être humain à la lumière du programme transhumaniste », Journal International de Bioéthique, 2011/3 (Vol. 22), p. 18-32.
- GOHIN O., « Liberté d'expression, liberté de réunion, police administrative et ordre public : l'affaire Dieudonné », RFDA 2014 page 87.
- GONZALEZ G.,
    - « L'inconventionnalité des sanctions pour port de tenues à caractère religieux dans les lieux publics ouverts à tous », La Semaine Juridique Edition Générale n° 18, 3 Mai 2010, 514.
    - « Quand vous serez bien vieille … : suicide assisté sans raison médicale », La Semaine Juridique Edition Générale n° 23, 3 Juin 2013, 650.
- GOUËZEL A., « Mention manuscrite et cautionnement d'un bail d'habitation : entre étonnement et interrogations », Dalloz 2018, page 2380.
- GOUTTENOIRE A., SUDRE F.,

    - « L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention EDH », La Semaine Juridique Edition Générale n° 14, 5 Avril 2000, II 10286.
    - « La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X », La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 26 Mars 2003, II 10049.
- GOUTTENOIRE A., MARCHADIER F., « La famille dans la jurisprudence de la CEDH (novembre 2017-avril 2018) », Droit de la famille n° 7-8, Juillet 2018, chronique 2.
- GOUTTENOIRE A., « Convention de gestation pour autrui - Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », la Semaine Juridique Edition Générale n° 30-35, 28 Juillet 2014, 877.
- GRANET-LAMBRECHTS F.,
    - « Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain : de la loi Caillavet aux lois de bioéthique », RDSS 1995, page 1.
    - « Droit de la filiation », Dalloz 2017, page 729.
- GROSCLAUDE L., « Bref (et libre) propos sur la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile » , Droit de la famille n° 11, Novembre 2007, étude 32.
- GROUTEL H., « Assurance du conducteur : exclusion pour absence de port de la ceinture de sécurité », Responsabilité civile et assurances n° 11, Novembre 2015, commentaire 298.
- GRYNBAUM L., « La SEITA n'est pas responsable du cancer des fumeurs », Dalloz 2003, page 2902.
- GUETTIER C., « Indemnisation d'un patient en état végétatif », Responsabilité civile et assurances n° 5, Mai 2005, commentaire 164.
- GUINAMANT M.-L., « Convaincre par la contrainte ? », Gazette du Palais, 19/09/2017, n°31, page 12.
- GUYOMAR M. et COLLIN P., « Qu'est-ce qu'un film pornographique ? », AJDA 2000. 609.
- HAMMJE P., « Rejet des répudiations musulmanes », Rev. crit. DIP 2004. 423.
- HARANG L., « La reconnaissance de la dignité : paradoxe et interrogation, » RRJ 2008-2, page 841.
- HASSLER T., LAPP V., « droit a la dignité: le retour ! », Petites affiches 1997, n°14, page 12.
- HAUSER J.,
    - « L'identité sexuelle », RTD Civ. 1991 p.289.
    - « Le respect dû à la vie privée et le sexe apparent », RTD civ. 1993, page 97.
    - « Le nom de la famille : ancêtres et époux », RTD civ. 1994, page 563.
    - « L'adoption simple d'un enfant par son parent incestueux », RTD civ. 2000, page 819
    - « Liberté religieuse et consentement aux soins », RTD civ. 2002, page 484.
    - « Euthanasie : le droit au néant et l'Europe », RTD civ. 2002, page 482.
    - « Liberté religieuse et consentement aux soins (suite) : encore une loi inutile? », RTD civ. 2002, page 781.
    - « Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative », RTD civ. 2003, page 276.
    - « L'embryon et le couple séparé : la notion de vie privée comprend le droit de devenir ou de ne pas devenir parent », RTD civ. 2007, page 545.

    - « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil », RTD civ. 2014, page 88.
    - « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », RTD civ. 2014, page 616.
    - « Preuve de la filiation : refus d'expertise génétique, qui, comment et brevet de conventionnalité », RTD civ. 2015, page 596.
    - « Procréation médicalement assistée post mortem : le début du délitement? », RTD civ. 2016. 600.
    - « Prescription des actions d'état : l'enfant, le vieillard, l'argent, la proportionnalité et la deuxième mort de Montesquieu », RTD civ. 2016, page 831.
    - « Majeurs protégés : difficile équilibre entre volonté et protection », RTD civ. 2017, page 356
- HÉNAFF P., « Contrats et obligations – L'unité des notions-cadre », Semaine Juridique, Edition Générale n°48, 30 novembre 2005, doctrine 189.
- HENNETTE-VAUCHEZ S.,
    - « Kant contre Jehovah ? », Dalloz 2004, page 3154.
    - « Le *niqab* de retour à Strasbourg », Dalloz 2017, page 1926.
- HERVIEU M.*, «* Le corps humain : à l'heure de la libéralisation ? », Les Petites affiches, 26 août 2011, n°170, page 3.
- HERZOG-EVANS M.,
    - « Tabagisme passif : protéger la santé d'un détenu n'est pas une « liberté fondamentale »... – Conseil d'Etat 8 septembre 2005 », AJ pénal 2005, page 377.
    - « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », AJ pénal 2007, page 357 .
- HOCQUET-BERG S., « La condition juridique de l'enfant naturel après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme », LPA10
- HOURSON S., « Nouvelle compatibilité de l'interdiction de dissimuler le visage dans l'espace public », Droit Administratif n° 8-9, Août 2017, alerte 124.
- HOUSER M., « Protéger la vie et la dignité de la personne humaine : une obligation source de responsabilité pour l'Etat », RDSS 2013, page 671.
- HOUSSIER J.,
    - « Le droit de la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité... « Que Dieu nous garde du bon vouloir des magistrats ! » – Cour de cassation, 1re civ. 5 octobre 2016 », AJ famille 2016, page 543.
    - « Accès aux origines : les voies des Cecos sont impénétrables – Conseil d'Etat 28 décembre 2017 », AJ famille 2018, page 181.
- JACQUINOT N., MANGIAVILLANO A., « Droit constitutionnel », Dalloz 2016, page 1461.
- JAMIN C.*, Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés*, Dalloz 2005, page 2342.
- JESTAZ P., MARGUÉNAUD J.-P., JAMIN C., « Révolution tranquille à la Cour de cassation », Dalloz 2014, page 2061.
- JOLY C., « Faut-il faire évoluer la loi Leonetti-Claeys ? », Petites affiches, 8 février 2019, n°029, page 10.
- JORION B. , « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », revue de droit public et de la science politique, 1999, page 197.

- JOUAN M., « L'acceptabilité morale de la gestation pour autrui. Les enseignements de la gestation pour soi au service de plus de justice », Travail, genre et sociétés, 2017/2 (n° 38), p. 35-52.
- JOURDAIN P.,
    - « Toujours pas de responsabilité des fabricants de tabac », RTD civ. 2008, page 107.
    - « L'acceptation des risques n'écarte plus la responsabilité du gardien d'une chose (revirement de jurisprudence) », RTD Civ. 2011 p.137.
- JOVELIN E., « De la prostitution aux clients de la prostitution », Pensée plurielle, 2011/2 (n° 27), p. 75-92.
- KARL-HEINRICH B., « Le dopage : entre culpabilité individuelle et responsabilité collective », Staps, 2011/1 (n°91), p. 87-99.
- KATZ D., « La légalité des arrêtés anti-mendicité et anti-glanage », AJCT 2016. 542.
- KESSOUS R., « Le tabagisme : responsabilité juridique et responsabilité morale », Dalloz 2003, page 2902.
- KORFF-SAUSSE S., « Le corps extrême dans l'art contemporain », Champ psychosomatique, 2006/2 (n° 42), p. 85-97.
- KORSAKOFF A., « La contestation d'un arrêté anti-mendicité au regard du principe de fraternité », AJDA 2018, page 2509.
- LABBÉE X.,
    - « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », Petites affiches, 27 mai 2011, n°105, page 7.
    - « L'homme augmenté », Dalloz 2012, page 2323.
    - « Avoir une bonne tête », Gazette du Palais n° 213, premier août 2013.
    - « La fin du monde, la fin du droit ou la transition juridique ? », Dalloz 2019, page 78.
- LACAZE M., « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », Droit pénal n° 2, Février 2012, étude 5.
- LAFOND J., « Les baux d'habitation (soumis à la loi du 6 juillet 1989) et loi Élan », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 49, 7 Décembre 2018, 1354.
- LAMARCHE M., « Vaccinations obligatoires des mineurs : pas d'atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé », Droit de la famille n° 5, Mai 2015, alerte 35.
- LAMBERT-GARREL L., VIALLA F., « L'exception devient principe : à propos de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires », Dalloz 2013, page 1842.
- LAMEYRE X., « Pour une « poétique » des soins pénalement ordonnés », Les cahiers de la justice 2008. 71.
- LEMOULAND J.-J., VIGNEAU D., « Droit des couples », Dalloz 2014, page 1342.
- LANNOY M., « Corps à corps : la personne humaine en droit de la responsabilité hospitalière », RDSS 2015, page 117.
- LAPOUBLE J.-C., « Le suivi à la trace : les contraintes des sportifs appartenant aux groupes cibles », Movement & Sport Sciences, 2016/2 (n° 92), p. 15-19.
- LARRALDE J.-M., « Vie privée et pratiques sadomasochistes », Dalloz 1998. 97.
- LAUDE A., « Droit de la santé », Dalloz 2014, page 2021.
- LAURE P., « La prévention du dopage et des conduites dopantes : le rocher de Sisyphe », Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem, 2011/1 (N° 5), p. 159-177.

