

DROIT ET JUSTICE

Collection

créée
par
Pierre Lambert

dirigée par
Daniel Plas
et Michel Puechavy

95

L. BURGORGUE-LARSEN (dir.)

**La dignité saisie
par les juges en Europe**

*Actes de la Journée d'études du 23 mai 2008
organisée par le Centre de recherche sur l'Union européenne
de l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris I Panthéon Sorbonne)*



NEKESIS



BRUYLANT

2010

LA DIGNITÉ DE L'ÊTRE HUMAIN DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE

PAR

LUC HEUSCHLING

PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC
UNIVERSITÉ LILLE II

Avant de répondre à une question donnée, le scientifique se doit de réfléchir sur les termes et le *pourquoi* de la question. Si nous nous retrouvons aujourd'hui ici, dans un centre de recherche sur l'Europe, à nous interroger sur la signification pour un juge du terme de «dignité», c'est — pour le dire avec un brin de provocation — à cause des Allemands. En matière de dignité, de dignité de l'être humain — en allemand : «Menschenwürde» — le *ius commune* de l'Europe a reçu des impulsions décisives d'outre-Rhin. A double titre d'ailleurs : si le régime d'Hitler et les souvenirs d'Auschwitz ont servi de repoussoir au discours post-1945 sur la dignité humaine, la Loi fondamentale (L.F.) de 1949 va, à partir des années 1970, servir de référence positive à un nombre croissant de systèmes. Sa modélisation juridique de la dignité humaine va d'abord marquer le droit constitutionnel d'autres pays (influence horizontale), avant d'inspirer, médiatement et immédiatement, le droit de l'Union européenne (influence verticale). La dignité de l'être humain fait partie — avec le discours du «Rechtsstaat» (Etat de droit), de la théorie des «Grundrechte» (droits fondamentaux), du principe de «Verhältnismässigkeit» (proportionnalité), et de l'institution du «Bundesverfassungsgericht» (Cour constitutionnelle fédérale) (1)

(1) Sur le rayonnement de la Loi fondamentale en général voy. U. BATTIS, E.G. MAHRENHOLZ, D. TSAROS (dir.), *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen. 40 Jahre Grundgesetz, 1990*; C. STRABEK (dir.), *GG und deutsche*

—, des « Exporterschlager », des meilleurs produits d'exportation du droit constitutionnel allemand. Ces différents éléments font du reste système : c'est un « packaging ». Aujourd'hui il n'est nul Etat qui ne se revendique du label de l'Etat de droit et qui, à ce titre, se porte garant, via l'établissement en général d'une cour constitutionnelle, de la dignité de l'être humain et des droits fondamentaux. L'idée, en particulier, que la dignité humaine est la « matrice » (B. Mathieu) ou le fondement des droits fondamentaux⁽²⁾ est l'une des thèses éminentes développées par le droit allemand. Aussi la dynamique de convergence que l'on observe à l'heure actuelle en Europe, y compris en Grande-Bretagne, n'est pas tant une « continentalisation » ni une « fertilisation croisée (cross-fertilisation) », qu'une « germanisation »⁽³⁾. L'épicentre des mouvements tectoniques actuels du droit public en Europe se situe, en grande partie, du côté de Bonn et de Karlsruhe.

Ces propos se doivent toutefois d'être nuancés. D'une part, la métaphore même de l'exportation, ou de la tectonique, n'est pas entièrement adéquate pour décrire la complexité de ces transferts. En mettant en exergue le rôle actif du seul pays dit

← *Verfassungssprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, 1990. Sur les aspects particuliers évoqués, voy. L. HETSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002; E. CARPANO, *Etat de droit et droits européens*, Paris, L'Harmattan, 2005; Th. WITTEBERGER, « Konvergenzen oder Dominanz nationaler Rechtsstratgien in Deutschland und Frankreich? », *Frankreich, Jahrbuch 2001*, pp. 156 et s.; B. PERROT, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande comme modèle pour l'Europe », *Cités*, n° 13, 2003, pp. 57 et s.; P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *R.U.D.H.*, 2004, pp. 40 et s.; C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 2004, pp. 26 et s.; K. SCHNE-MANN, « Aktuelle Einflüsse des deutschen Rechts auf die richterliche Fortbildung des englischen Rechts », *Europarecht*, 2003, pp. 17 et s.