- LAURENT – BONNE N., « La lutte contre le système prostitutionnel », Dalloz 2016. 1713
- Le BAUT-FERRARESSE B., « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », AJDA 2003. 1383.
- LE GARS J., « Homme augmenté, transhumanisme en embuscade », Droit de la famille n° 6, Juin 2018, 14.
- Le MAIGAT P., « Transmettre la vie au-delà de la mort. Faut-il être vivant pour devenir parent ? », Les Petites affiches, 12 décembre 2016, n°247, page 7.
- Le ROUZIC L.-M., « L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public sous surveillance de la Cour européenne des droits de l'homme », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 28, 11 Juillet 2011, 2252.
- LEBOIS A., « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », La Semaine Juridique Edition Générale n° 47, 19 Novembre 2008, I 210
- LEBRETON G., « Le droit, la médecine et la mort », Dalloz, 1994, chronique, page 352.
- LE BRETON D., « Body Art : la blessure comme œuvre chez Gina Pane », Communications, 2013/1 (n° 92), p. 99-110.
- LECUCQ O., « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité », AJDA 2008, page 141.
- LEFEBVRE-RANGEON F., « Institutions - Dopage - Le deuxième âge de la lutte antidopage », Jurisport 2017, n°174, p.36.
- LELEU T., « La dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative », RFDA 2015, page 883.
- LEMOULAND J.-J., VIGNEAU D., « Droit des couples », Dalloz 2014, page 1342.
- LE ROY M., « Annulation du visa d'exploitation du film Saw 3D : l'arrêt du Conseil d'Etat est-il plus effrayant que le film ? », AJDA 2015. 1599.
- LEROYER A.-M.,
    - « Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (JO 3 mars 2011, p. 4128) », RTD Civ. 2011 p.399.
    - « Bioéthique - Caractéristiques génétiques - Don d'organes - Embryon - Cellules hématopoïétiques - IVG - AMP - Consentement – Anonymat », RTD civ. 2011, page 603.
    - « Embryon - Recherche - Cellules souches », RTD civ. 2013, page 895.
- LEVADE A., « Épilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », La Semaine Juridique Edition Générale n° 43, 25 Octobre 2010, 1043.
- LILIAN M.,
    - « Genèse et logiques des politiques de prostitution en France », Actes de la recherche en sciences sociales, 2013/3 (N° 198), p. 5-20.
    - « V. La prostitution débattue », dans *Sociologie de la prostitution.* Paris, La Découverte, « Repères », 2015, p. 95-108.
- LOISEAU G.,

    - « L'embryon in vitro aux prises avec les droits de l'homme », La Semaine Juridique Edition Générale n° 44, 26 Octobre 2015, 1187.
    - « La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique », La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 28 Mai 2018, 597.
- LOMBOIS C., « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », Dalloz 1992. 323.
- MAHINGA J.-G.*, «* Noli me tangere (à propos de CEDH, 5 juin 2015, Vincent Lambert) », Les Petites Affiches, 9 juillet 2015, n° 136, page 7.
- MAHONEY D. J., « Liberté et bien commun chez Bertrand de Jouvenel », *Commentaire*, 2003/3 (Numéro 103), p. 623-636.
- MALAURIE P., « La cour européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines, L'affaire Odièvre », La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 26 Mars 2003, doctrine 120.
- MALLET-BRICOUT B.*,* « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme », Dalloz 2003, page 1240.
- MANDIN F., RAVENEAU G., « Quand la pratique sportive croise le droit », Ethnologie française, 2006/4 (Vol. 36), p. 669-676.
- MARGUÉNAUD J.-P.,
    - « Lorsque le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel entraîne une situation incompatible avec le respect dû à sa vie privée, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, et il y a infraction à l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », Dalloz 1993, page 101.
    - « L'adjonction de son patronyme par le mari au nom commun de la famille emprunté à sa femme et la Convention européenne des droits de l'homme », Dalloz 1995. 5.
    - « Sadomasochisme et droit au respect de la vie privée », RTD civ. 1997. 1013.
    - « Le prénom rejoint le nom patronymique dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », RTD civ. 1997. 551.
    - « Inégalité successorale de l'enfant adultérin : le contribuable français perd 500 000 F à la suite d'un pari européen inconsidérément engagé par la première chambre civile de la Cour de cassation », RTD civ. 2000. 429.
    - « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », RTD civ. 2003, page 375.
    - « La Princesse et les paparazzi », *RTD Civ.* 2004, page 802.
    - « Quand la Cour de cassation française n'hésite plus à s'ériger en championne de la protection des droits de la Femme : la question de la répudiation », RTD civ. 2004, page 367.
    - « Sadomasochisme et autonomie personnelle », RTD civ. 2005, page 341.

  - « Les prolongements sonnants et trébuchants de l'arrêt Mazurek », RTD civ. 2005. 335.
  - « La triste fin des embryons in vitro du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits du Mâle », RTD civ. 2007. 295.
  - « La mort du détenu gréviste de la faim », RSC 2009, page 651.
  - « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », Droits, 2009/1 (n° 49), p. 19-28.
  - « Le droit de se suicider de manière sûre, digne et indolore », RTD civ. 2011, page 311.
  - « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », RTD civ. 2014, page 307.
  - « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », RTD civ. 2014, page 835.
  - « Le « vivre ensemble » et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public ou le bricolage d'un nouveau concept européen aux fins de sauvegarde d'une incrimination malvenue », RSC 2014 p.626.
  - « La mise en oeuvre du principe de « proportionnalité privatisée » par la première chambre civile de la Cour de cassation », RTD civ. 2015, page 825.
  - « Les embryons *in vitro* entre les balances de la justice européenne et les éprouvettes des chercheurs », RTD civ. 2015, page 830.
  - « L'insémination post mortem, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », RTD civ. 2016. 802.
  - « La promotion européenne du « vivre ensemble » comme instrument de lutte contre la dissimulation du visage dans l'espace public », RTD civ. 2017, page 823.
  - « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », RTD civ. 2018, page 349.
- MARKUS J.-P., « Du vaccin obligatoire à l'obligation vaccinale », Droit de la famille n° 6, Juin 2018, 19.
- MARON A. et HAAS M., « L'empreinte de la Constitution », Droit pénal n° 11, Novembre 2010, comm. 132.
- MARQUES A., DAOUD V., STAMATIADIS L. *et al.*, « La loi du 5 juillet 2011 : protection des usagers ou question de formalité ? », L'information psychiatrique, 2013/2 (Volume 89), p. 171-177.
- MARRION B., « Ethique – exposition Our body : corps ouverts mais expo fermée ! », JCP G n°50, 13 décembre 2010, 1239.
- MARSAC A., « En kayak de haute rivière : pratiques individuelles et engagements partagés », Ethnologie française, 2006/4 (Vol. 36), p. 603-611
- MARTHA C., GRIFFET J., « Sauter dans le vide : le base-jump, le jeu le plus sérieux du monde », Ethnologie française, 2006/4 (Vol. 36).
- MARTIN R., « Personne, corps et volonté », Dalloz 2000, page 505.
- MARTIN X., « Misogynie des rédacteurs du code civil : une tentative d'explication », Droits, 2005/1 (n° 41).

- MARTINENT E., REYNIER M., VIALLA F., « Une tentative de libéralisation de l'acte thanatique sans ordonnance devant la CEDH : la continuation de la politique par d'autres », Dalloz 2011, page 925.
- MARUSSICH Y., « Voyage(s) dans l'immobilité », Communications, 2013/1 (n° 92), p. 239-251.
- MARZANO M., « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », Droit n° 49 (2009), page 19.
- MASCRET C., « Le casse-tête juridique de la vaccination obligatoire en France, en l'absence de disponibilité de ces produits sur le territoire », Les Petites Affiches, 18/04/2017, page 8.
- MASSIAS F., « Arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni* (29 avril 2002) relatif au suicide assisté et à l'euthanasie », Revue de science criminelle 2002, page 645.
- MASSON C., « L'ordre public familial en péril », RTD civ. 2018, page 809.
- MATHIEU M., VERPEAUX M., BAGHESTANI-PERREY L., SAUVAGEOT F., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle no 27 (janvier-juin 2001) », Les Petites affiches, 28 décembre 2001, n°259, page 10.
- MATHIEU B.,
  - « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », Dalloz 1995, page 211.
  - « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », Dalloz 1996, page 282.
  - « Une jurisprudence selon Ponce Pilate (constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception) », Dalloz n° 31 du 13 septembre 2001, page 2533.
  - « Non-violation du droit à la vie de l'embryon et du droit au respect à la vie privée de la mère », La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 30 Mai 2007, II 10097.
  - « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur « le voile intégral » - . - La reconnaissance implicite d'un ordre public « immatériel », La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 18 Octobre 2010, 1018
  - « Recherche sur l'embryon : une jurisprudence en demi-teinte, À propos de la décision n° 2013-674 DC du Conseil constitutionnel du 1 août 2013 », La Semaine Juridique Edition Générale n° 36, 2 Septembre 2013, 904.
- MAUGER-VIELPEAU L., « La filiation paternelle à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », Dalloz 2019, page 207.
- MESTRE J., FAGES B., « L'octroi par un parti politique de l'investiture à un scrutin public est hors commerce », *RTD civ*. 2002. 89.
- MESTRE J. et FAGES B., « Ordre public de protection et place de la volonté des parties », RTD Civ. 2004, page 285.
- MICHALLET I., « Le contentieux administratif des arrêtés municipaux d'interdiction de la mendicité », AJDA 2001. 320.
- MIRKOVIC A.,
  - « L'apport au droit de la biomédecine de la loi Santé du 26 janvier 2016 », Droit de la famille n° 10, Octobre 2016, dossier 38.
  - « La protection de la personne en son corps en droit civil », Droit de la famille n° 6, Juin 2018, page 12.
- MISTRETTA P.M., « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal, Revue internationale de droit pénal », 2011/1 (Vol. 82), p. 19-39.

- MISTRETTA P., « De l'art de légiférer avec tact et mesure -À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 »**,** La Semaine Juridique Edition Générale n° 8, 22 Février 2016, doctrine 240.
- MORANGE J., « Censure, liberté, protection de la jeunesse », RFDA 2000. 1311.
- MOREAU J.,
    - « Le droit à la santé », AJDA 1998, page 185.
    -
    - « Les médecins qui procédent à la transfusion d'un patient en vue de le sauver, en dépit de son refus de se voir administrer des produits sanguins, ne commettent pas de faute de nature à engager la responsabilité de l'État », La Semaine Juridique Edition Générale n° 6, 6 Février 2002, II 10025.
    - « Le préfet peut légalement prescrire que, par grand froid, les sans-abris soient pris en charge d'autorité », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 5, 31 Janvier 2005, 1064.
- MORON-PUECH B., « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », Dalloz 2017. 994
- MOULY J.,
    - « L'abandon de la théorie de l'acceptation des risques en matière de responsabilité civile du fait des choses. Enjeux et perspectives »*,* Recueil Dalloz 2011 p.690.
    - « Le dépistage des produits stupéfiants par l'employeur : le triomphe de la tentation sécuritaire ? », Droit social 2017, page 244.
- MOUTON S., « La force de la loi : entre déclin et renaissance (à propos de cons. const. 27 juin 2001, 2001-446 DC) », Droit de la Famille, septembre 2001, page 6.
- MOUTOUH H., « la dignité de l'homme en droit », Revue de droit public et de la science politique (1999), n°1, page 159.
- NEIRINCK C., « Le transfert d'embryons post mortem est impossible », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 44, 1er Novembre 1996, p. 1560.
- NICOLAS G., « Conformité à la Constitution de la loi allongeant le délai légal d'interruption volontaire de grossesse », Dalloz 2002, page 1948.
- NOËL T., « Un test salivaire de dépistage de produits stupéfiants peut être pratiqué par l'employeur », La Semaine Juridique Social n° 3, 24 Janvier 2017, 1022.
- NOGUÉRO D.,
    - « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées », RDSS 2016, page 964
    - « Le testament des majeurs : une liberté encadrée »*,* Defresnois, 7 septembre 2017, n° 17, page 17
- OGIEN R., « Qui a peur des marchés d'organes ? », *Critique*, 2009/12 (n° 751).
- OLSON T., « L'indemnisation d'un patient en état végétatif », AJDA 2005, page 336.
- OLIVE A., « Le droit de mendier », RSC 1998, page 69.
- PARICARD S.
    - « Transsexualisme : la Cour de cassation sonnerait-elle le glas de la libéralisation ? », RDSS 2012 p.880.
    - « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », AJ Famille 2016, page 585
- PASQUET G.-N., « Travail de la prostitution et prostitution du travail », Le sociographe, 2017/3 (N° 59), p. 4-5.

- PAULIAT H., BORDESSOULE D., TRARIEUX-SIGNOL S., MOREAU S., « Affaire Vincent Lambert : au-delà de la légalité, la volonté du patient », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 41, 13 Octobre 2014, 2284.
- PAUVERT B., « A propos de l'interdiction de distribution d'une soupe populaire contenant du porc », AJDA 2007, page 601.
- PAYAN G., « Surendettement : bonne foi du débiteur et omission de déclaration », Dalloz Actualité 23 mai 2017.
- PECHILLON E., « Le sportif surhomme et sous citoyen : faut-il renoncer à sa liberté individuelle pour faire du sport de compétition ? », Movement & Sport Sciences, 2016/2 (n° 92), p. 5-13.
- PÉDROT P., « Existe-t-il un droit de mourir dans la dignité ? », RDSS 2002, page 475.
- PEIGNÉ J., » Légalité de l'autorisation de mise sur le marché de produits constituant des " pilules du lendemain ", La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 23 Janvier 2002, II 10017.
- PENNEAU J., « Imposer des soins à un malade est une atteinte à une liberté fondamentale, sauf si sa vie est en danger », Dalloz 2004, page 602
- PETIT J., « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie », AJDA 2014, page 866.
- PIÉDELIÈVRE S.,
    - « Bonne foi et admission partielle », Revue de Droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2016, comm. 32.
    - « Bonne foi et omission d'une dette », Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2017, comm. 171.
    - « Bonne foi et nouvelle demande », Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2017, comm. 172.
- POIROT-MAZÈRES I., *«* Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public » . - Ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénisation », Droit Administratif n° 7, Juillet 2006, étude 13
- PONTIF V.*,* « Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement », Revue de droit du travail 2012. 637.
- PORCHY-SIMON S., « le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002. (à propos de deux ordonnances des juridictions administratives des 16 et 25 août 2002) », Responsabilité civile et assurances n° 12, Décembre 2002, chronique 21.
- POUPEAU D., « L'affaire Lambert se poursuivra devant la CEDH, Conseil d'Etat 24 juin 2014 », AJDA 2014, page 1293.
- POUTRAIN V., « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », Cités, 2005/1 (n° 21), p. 31-45
- PRIEUR S., « La Cour européenne des droits de l'Homme confrontée à la légalité du don d'embryons à la recherche scientifique », Les Petites Affiches, 20 novembre 2015, n°232, page 7.
- PRIGENT S., « répudiations musulmanes : effets des jugements étrangers en France (à propos des cinq arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 17 février 2004) ».
- PUYBASSET L.*,* *«* Faut-il légaliser l'euthanasie ? », Dalloz 2007. 1328**.**
- PY B., « Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril », AJ pénal 2012, page 384.