(2) Idée de plus en plus présente en doctrine (voy. pour la France : C. GARAN, S. HENNETTE-VAUGHNÉ (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, P.U.F., 2005) et qui est même inscrite de façon explicite dans certaines constitutions récentes (voy. art. 14, al. 2, Const. Saxe, 1992; art. 30, Const. Pologne, 1997; art. 23, Const. Kosovo, 2008).

(3) Comme l'écrit, au sujet d'un concept commun d'Etat de droit, J. RIVERS, « Rechtsstaatsprinzip and Rule of Law Revisited », *Rechtschrift Ch. Starck, Tübingen, Mohr*, 2007, p. 893 : « A combined concept might look rather more German and rather less English ». Le terme « germanisation » est utilisé dès le début des années 1980 par des auteurs espagnols. Voy. P. GERTZ VILLALON, « Bericht Spanien », in U. BATTIS et alii (dir.), *op. cit.*, p. 93.

exportateur, ces métaphores occultent le rôle décisif du pays importateur qui, en toute liberté, s'approprie le droit allemand. D'autre part, il convient de ne pas négliger dans les mutations contemporaines les impulsions provenant d'autres pays ou sources. Il serait présomptueux d'affirmer que le concept de dignité de l'être humain a été, tout entier, inventé et propulsé par les juristes allemands. Le terme et l'idée philosophique qu'il recouvre font, au contraire, partie de l'héritage commun de l'Occident (le christianisme, les Lumières, Kant, les idées socialistes d'un Lassalle ou d'un Proudhon, etc.). L'histoire de son éclosion en tant que concept de droit positif fait, certes, apparaître le rôle pionnier de l'Allemagne à travers la Constitution de Weimar de 1919. Or le principe juridique de la dignité humaine avait déjà commencé à pointer son nez bien avant, notamment en France en 1789 ou en 1848.

A noter également qu'après 1945 — période charnière —, le discours de la dignité se déploie à divers endroits (France, Italie, Japon, Allemagne, U.S.A., O.N.U., etc.), soit de façon parallèle, soit en étroite symbiose intellectuelle. Il serait absurde d'y pointer une quelconque influence de l'art. 1, al. 1er L.F. C'est plutôt l'inverse : l'Allemagne est bannie des cercles de l'O.N.U. et la Déclaration universelle des droits de l'homme a été l'une des sources d'inspiration de la Loi fondamentale. Il y a donc, vers 1945, un concert de voix au sein duquel, toutefois, l'équilibre des pupitres va sensiblement évoluer avec le temps : ainsi, si le discours français de la dignité humaine, à peine né, s'éteint aussitôt, le discours allemand de la *Menschenwürde* ne cessera de s'amplifier et de résonner au-delà des frontières.

Retraçons brièvement les itinéraires des discours relatifs à la dignité de l'être humain⁽⁴⁾ dans le temps et dans l'espace. Ce

(4) L'analyse qui suit se limitera aux discours portant sur la dignité humaine, seul concept connu du droit constitutionnel allemand. L'être humain n'est toutefois pas le seul titulaire possible de la dignité. Ainsi, sous le régime de Franco, le droit espagnol protégeait la dignité de la « patrie ». On parle aussi parfois de la dignité de « l'Etat » (voy. art. IV, § 20, Const. Ohio 1851; en droit international public : D. FEJDMAN, « Human

détour par le droit comparé — détour qui n'en est pas un véritablement, car le chemin le plus direct n'est pas forcément le plus rapide —, éclairera en creux l'identité de la modélisation allemande de la dignité humaine. Juste après la fin de la seconde guerre mondiale, il existe, en effet, non pas un seul usage juridique de la dignité humaine, qui s'imposerait comme une évidence, mais une pluralité de solutions. Celles-ci varient en fonction des réponses apportées par chaque constituant aux quatre interrogations suivantes :

1. Présence/absence : faut-il, en tant que constituant — disons même : en tant que constituant libéral — évoquer ou ignorer l'expression « dignité de l'être humain » ?
2. Emplacement et nature : Convient-il de consacrer ce terme à titre symbolique dans un préambule à la valeur juridique douteuse — dans une sorte de zone de « pré-droit » —, ou faut-il l'évoquer dans le corps du texte afin d'en faire une norme positive indubitable ? Dans la dernière hypothèse, faut-il placer le terme au début du corps du texte, à son frontispice, ou plus loin ? Faut-il concevoir cette norme de droit positif comme un principe objectif ou comme un droit subjectif ?
3. Degré de généralité : la dignité humaine s'applique-t-elle à un domaine particulier de la vie en société (le droit pénal, la régulation du travail, l'économie en général, le droit des médias, la bioéthique, le droit de mourir en dignité, etc.), ou s'agit-il d'un idéal dont le champ d'application est illimité ?

← Dignity as a Legal Value», *Public Law*, 1999, p. 683). L'art. 130 de la Constitution polonaise de 1997 évoque la «dignité du peuple». Dans le même esprit, certaines professions (magistrat, avocat, etc.) ou certaines institutions particulièrement éminentes de l'Etat peuvent voir leur dignité protégée (ex. art. 165, al. 4, 181, al. 3, 196, al. 3 Const. Afrique du sud 1996). Le droit peut également protéger la dignité d'un groupe social spécifique (voy. la protection de la «dignité des victimes de crimes» par art. 1, §10a, Const. Ohio, art. 24, Const. Alaska 1956, art. 1, sect. 8A, Const. Virginie, art. 1, sect. 42, Const. Oregon). Enfin, l'art. 120, al. 2 de la Constitution fédérale suisse de 1999 va jusqu'à reconnaître, dans sa version allemande et italienne (mais non dans sa version française), une dignité aux animaux («Würde der Kreatur», «dignità della creatura»).

4. Impérativité : la norme «dignité de l'être humain» est-elle «intangibile» ou est-ce un principe qui, à l'instar de la plupart des principes juridiques, peut souffrir des restrictions et exceptions ? S'agit-il d'un impératif *categorique* ou *conditionnel* ?

Il va de soi que, selon le modèle retenu, le rôle du juge et les difficultés de sa tâche diffèrent sensiblement. Or, sur chacun de ces quatre points, le droit allemand, sous le choc de la barbarie du III^e Reich, va retenir la solution maximaliste.

★

La consécration et la montée en puissance de la dignité humaine en droit positif sont des phénomènes récents (5). L'expression ne figure point dans les textes constitutionnels classiques (les divers textes de l'Angleterre du XVII^e siècle, la Déclaration des droits de Virginie, le Bill of Rights des Etats-Unis, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, etc.) (6). Tout au long du XIX^e siècle, et jusqu'au milieu du XX^e siècle, la dignité humaine n'est guère un terme phare du droit constitutionnel positif. Pourtant, l'expression est déjà présente, dès les Lumières, à la *lisière* du droit positif, dans le *contexte* des textes. En témoignent diverses occurrences que l'on (re)découvre aujourd'hui, rétrospectivement. Ainsi, en 1789, Adrien Dupont propose à l'Assemblée constituante une série de principes censés inspirer la réforme du droit pénal. Parmi eux, figure un article 13 qui énonce : « toute peine dont le spectacle peut porter les hommes à la cruauté, et diminuer en eux le respect pour la dignité de l'espèce humaine, la société

(5) Pour un premier aperçu historique, voy. H. DREIER, «Art. 1 Abs. 1», in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz. Kommentar*, 2^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 143 et s.; P. HABERLE, «Die Menschenwürde als Grundrecht der staatlichen Gemeinschaft», in J. ISKREIER, P. KIRCHHOFF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, vol. 2, 3^e éd., Müller, Heidelberg, 2004, pp. 318 et s.