- QUEVAL I., « Le dépassement de soi, figure du sport contemporain », Le Débat, 2001/2 (n° 114), p. 103-124.
- RADÉ C., « Obligation d'information du fabricant de cigarettes à l'égard des fumeurs », Responsabilité civile et assurances n° 12, Décembre 2007, commentaire 361.
- RAIMBAULT P., « Le corps humain après la mort**.** Quand les juristes jouent au « cadavre exquis »… », Droit et société, 2005/3 (n° 61), p. 817-844.
- RAYMOND G., « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques ») », La Semaine Juridique Edition Générale n° 43, 26 Octobre 1994, doctr. 3796.
- REGINE, Recherches et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe,
    - Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n° 2014-873 du 4 août 2014, Dalloz 2014, page. 1895.
    - « Droit et genre, janvier 2014 - janvier 2015 », Dalloz 2015 page 1007.
- REIGNÉ P., « Le changement de sexe devant la Cour de cassation - Le juge, l'expert et l'irréversibilité », La Semaine Juridique Edition Générale n° 26, 25 Juin 2012, 753.
- REIN-LESCASTEREYRES I., « Premiers arrêts de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui depuis les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014 », Gazette du Palais, 6 octobre 2015, n°279, page 42.
- RENCHON J.-L., « Les causes de mutation de l'ordre public », Droit de la Famille n°9, septembre 2015, dossier 46.
- RENUCCI J.-F., « Efficacité des contrôles antidopage et respect des droits fondamentaux : la quadrature du cercle ? », Dalloz 2018, page 1424.
- ROBERT J. – H.,
    - « Le plancher et le thérapeute. Commentaire de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », Droit pénal n° 10, Octobre 2007, étude 20.
    - « Vapoter n'est pas fumer », Droit pénal n° 2, Février 2015, commentaire 21.
- ROCHAIX D., BONNET A., PEDINIELLI J.-L., « L'atteinte du corps dans la suspension : analyse psychopathologique d'une « performance » artistique et sociale », Bulletin de psychologie, 2015/3 (Numéro 537), p. 215-222.
- ROMAN D.,
    - « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », Dalloz 2005. 1508.
    - « A corps défendant », la protection de l'individu contre lui-même », Dalloz 2007, page 1284.
    - « Les sans-abri et l'ordre public », RDSS 2007, page 952.
    - « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ? », RDSS 2007. 810
- RONDEY C.*, «* Tabac : de la portée de la mention « Selon la loi » ajoutée à l'avertissement sanitaire « Nuit gravement à la santé », Dalloz 2000. 238.
- ROUAULT M.-Ch., « Le « droit à la santé » n'est pas une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », La Semaine Juridique Edition Générale n° 38, 21 Septembre 2005, act. 495.
- ROUSSEAU D., « Les tourments juridiques des ordonnances Dieudonné », Gazette du Palais, 20 février 2014 n° 51, page 9.
- ROUSSEL S., NICOLAS C., « Ni vu ni connu : l'anonymat du don de gamètes à l'épreuve du contrôle de conventionnalité », AJDA 2018, page 497.

- ROYANT S., « Filiation, CEDH, 13 février 2003 », Gazette du Palais, 18 janvier 2005, n°18, page 11.
- ROY O., « Le droit "virtuel" des personnes nées sous X à la connaissance de l'identité de leurs parents de naissance : l'arrêt Odièvre », Les Petites affiches, 11 juin 2003, n°116, page 11.
- RULLAC S., « Le droit au logement opposable et l'hébergement social : analyse sociojuridique d'une loi réactionnelle », Droit social 2010, page 806.
- SAILLANT-MARAGHNI E., « Interrogations sur la nouvelle ordonnance Dieudonné », AJDA 2015, page 1658.
- SAINT-JAMES V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », Dalloz 1997, page 61.
- SALVAGE P.,
  - « Les soins obligatoires en matière pénale », La Semaine Juridique Edition Générale n° 45, 5 Novembre 1997, doctrine 4062.
  - « La grande délinquance est-elle une maladie ? », Droit pénal n° 2, Février 2010, étude 3.
- SAMPER G., « Institutions - Lutte contre le dopage - Transposition partielle de l'article 13 du code mondial antidopage en droit français : les jeux sont-ils faits ? », Jurisport 2017, n°172, p.36.
- SAUVAT C., « Absence de lien de causalité entre la faute imputée à la Seita et le décès de la victime », La Semaine Juridique Edition Générale n° 8, 20 Février 2008, II 10033.
- SAUVÉ J.-M., « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », Dalloz 2010, page 1368.
- SCHAHMANECHE A., « Impossibilité de donner ses embryons conçus par FIV à la recherche scientifique », La Semaine Juridique Edition Générale n° 38, 14 Septembre 2015, page 973.
- SCHMITZ J., « Responsabilité de l'Etat en raison de conditions de détention », AJDA 2017, page 637.
- SCHOETTL J.-E., La "loi pour la sécurité intérieure" devant le Conseil constitutionnel, les Petites Affiches 2003, n°63, page 4.
- SEGALEN M., « Pourquoi la gestation pour autrui dite « éthique » ne peut être », Travail, genre et sociétés, 2017/2 (n° 38), p. 53-73
- SEILLER B., « La censure a toujours tort (Victor Hugo) », AJDA 2014, page 129.
- SENON J.-L., « Un bilan en demi-teinte de l'interface santé justice », AJ pénal 2009 page 64.
- SEUVIC J.-F.,
  - « Nouvelle incrimination du proxénétisme », Revue de science criminelle 2003, page 835.
  - « Renforcement de la lutte contre la violence routière », RSC 2003, page 847.
- SÈVELY-FOURNIÉ C., « Réflexions sur la décision de clôture pour motif d'irrecevabilité prononcée par les commissions de surendettement », Dalloz 2017,

- SIFFREIN-BLANC C., « Exportation de gamètes à l'étranger, petite brèche pour une insémination *post-mortem* – Conseil d'Etat 31 mai 2016 », AJ Famille 2016, page 439.
- SOUDAIN T., « Recours contre la décision de maintien en détention d'un condamné en grève de la faim », Dalloz Actualités 22 mai 2013.
- SOULÉ B., « Les « sports extrêmes » : analyse terminologique d'une caractérisation sportive à succès », Movement & Sport Sciences, 2008/1 (n° 63), p. 83-90.
- SUDRE F.,
  - « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », La Semaine Juridique Edition Générale n° 6, 8 Février 1995, doctr. 3823.
  - « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », La Semaine Juridique Edition Générale n° 30, 27 Juillet 2005, doctrine 159.
  - Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, La Semaine Juridique Edition Générale n° 29-34, 15 Juillet 2013, doctr. 855
  - « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 18 Janvier 2016, doctrine 65.
  - « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », La Semaine Juridique Edition Générale n° 11, 13 Mars 2017, doctrine 289.
  - « Priorité au contrôle antidopage sur la vie privée du sportif », La Semaine Juridique Edition Générale n° 8, 19 Février 2018, 225.
  - « PMA : wait and see … », La Semaine Juridique Edition Générale n° 8, 19 Février 2018, 224.
- STAHL J.-H., CHAVAUX D., « Légalité de l'interdiction des spectacles de lancer de nains », AJDA 1995, page 878.
- TAQUET F., « Les nouvelles dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (loi no 2001-588 du 4 juillet 2001) », Gazette du Palais, n°047, 16 février 2002, page 5.
- TELLIER-CAYROL V., « L'actualité récente de l'interruption volontaire de grossesse », Gazette du Palais, 11 août 2015, n°223, page 5.
- TERRASSON de FOUGÈRES A.,
  - « Le devenir des embryons conçus *in vitro* après dissolution du couple parental », RDSS 1996, page 623.
  - « La résurrection de la mort civile », RTD civ. 1997, page 893.
- TESTART J., « À mort la mort ? Le transhumanisme sans limite », Zilsel, 2017/2 (N° 2), p. 369-385.
- THIBIERGE C., Les « normes sensorielles, RTD civ. 2018, page 567.
- THIERRY J., « Droits successoraux des enfants adultérins », Dalloz 2000 page 332
- THOMAS Y., « Le sujet de droit, la personne et la nature », Le débat, Gallimard, mai-août 1998, n° 100, page 85.
- THOURET S., « Validité exceptionnelle du mariage de la belle-fille avec le beau-père – Cour de cassation, 1re civ. 4 décembre 2013 », AJ famille 2014, page 124.
- THOUVENIN D.,
  - « La personne et son corps : un sujet, pas un individu biologique », Les Petites Affiches, n° 149 du 14 décembre 1994.

    - « La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : interdiction avec dérogations ou autorisation sous conditions », RDSS 2014, page 283.
    - « L'arrêt « Lambert », miroir des limites de la loi du 22 avril 2005, dite loi Leonetti », RDSS 2014, page 1101.
- de TISSOT O., « Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié », Droit social 1995, page 97.
- TOUZEIL-DIVINA M., « Valse contentieuse » avec Dieudonné : liberté ou ordre public ? », Gazette du Palais, 23 janvier 2014 n° 23, page 5.
- TRUCHET D., « L'affaire *Lambert »,* AJDA 2014, page 1669.
- TUKOV C., « La République a-t-elle gagné en ouvrant la boîte de Pandore ? A propos de « l'affaire Dieudonné », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 3, 20 Janvier 2014, 2014.
- TURPIN D., « La décision n° 557 DC du 15 novembre 2007 du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile : le moustique et le chameau », Dalloz 2008, page 1638.
- UNTERMAIER-KERLÉO E., « Illégalité d'un arrêté anti-mendicité et intérêt à agir d'une association nationale contre une décision locale », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 27, 11 Juillet 2016, 2199.
- VACHERON M.-N., LAQUEILLE X., « L'admission en soins psychiatriques sous contrainte : apports et limites de la loi du 5 juillet 2011 », Laennec, 2012/1 (Tome 60), p. 10-23
- VAN AERTRYCK G., » Aux petits soins, bien soigné ! Soigner ou prendre soin des personnes placées sous main de justice », VST - Vie sociale et traitements, 2015/2 (N° 126).
- VANDERVORST A., « Le juge administratif et les arrêtés « anti-mendicité », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 38, 15 Septembre 2003, 1802.
- VERGÈS E., RIBEYRE C., ROBERT A.-G., « Chronique législative », RSC 2007, page 853.
- VERHEYDE T., « Seul le majeur en tutelle peut demander au juge des tutelles l'autorisation de se marier », Dalloz 2016, page 107
- VERMEIR K., REYNIER V., « Le risque sur les domaines skiables alpins. Relations entre sport pratiqué et représentations sociales des pratiquants », Movement & Sport Sciences, 2008/2 (n° 64), p. 69-81.
- VERNEUIL V., « Les relations des sujets body art avec leur propre corps », Le Journal des psychologues, vol. 263, no. 10, 2008, pp. 59-62.
- VÉRON M.,
    - « Interdiction et liberté de pensée, de conscience et de religion », Droit pénal n° 5, Mai 2013, commentaire 70.
    - « Défaut de vaccination : ne pas confondre Code pénal et Code de la santé publique », Droit pénal n° 6, Juin 2015, commentaire 83.
- VERPEAUX M.*,* « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », AJDA 2010, page 2373.
- VIALLA F.,
    - « Nous savons qu'il faut mourir, et qui sait si ce n'est pas aujourd'hui même », Dalloz 2015, page 1625.
    - « Vaccinations obligatoires : *σηπτικόσ* (*sêptikos*) ou *σκεπτικόσ* (*skeptikos*) *? »*, Dalloz 2017, page 2584.

    - « Injonction à défaut d'injection disponible – Conseil d'Etat 8 février 2017 », AJDA 2017, page 898.
    - « Fin de vie (arrêt des traitements) : nouvelle expertise dans l'affaire *Vincent Lambert* – Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne 20 avril 2018 », Dalloz 2018, page 896.
- VIAL-PEDROLETTI B., « Paiement du loyer : appréciation de la bonne foi du locataire dans le cadre d'une procédure de rétablissement personnel », Loyers et Copropriété n° 9, Septembre 2015, comm. 183.
- VIGNEAU D.,
    - « Le transfert post mortem d'embryons humains conçus in vitro », Les Petites Affiches, 15 mai 1996, n°59, page 15.
    - « En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du code civil », Dalloz 2004. 365.
    - « L'affaire *Vincent Lambert* et le Conseil d'État », Dalloz 2014, page 1856.
- VINEY G., « Responsabilité civile », La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 14 Juin 1995, doctrine 3853.
- YAZI-ROMAN M., « Une indigne « soupe de cochons », http://blogdroitadministratif.net/2007/01/22/une-indigne-soupe-de-cochons/

COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE :

- BINET J.-R., « Insémination post mortem - Pas de restitution des paillettes sur ordonnance ! À propos de l'ordonnance des référés du TGI de Rennes du 15 octobre 2009 », La Semaine Juridique Edition Générale n° 44, 26 Octobre 2009, 377.
- « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science. À propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 », Revue Française de Droit Administratif, n°5 du 09 octobre 2004, page 1022.
- Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Dalloz 1995, page 237.
- « Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l'IVG », La Semaine Juridique Edition Générale n° 37, 8 Septembre 2014, 917.

- Centre de droit et d'économie du sport, « Droit du sport », Dalloz 2014, page 396.
- CAA Nantes, 27 juin 2003, « Consorts Martinot », *Actualité juridique. Droit administratif,* 2003, p. 1871.
- Cour d'Appel de BORDEAUX, 07 janvier 1997, JCP G, IV, n° 2420.
- Cour d'Appel de GRENOBLE, 26 août 2015, Contrats, concurrence, consommation n°11, novembre 2015, commentaire 269.
- Cour d'Appel de PARIS (première chambre A), 28 mai 1996, Dalloz 1996, jurisprudence, page 617, commentaire de EDELMAN B.
- Cour de Cassation, Civ 1, 20 décembre 2000, n° de pourvoi **98-13875**, commenté par RAVANAS J., JCP G 2001, II, 10488.
- Cour de Cassation, Civ1°, premier juillet 2010, n° de pourvoi 09-15479, commenté par CORPART I., « La dignité de la victime photographiée face à la liberté de la presse », Dalloz 2005. 696.
- COUVRAT P., MASSÉ M., « Limitation du droit à indemnisation des ayants droit de la victime qui n'avait pas attaché sa ceinture de sécurité », Dalloz 1994, page 265.

- DUPRAT J.-P., « A la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision 94-343-344 D.C. du 27 juillet 1994 », Les Petites Affiches n° 149, du 14 décembre 1994, page 37.
- FAVOREU L., « Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, Bioéthique », Revue Française de Droit Constitutionnel n°20 du premier décembre 1994, page 809.
- GARÉ T., « 1° ÉTAT CIVIL. — Rectification. Transsexualisme. Rejet de la demande par les juridictions françaises. Conv. EDH, art. 8. Infraction (oui). 2° CONVENTIONS INTERNATIONALES. — Convention européenne des droits de l'homme. Art. 8. Rejet de la demande de rectification d'état civil d'un transsexuel. Infraction (oui) », La Semaine Juridique Edition Générale n° 48, 25 Novembre 1992, II 21955.
- Gestation pour autrui : pas d'adoption plénière pour le mari du père – Cour d'appel de Paris 30 janvier 2018 – Dalloz 2018. 294.
- GONOD P., Commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1993, La Semaine Juridique Edition Générale n° 41, 13 Octobre 1993, II 22133
- HAMON F., JCP G, 1996, page 189, n° 22630.
- JORION B., « Diversité de l'habitat, conseil constitutionnel du 19 janvier 1995 (décision n° 94-359 DC) », AJDA, 20 juin 1995, page 455.
- « L'Etat peut-il être responsable d'un manque d'information concernant les risques liés au syndrome d'alcoolisation foetale ? – Cour administrative d'appel de Douai 10 janvier 2008 », AJDA 2008. 766.
- « Le droit moral d'un artiste à l'épreuve de la dignité humaine – Tribunal administratif de Versailles 19 septembre 201 », AJDA 2015. 1722.
- « La lutte contre le dopage peut s'immiscer dans la vie privée des sportifs – Cour européenne des droits de l'homme 18 janvier 2018 », AJDA 2018, page 135.

- MARCHADIER F., « Commentaire - Droit européen - La Cour européenne des droits de l'homme consolide la lutte contre le dopage », Jurisport 2018, n°187, p.35.

- Mariage entre alliés : droit au respect de la vie privée – Cour de cassation, 1re civ. 4 décembre 2013, Dalloz 2014, page 179.

- MASCALA C., « Défaut du port de ceinture de sécurité : l'état de santé du conducteur n'est pas un cas de contrainte physique justifiant la commission de l'infraction », RSC 2010, page 143.