(6) Dans l'art. 6 de la D.D.H.C. de 1789, le terme «dignité» est utilisé dans le sens traditionnel des honneurs attachés à une magistrature ou à un office. Sous la Révolution française, le droit pénal connaît également l'idée de la dignité ou de l'indignité du citoyen à travers la peine de dégradation civique. En 1944, dans le cadre de l'épuration, le droit pénal français parlera explicitement de «l'indignité nationale». Voy. A. SIMONIN, «La dignité de la personne humaine n'est pas une idée révolutionnaire», in C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUGHANZ (dir.), *op. cit.*, pp. 309 et s.

n'a pas le droit de l'établir»(7). L'expression figure aussi dans la *Métaphysique des mœurs* (1797) de Kant, dans la partie relative à la *morale* (et non dans sa partie relative au droit). En 1848, certains orateurs au sein de l'Assemblée constituante allemande réunie à Francfort se font les avocats du nécessaire respect de la «*Menschenvürde*», soit de manière générale, soit dans le domaine particulier du droit pénal(8). Mais le texte de la Constitution allemande de 1849 — pourtant libérale — n'utilise guère le terme. En revanche, l'expression française «dignité humaine» figure dans le préambule du célèbre décret Schoelcher des 27 avril-3 mai 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies françaises(9).

La première occurrence dans un texte constitutionnel est le célèbre article 151 de la Constitution allemande de 1919. Placé en exergue de toute la section relative à l'économie (art. 151 à 165), l'art. 151 dispose en son al. 1^{er} : «l'organisation de la vie économique doit être conforme aux principes de la justice, en visant à garantir à tous une existence digne d'un être humain (*menschewürdigen Dasein*). Dans ces limites la liberté économique de l'individu est assurée». On retrouve une tonalité similaire, quoique dans un contexte tout autre, avec l'art. 6 de la Constitution portugaise de 1933 qui met en place le régime dictatorial de Salazar. Selon cet article, il revient à l'Etat «de garantir le bien-être social en essayant de garantir à tous les citoyens un mode de vie qui soit compatible avec la

(7) A. DUNROTH, «Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés au nom du Comité de la Constitution», 22 décembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. X, pp. 744 et s. Le texte est consultable sur internet : www.justice.gc.ca/fr/a/p/1/loi/loi-1/rev3/index.html.

(8) Voy. J.D. KUTNER, «Von der bürgerlichen Revolution bis zum ersten Weltkrieg», in D. MERRÉN & H.J. PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Müller, Heidelberg, t. 1, 2004, p. 107.

(9) «Le gouvernement provisoire, — considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine; qu'en dénuisant le libre arbitre de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir; qu'il est une violation flagrante du dogme républicain, liberté, égalité, fraternité [...] — décide: Art. 1. L'esclavage sera entièrement aboli dans toutes les colonies et possessions françaises [...]». Dans son rapport, Victor Schoelcher stigmatisa le fait que des hommes soient traités «comme des animaux domestiques» et puissent faire l'objet d'un droit de propriété. Il y voit un «crime de lèse-humanité» et conclut : «La République n'entend plus faire de distinction dans la famille humaine» (*Daloz*, 1848, 4^e partie, pp. 80 et s.).

dignité humaine». L'Espagne franquiste fera aussi un usage assidu, varié et abusif, selon les canons d'aujourd'hui, du terme de «dignité». Le terme revient fréquemment dans différents textes fondamentaux, depuis la Charte du travail de 1938 (*Fuero del Trabajo*; art. 1, art. 3), la Charte des Espagnols de 1945 (*Fuero de los Españoles*; art. 1, art. 25, art. 27) jusqu'aux principes fondamentaux du mouvement national de 1958 (art. 1). Dans le discours franquiste se mélangent des références à la fois à la «dignité de la personne humaine» — norme dont le champ d'application est tantôt illimité tantôt limité aux conditions matérielles d'existence — et à la «dignité de la patrie» que tous les Espagnols se doivent de préserver (art. 1 du texte de 1958). Dans le sillage de ces discours ibériques s'inscrit également la consécration — dans l'art. 1, al. 1^{er} — de la dignité de la personne humaine dans le projet de Constitution élaboré vers 1943 par/pour le maréchal Pétain(10). Ce qui ressort des années 1930, au-delà de la récupération de la dignité par les dictatures, c'est l'élargissement progressif du champ d'application du principe. En témoigne la Constitution irlandaise de 1937 dont le préambule énonce la volonté du peuple irlandais de «*promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured* (...)». Ici le champ du principe est des plus larges, mais sa normativité est des plus faibles à raison de son emplacement dans le préambule.