- MATHIEU B.,
  - « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science. À propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 », Revue Française de Droit Administratif, n°5 du 09 octobre 2004, page 1022.
- « Recherche sur l'embryon : une jurisprudence en demi-teinte. A propos de la décision n°2013-6474 DC du Conseil constitutionnel du 1er août 2013 », La semaine Juridique, édition générale, n° 36 du 2 septembre 2013, page 1562.
- MARGUÉNAUD J.-P., ROETS D., « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RSC 2008. 140
- MÉMETEAU G., « Cass. ass. plén. 11 décembre 1992 deux arrêts – Commentaires », La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 3 Février 1993, II 21991

- MERCUZOT B., note sous CC, 16 juillet 1996, Dalloz 1997, jurisprudence, page 72.
- PASTOR J.-M.,
- PAULIAT H., « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », Dalloz 1995, chronique, page 283.

- PEYRICAL J.-M., note sous l'arrêt, Dalloz 1994, Jurisprudence, page 74.
- « Produits du tabac : validation par la CJUE de la directive du 3 avril 2014 – Cour de justice de l'Union européenne 4 mai 2016 », Dalloz 2016, page 1001.
- Refus de l'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère – Cour de cassation, 1re civ. 6 janvier 2004 – AJ famille 2004, page 667.
- Tribunal administratif de Limoges, 25 juin 1992, « Police de la circulation - Ceinture de sécurité », La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 20 Janvier 1993, 211.
- TGI de Toulouse (troisième chambre), 30 octobre 1995, Dalloz 1997, jurisprudence, page 101.
- Tribunal de grande instance de Toulouse, 26 mars 1991, JCP G n° 11, 11 mars 1992, II 21807.
- Tribunal de grande instance de Rennes, en date du 15 octobre 2009, JCP G 2009, n°44, 26 octobre 2009, 377.
- VIALLA T. et VIALLA F., « Respect de la vie privée (dopage des sportifs) : conformité de l'obligation de localisation – Cour européenne des droits de l'homme 18 janvier 2018 », Dalloz 2018, page 1424.

DOCUMENTS ET PUBLICATIONS OFFICIELLES :

- Child and parents in the 21st century. Report of the government committee on the reassessment of parenthood. Disponible à l'adresse internet suivante : https://www.government.nl/documents/reports/2016/12/07/child-and-parent-in-the-21ste-century.
- Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur le port du voile intégral*, adopté par l'Assemblée plénière du 21 janvier 2010.
- Conseil d'Etat, Rapport Public 2007 : http://www.conseil-etat.fr/content/download/359/1105/version/1/file/rapportpublic2007.pdf
- Conseil d'état, section du rapport et des études. Etude à la demande du Premier Ministre. Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? Etude adoptée en Assemblée générale le 28 juin 2018. http://www.conseil-etat.fr/content/download/138941/1406918/version/1/file/Conseil%20d%27Etat_SRE_%C3%A9tude%20PM%20BIOETHIQUE.pdf
- Cour de cassation, rapport 2009 sur les personnes vulnérables : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_personnes_3411/chambre_civile_3417/majeurs_proteges_3424/ouverture_mesures_15310.html
- *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'Assemblée Générale Plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010.
- HUREL S., *Rapport sur la politique vaccinale*, janvier 2016, http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_sur_la_politique_vaccinale_janvier_2016_.pdf.
- Instruction ministérielle modifiant l'Instruction générale relative à l'état civil du 12 avril 1966, JO du 3 mai 1966.
- OLIVIER M., Députée, rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi (N° 1437), *renforçant la* lutte *contre le* système prostitutionnel

- « Police de la circulation. — Infractions. Ceinture de sécurité. Port. Obligation. Sanction pénale. Fondement, (Rép quest écrite n° 6100 : J.O. Déb Sénat 6 août 1987, p. 1237) », La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 14 Octobre 1987, 102546.
- Proposition de loi du Sénat, première session extraordinaire 1988-1989, disponible sur le site internet suivant : https://www.senat.fr/leg/1988-1989/i1988_1989_0201.pdf.
- Rapport annuel 2008 de la Cour de cassation, disponible à l'adresse suivante : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/etude_discriminations_2910/distinctions_justifiees_2918/distinctions_familiales_2919/distinctions_droit_successoral_12142.html .
- Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, *L'ordre public*, La Documentation Française (2014).
  Rrapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, en nouvelle lecture, sur le projet de loi (n° 3872), modifié par l'assemblée nationale en première lecture, *de* modernisation *de la* justice *du* XXI^{ème} *siècle,* par MM. Jean-Michel CLÉMENT et Jean-Yves LE BOUILLONNEC, Députés.
- Rapport n° 358 (2006-2007) de M. François ZOCCHETTO, fait au nom de la commission des lois, déposé le 3 juillet 2007, dans le cadre du projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.
- *Réflexion sur les émissions dites « de téléréalité ». Synthèse des auditions et bilan de la réflexion*, menée par la Commission de réflexion sur l'évolution des programmes, coprésidée par deux membres du CSA (2011).
- Réponse de Madame Mme la secrétaire d'Etat à la lutte contre la précarité et l'exclusion à Question de M. René Trégouët, Sénateur – Groupe de l'Union pour un Mouvement populaire, Publication au JO : Sénat du 23 janvier 2003.

INDEX

Arrêté anti-mendicité 226, 423, 433
Ceinture de sécurité 135, 139, 140, 141, 142, 143, 150, 421, 434, 435
Chirurgie esthétique 378, 379, 395, 400, 414
Clonage 165, 166, 176, 375, 392
consentement 6, 7, 13, 14, 20, 21, 24, 27, 34, 42, 44, 45, 49, 55, 60, 70, 71, 72, 76, 78, 80, 81, 83, 86, 87, 98, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 123, 138, 139, 143, 144, 147, 149, 152, 153, 154, 156, 157, 161, 164, 168, 169, 170, 174, 176, 177, 178, 180, 183, 184, 185, 186, 195, 221, 239, 241, 244, 263, 265, 273, 281, 284, 300, 301, 312, 316, 317, 318, 319, 320, 322, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 333, 335, 337, 339, 351, 352, 353, 356, 357, 358, 360, 363, 378, 379, 380, 381, 382, 388, 406, 407, 409, 417, 418, 421, 427
Cryogénisation 21, 23, 415, 429
Diagnostic préimplantatoire 392, 394
Dignité subjective 31, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 82, 85, 86, 93, 94, 131, 247, 403
Embryon 19, 82, 83, 84, 85, 170, 172, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 265, 281, 284, 301, 369, 376, 400, 414, 418, 421, 423, 425, 427, 433, 435
Evans contre Royaume-Uni 112, 113, 114, 264, 406, 422
Exposition Our Body 318, 319, 320
Extropiens 366, 367
Filiation 12, 14, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 59, 61, 197, 249, 258, 260, 268, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 283, 341, 342, 343, 344, 345, 347, 348, 349, 406, 413, 415, 417, 418, 419, 421, 422, 427
Inceste 58, 59, 61, 253, 268, 353, 413, 434
K.A. et A.D. contre Belgique 6, 151, 323
Liberté d'expression 137, 138, 148, 149
Mariage 14, 45, 46, 48, 49, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 72, 73, 204, 249, 266, 269, 270, 271, 279, 280, 305, 416, 426, 432
ordre public de direction 25, 31, 32, 34, 36, 39, 43, 45, 53, 57, 61, 64, 67, 75, 76, 81, 89, 92, 93, 95, 96, 121, 130, 131, 247, 249, 250, 251, 253, 298, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 318, 325, 330, 331, 336, 338, 348, 354, 355, 360, 361, 364, 365, 369, 388, 393, 394, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 403, 404
Ordre public de protection 31, 34, 35, 36, 39, 43, 64, 65, 66, 69, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 81, 82, 95, 96, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 128, 130, 403
Organes 5, 7, 18, 166, 167, 168, 169, 170, 172, 176, 184, 216, 250, 260, 300, 305, 338, 339, 353, 375, 376, 377, 384, 385, 421, 424, 428
Pretty contre Royaume-Uni 6, 115, 150, 151, 152, 261, 323, 360, 416, 420, 424, 427
Répudiation 63, 64, 425
Robot 376, 387
Singularité 367
Sport 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 293, 335, 384, 389, 397, 411, 416, 429, 430, 433, 434
Stérilisation 20, 420
Stupéfiants 22, 24, 27, 29, 42, 95, 96, 109, 110, 111, 116, 130, 160, 228, 249, 294, 308, 309, 337, 428
Tabagisme 139, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 186, 200, 414, 418, 423
Témoins de Jéhovah 196, 300, 311, 354, 355, 358, 361, 364, 365, 400, 401

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1
I. Définition des termes du sujet 2
A. La libre disposition de son corps 2
B. La vie privée dans son volet social 8
II. Problématique 16
III. Actualité du sujet 20
IV. Plan de la thèse 23
PARTIE I LA NÉCESSITÉ D'UN NOUVEL INSTRUMENT JURIDIQUE D'ENCADREMENT DE LA LIBRE DISPOSITION DE SOI 26
TITRE I L'ESSOUFFLEMENT DE L'ORDRE PUBLIC CLASSIQUE 31
CHAPITRE I L'ARTICULATION ÉQUILIBRÉE DE L'ORDRE PUBLIC CLASSIQUE ET DE LA DIGNITÉ SUBJECTIVE 41
SECTION I L'ORDRE PUBLIC CLASSIQUE COMME LIMITE À LA LIBRE DISPOSITION DE SOI 43
§1 L'encadrement de la libre disposition de soi par l'ordre public de direction 43
A. Le recul affiché des normes d'ordre public 43
1. L'état du droit sous l'empire du Code Napoléon 44
2. Les familles multipolaires 45
3. Un état civil à la carte 50
B. Le maintien sous-jacent du contrôle sociétal 57
1. L'union maritale sous contrôle 57
2. Le Ministère public, protecteur des registres d'état civil 61
§2 L'encadrement de la libre disposition de soi par l'ordre public de protection 64
A. Les majeurs protégés 65
1. Une volonté respectée 65
a. Un cadre national adéquat 65
b. Un cadre international dangereux 67
2. Une volonté nécessairement limitée 69
a. En matière patrimoniale 69
b. En matière personnelle 71
B. Les personnes aliénées 75
1. L'évolution du traitement des personnes aliénées 75
2. La prise en charge actuelle des personnes aliénées 78

SECTION II LA DIGNITÉ SUBJECTIVE, INSTRUMENT DE PROTECTION DE LA LIBRE DISPOSITION DE SOI 82
§1 La liberté positive de disposer de soi 82
§2 La liberté négative de disposer de soi 85
A. La dignité composante des infractions pénales 86
B. La dignité protectrice des personnes privées de leur liberté 87
CHAPITRE II L'ÉCHEC DE l'ORDRE PUBLIC CLASSIQUE LIVRÉ À LUI-MÊME 95
SECTION I L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION SUBMERGÉ PAR LES VOLONTÉS INDIVIDUELLES 96
§1 L'ordre public sportif 96
A. La répression du dopage 97
B. Critique de la réglementation 101
1. Les échecs annoncés des modes de traitement du dopage 101
2. L'exemple du cyclisme 104
3. La sortie de la compétition au service de l'ordre public 106
§2 l'ordre public pénal 108
A. Les obligations de soins 109
B. L'efficience contestée des soins contraints 114
SECTION II LES LIMITES DE L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION FACE AUX PASSAGERS CLANDESTINS ÉCONOMIQUES 119
§1 La nécessité de l'ordre public de protection 120
§2 L'ordre public de protection à l'épreuve des passagers clandestins 123
A. Le surendettement 124
B. Les baux d'habitation 128
TITRE II LE MANICHÉISME DE LA DIGNITÉ OBJECTIVE 132
CHAPITRE I LE MANICHÉISME ACCEPTABLE DE LA DIGNITÉ OBJECTIVE 137
SECTION I LA LIMITATION DU CONSENTEMENT À LA MISE EN DANGER DE SOI-MÊME 138
§1 Le rôle des composantes de l'ordre public administratif 139
A. La sûreté publique 140
B. La salubrité publique 144
§2 La dignité objective confrontée à l'autonomie personnelle 150
A. La dignité objective, limite bienvenue à l'autonomie personnelle 150
B. Un exemple : le traitement des personnes sans domicile fixe par temps de grands froids 154
1. Une protection nuancée 155

2. Une protection encore et toujours insuffisante 159
SECTION II LA DIGNITÉOBJECTIVE AU DÉFI DU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP BIOÉTHIQUE 162
§1 Dignité et bioéthique : les raisons de la naissance d'un couple juridique 163
A. Le procès de Nuremberg 163
B. L'évolution des sciences appliquées à la personne humaine 165
C. La dénaturation de l'utilitarisme 171
§2 L'application de la dignité objective dans le champ bioéthique 173
A. une application sensément dogmatique de la dignité de la personne humaine :.. 174
1. Les principes directeurs de la bioéthique 174
2. Les applications des principes 177
B. l'application conséquentialiste de la dignité de la personne humaine 178
1. L'embryon sacrifié aux intérêts de la recherche scientifique 178
2. L'utilisation élargie des éléments du corps humain 183
CHAPITRE II LE MANICHÉISME INACCEPTABLE DE LA DIGNITÉ OBJECTIVE 187
SECTION I LA DIGNITÉ OBJECTIVE, UN CONCEPT DANGEREUX 188
§1 L'absence de fondement théorique 188
A. Le dogmatisme modéré de KANT 188
1. La théorie kantienne de l'autonomie de la volonté 189
2. L'interprétation de la théorie kantienne 195
B. Le libéralisme de John Stuart MILL 198
1. L'inscription de MILL dans le courant utilitariste 198
2. « De la liberté » 200
§2 L'avènement projectif d'une société sous contrôle 202
A. De la biopolitique 203
1. le biopouvoir synonyme de la dignité objective 203
2. Les vaccinations obligatoires, fer de lance du biopouvoir 206
B. Du néolibéralisme 210
1. De l'histoire du néolibéralisme 210
2. « L'homme aux cellules d'or » 215
SECTION II CONSÉQUENCE : LA MISE SOUS TUTELLE DE LA PERSONNE HUMAINE 217
§1 Le refus de reconnaissance d'un droit à la différence 217
A. L'arrêt fondateur *Communes de Morsang sur Orge et d'Aix en Provence* 218
B. Les arrêtés anti-mendicité 221

1. Le passé des personnes sans domicile fixe 222
2. Le présent des personnes sans domicile fixe 224
3. L'hypocrisie des arrêtés « anti-mendicité » 227
C. L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public 229
1. L'interdiction de dissimulation du visage face aux juges 229
2. L'avènement d'un nouvel ordre public mâtiné de dignité objective 236
§2 A la recherche d'un régime préservant la dignité de la personne en état végétatif 238
A. La dignité objective au secours de la libre disposition de soi 238
B. La difficile mise en œuvre de la dignité objective 241
PARTIE II L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE, NOUVEL INSTRUMENT JURIDIQUE D'ENCADREMENT DE LA LIBRE DISPOSITION DE SOI 248
TITRE I LA CONSTRUCTION DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE 252
CHAPITRE I LA PROPORTIONNALITÉ IN CONCRETO, MOYEN DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE 254
SECTION I LA DÉFINITION EUROPÉENNE DES PRINCIPES DE SUBSIDIARITÉ ET DE PROPORTIONNALITÉ IN CONCRETO 255
§1 Du principe de subsidiarité confronté à la libre disposition de soi 256
A. Définition jurisprudentielle du principe 256
B. Un exemple : l'arrêt *Odièvre contre France* 258
§2 Du principe de proportionnalité au regard de la libre disposition de soi 261
A. Une application satisfaisante du principe de proportionnalité : l'arrêt *Dudgeon contre Royaume-Uni* 262
B. L'impossible balance des intérêts : l'arrêt *Evans contre Royaume-Uni* 264
C. L'avenir du principe de proportionnalité in concreto 266
SECTION II DE L'IRRUPTION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ IN CONCRETO DANS LA JURISPRUDENCE NATIONALE 268
§1 La proportionnalité adoptée par les juges judiciaires 268
A. L'arrêt fondateur du 4 décembre 2013 268
B. Les suites jurisprudentielles en droit de la filiation 271
C. Le débat doctrinal 277
§2 La proportionnalité adoptée par les juges administratifs 281
A. Une proportionnalité assumée 282
B. Une proportionnalité refusée 284
CHAPITRE II LE BIEN COMMUN, FIN ASSIGNÉE À L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE 288