La situation va profondément évoluer à partir de 1945. Le discours de la dignité, jusque-là relativement marginal et discret, va être projeté sur le devant de la scène. Il se déploie à la fois au niveau supranational et national. Sa généralité s'accroît et, en même temps, s'accroît sa normativité. Au niveau supranational, la dignité de la personne humaine est très présente dans le droit des Nations Unies : évoquée briè-

(10) Ce texte (jamais entré en vigueur) énonçait non sans hypocrisie : «La liberté et la dignité de la personne humaine sont des valeurs suprêmes et des biens intangibles. Leur sauvegarde exige de l'Etat l'ordre et la justice, et des citoyens la discipline». Voy. J. GONZALEZ, *Las Constituciones de la France depuis 1789*, Flammarion, 1995, p. 343. Je remercie Anne-Marie Le Rouhiet d'avoir attiré mon attention sur ce texte.

vement dans l'alinéa 2 du préambule de la Charte des N.U. de 1945(11), l'expression occupe une place de premier rang dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948(12). Elle se fait un peu plus rare dans les deux Pactes des N.U. de 1966(13). Dans les nouvelles constitutions datant d'après 1945, le terme « dignité » connaît des sorts variés selon les pays. En France, si le terme « dignité » ou « digne » apparaît à quatre reprises dans le premier projet de Constitution du 19 avril 1946(14) (en référence surtout aux conditions matérielles d'existence), il a, en revanche, totalement disparu du texte du second projet (celui de la Constitution du 27 octobre 1946). En Italie, le discours est varié et ambiguë. La Constitution de 1947 reconnaît, dans son article 3, une égale « dignité sociale » à tous les « citoyens »; l'art. 36 garantit à chaque « travailleur » et « à sa famille » une existence « digne », enfin l'art. 41, al. 2 énonce que l'initiative économique, libre, ne doit porter atteinte à « la sécurité, à la liberté et à la dignité humaines ». Au Japon, le terme « dignité (*Sengen*) » n'est mentionné qu'une seule fois, dans le contexte particulier du droit privé : l'article 24, al. 2 de la Constitution de 1946 (d'inspiration américaine) prévoit qu'il revient au Parlement de faire une législation civile conforme aux principes de

(11) « Nous, peuples des Nations Unies, résolus à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites. A noter que les droits fondamentaux précèdent ici la dignité.

(12) Voy. surtout l'art. 1 : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. L'expression figure encore à quatre autres endroits : al. 1 du préambule (« 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 »), al. 5 du préambule (renvoi à la Charte des N.U.), art. 22 (lien entre dignité humaine et les droits socio-économiques); art. 23, al. 3 (niveau de salaire et conditions matérielles d'existence).

(13) Pour le Pacte relatif aux droits civils et politiques voir al. 1 et 2 du préambule et art. 10 al. 1 (« Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine »). Pour le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, voir al. 1 et 2 du préambule et art. 13.

(14) Voy. les articles 22, 27, 28 et 38 de la Déclaration des droits de l'homme.

« dignité de l'individu et d'égalité essentielle entre les sexes » (15).