SECTION I LA SOCIÉTÉ DU BIEN COMMUN 288
§1 Les critiques de la société néo-libérale 289
A. La « dissociété » 289
B. Les dires de la Décroissance 291
§2 La société fraternelle décroissante 293
A. Le Bien commun et la libre disposition de soi 293
B. De la nécessité d'œuvrer pour une société décroissante 295
SECTION II LES CARACTÉRISTIQUES DU BIEN COMMUN 298
§1 Un caractère d'autorité 298
§2 Un caractère pragmatique : l'exemple de la fin de vie 300
TITRE II LES APPLICATIONS DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE 308
CHAPITRE I L'APPLICATION DANS UNE CONCEPTION CLASSIQUE DE LA PERSONNE 311
SECTION I DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES ÉCLAIRÉES PAR LA MISE EN ŒUVRE DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE 312
§1 De la liberté artistique 312
A. L'artiste, objet de son œuvre 313
B. L'argent, profanateur de l'art 316
1. Le consentement invalidé 316
2. Au-delà du consentement 318
§2 De la liberté sexuelle 321
A. Le sadomasochisme saisi par la jurisprudence 321
1. *Laskey et autres contre Royaume Uni* 321
2. K.A. et A.D. contre Belgique 323
B. La prise en compte proportionnée des pratiques sadomasochistes 325
1. Le consentement suffisant au sadomasochisme 326
2. Le consentement insuffisant à la licéité du sadomasochisme 328
3. Le sadomasochisme à l'épreuve du Bien commun 329
SECTION II DES CHOIX DE SOCIÉTÉ À FAIRE ÉVOLUER SOUS L'ÉGIDE DE L'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION DE LA PERSONNE 330
§1 De la prostitution 331
A. Les thèses en présence 332
1. Les abolitionnistes 332
2. Les tenants de la réglementation de la prostitution 334
B. Une prise en considération graduée de la prostitution 336

1. Les trois formes de prostitution 336
2. Une réglementation nuancée 338
§2 De la gestation pour autrui 340
A. La gestation pour autrui en France 340
1. L'arrêt *Mennesson contre France* 340
2. L'arrêt *Labassée contre France* 342
3. Des réactions doctrinales contrastées 343
4. L'avenir incertain du parent d'intention 345
B. L'adaptabilité des pratiques procréatives 349
1. La gestation pour autrui actuelle ou l'exploitation de la pauvreté 349
2. La procréation cordiale 353
§3 Du refus de soins 355
A. Les Témoins de Jéhovah 355
B. Les grévistes de la faim 361
CHAPITRE II L'APPLICATION DANS UNE CONCEPTION TRANSHUMANISTE DE LA PERSONNE 366
SECTION I LE TRANSHUMAIN OU LA DISPOSITION DE SOI DÉNATURÉE 369
§1 La dénaturation de la libre disposition de soi placée sous le boisseau de la technique incontrôlée 370
A. « L'ambivalence » de la technique 370
B. « L'imprévisibilité » de la technique 374
§2 La conséquence : la remise en question de la personne humaine 377
A. Les atteintes au principe de liberté 377
B. Les atteintes au principe d'égalité 383
SECTION II LA NÉCESSITÉ DE LIMITER LA LIBRE DISPOSITION DE SOI TRANSHUMANISTE 388
§1 La thèse des bio-conservateurs 388
A. Michael J. SANDEL 389
B. Francis FUKUYAMA 391
§2 Le recours à l'ordre public de direction de la personne 393
A. De la nécessité d'un contrôle 393
B. Du rôle de l'ordre public de direction de la personne 396
CONCLUSION 403
BIBLIOGRAPHIE 406

L'encadrement juridique de la libre disposition de soi

La libre disposition de soi doit-elle accueillir des limites imposées par le Droit ? Une première approche, instinctive, est de répondre par la négative car le Droit n'aurait pas vocation à s'ingérer dans les rapports intimes que l'on entretient avec soi et qui ne concernent en conséquence pas la société. Il faut pourtant se rendre à l'évidence : le Droit est légitime à intervenir dans la libre disposition de soi car l'intimité est poreuse, et laisse passer entre ses mailles la présence d'autrui, ce qui autorise les pouvoirs publics à intervenir ponctuellement dans ce domaine *a priori* dédié à la vie privée. C'est à l'aune de l'ordre public que le législateur ou les juges déterminent si la libre disposition de soi peut s'épanouir sans danger pour autrui ou pour l'intérêt général. Cet ordre public, dans ses composantes classiques de direction et de protection, paraît néanmoins actuellement à la peine pour contenir les volontés individuelles qui s'expriment avec force conviction. Tant le juge que le législateur se sont en conséquence tournés vers un autre instrument juridique de nature à encadrer la libre disposition de soi. De facture plus récente, la dignité de la personne humaine vient soit protéger la libre disposition d'individus en situation de faiblesse ; soit au contraire limiter la libre disposition de soi, protégeant la personne contre son gré. La deuxième acception de la dignité est celle qui prédomine entre les mains du législateur et des juges, laissant la libre disposition de soi à la merci d'un instrument peu nuancé. Il faut donc rechercher un instrument juridique qui permette d'assurer la cohésion sociale sans pour autant éteindre les aspirations individuelles. C'est un équilibre particulièrement délicat à trouver en ce que ces deux objectifs sont le plus souvent diamétralement opposés. La recherche doit s'orienter vers l'ordre public car celui-ci est un concept éminemment évolutif. C'est un ordre public qui doit être de direction, eu égard aux faits qu'il accompagne, avec toute la fermeté requise, les individus dans la découverte des options qui leur sont les plus favorables et qu'il n'a pas vocation à protéger à tout prix la libre disposition de soi. Son adaptabilité aux circonstances de l'espèce est rendue possible grâce à l'application du principe de proportionnalité *in concreto*. Ce nouvel ordre public ne serait enfin qu'une coquille vide, sans l'objectif du Bien commun, qui permet de discriminer entre les usages licites et illicites de la libre disposition de soi. Encadrée par l'ordre public de direction de la personne, cette dernière peut s'exprimer sans verser dans des extrêmes dommageables à l'individu ou à la société.

Mot clés : ordre public, dignité de la personne humaine, dopage, surendettement, baux d'habitation, personnes sans domicile fixe, bioéthique, personne en état végétatif, dissimulation du visage dans l'espace public, proportionnalité *in concreto*, liberté artistique, liberté sexuelle, gestation pour autrui, refus de soins, transhumanisme.

The legal framework of free self-determination

Must free self-determination accept limits imposed by law? A first approach, instinctive, is to answer in the negative because the Law would not have vocation to interfere in the intimate relations that one maintains with oneself and which consequently does not concern the society. However, we must face the obvious: the law is legitimate to intervene in the free disposition of oneself because the intimacy is porous, and leaves between the meshes the presence of others, which authorizes the public authorities to intervene punctually in this area a priori dedicated to privacy. It is on the basis of public order that the legislator or judges determine whether free self-determination can flourish without danger for others or for the general interest. This public order, in its classical components of leadership and protection, nevertheless appears to be struggling to contain the individual wishes that express themselves with conviction. Both the judge and the legislator have accordingly turned to another legal instrument of a nature to regulate the free disposition of oneself. More recent, the dignity of the human person comes to protect the free disposition of individuals in situation of weakness; or on the contrary, to limit the free disposition of oneself, protecting the person against his will. The second meaning of dignity is the one that predominates in the hands of the legislator and the judges, leaving the free disposition of oneself at the mercy of a little nuanced instrument. We must therefore look for a legal instrument that will ensure social cohesion without extinguishing individual aspirations. It is a particularly delicate balance to find in that these two objectives are most often diametrically opposed. Research must be oriented towards public order because it is an eminently evolving concept. It is a public order that must be of direction, given the facts that it accompanies, with all the firmness required, individuals in the discovery of the options that are most favorable to them and that it is not intended to to protect at all costs the free disposition of oneself. Its adaptability to the circumstances of the case is made possible by the application of the principle of proportionality *in concreto*. This new public order would finally be nothing but an empty shell, without the objective of the common good, which makes it possible to discriminate between the licit and unlawful uses of free self-determination. Framed by the public order of direction of the person, the latter can express himself without endangering the individual or the society.

Key words: public order, dignity, doping, over-indebtedness, residential leases, homeless people, bioethics, person in a vegetative state, dissimulation of the face in the public space, proportionality *in concreto*, artistic freedom, sexual freedom, surrogacy, refusal of care, transhumanism.