Mais c'est en Allemagne (de l'Ouest) que la dynamique de juridicisation de la dignité humaine a atteint son apogée. L'art. 1, al. 1^{er} de la Loi fondamentale de 1949 en est l'illustration éclatante : « La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger (*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*) ». Son emplacement ainsi que le fait que son champ d'application n'est plus limité à un domaine précis comme ce fut le cas sous Weimar, reflètent et confortent l'idée, déjà avancée par Carlo Schmid lors des débats constitutants, qu'il s'agit là de « la clé » de tout le système (« *der eigentliche Schlüssel zum Ganzen* »). La dignité humaine jouit non seulement d'une valeur impérative qui est explicitement affirmée dans la seconde phrase de l'alinéa 1 (ce n'est pas une simple formule rhétorique) mais, en outre, elle bénéficie d'un statut protecteur supérieur à celui d'autres dispositions constitutionnelles. Le respect qui lui est dû est absolu, inconditionnel. « Intangible » (qualificatif qu'on ne retrouve pas forcément dans d'autres constitutions), la dignité humaine ne tolère aucune dérogation ou conciliation. Ce modèle de 1949 n'est pas une création *ex nihilo* : il s'appuie sur des exemples qu'il dépasse toutefois. Parmi ses sources d'inspiration figurent, outre la Déclaration universelle de 1948(16), les constitutions de divers *Länder* allemands. L'ascension de la dignité de l'être humain est, en effet, déjà amorcée dans certaines constitutions de *Land* datant d'avant 1949, comme la Consti-

(15) Toutefois, la doctrine et la jurisprudence se réfèrent également (et même en premier lieu) à la dignité humaine à propos de l'art. 13 qui, de manière très générale, impose le nécessaire « respect (Sonchô) de l'individu ». Les deux termes « *Sonchô* » et « *Sengen* » sont ainsi pris souvent comme des synonymes. Je remercie Hajime Yamamoto, professeur à l'Université de Keio (Tokyo), pour ces informations.

(16) Sur l'influence de la D.U.D.H., voy. C. GUSTY, « Das Grundgesetz im völkerrechtlichen Wirkungszusammenhang », in U. BARRIS et alii (dir.), *op. cit.*, p. 208; H. DRÄGER, *op. cit.*, n° 26. En revanche, la doctrine allemande ne relève aucune influence de pays étrangers comme l'Italie ou la France.

tution de Bavière de 1946 (préambule, art. 100, 131)(17), la Constitution de Hesse de 1946 (art. 3, 27, 30)(18), la Constitution de Wurtemberg-Bade de 1946 (préambule), la Constitution de Brême de 1947 (préambule, art. 5, 26, 52)(19), la Constitution de Rhénanie-Palatinat de 1947 (préambule, art. 51)(20) et la Constitution de la Sarre de 1947 (art. 1)(21).

Par la suite, dans les années 50 et 60, le discours sur la dignité humaine se tarit quelque peu. Ainsi, curieusement — au vu de l'exubérance du discours sur la dignité de l'être humain dans la D.U.D.H. —, la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ne l'évoque point, ni d'ailleurs la Charte sociale européenne de 1961. Au sein des constitutions qui voient alors le jour, certaines l'évoquent, d'autres non(22). La dignité humaine apparaît succinctement dans la Constitution de l'Inde de 1950 (préambule et, depuis 1976, les art. 39 et 51A), dans la Déclaration canadienne des droits de 1960 (préambule) et dans la Constitution turque de 1961, dont l'art. 14 interdit les sanctions incompatibles avec la dignité humaine(23). Du côté des Etats-Unis, à partir des

(17) Al. 1 du préambule : « Au vu du champ de ruines vers lequel un ordre politique et social sans Dieu, sans conscience, et sans respect pour la dignité de l'homme a conduit les survivants de la 2^e guerre mondiale ». Art. 100 (ancienne version) : « La dignité de la personnalité humaine est à respecter par la législation, l'administration et la justice ». Selon l'article 131, le respect de la dignité de l'homme est l'un des objectifs pédagogiques prioritaires de l'enseignement scolaire, à côté d'autres valeurs comme la crainte de Dieu, la maîtrise de soi, le sens de responsabilité, l'amour du vrai, du bon, du beau, etc. Les textes (originaux et actuels) de toutes les constitutions allemandes peuvent être consultés sur le site www.verfassungen.de.

(18) Selon l'art. 3, « La vie et la santé, l'honneur et la dignité de l'homme sont intangibles ». Les articles 27 et 30 portent sur la garantie de la dignité dans la vie économique.

(19) Le préambule fait référence à la négation de la dignité humaine par le régime nazi. L'art. 5 en proclame le respect général par l'Etat. L'art. 26 en fait une finalité de l'enseignement. L'art. 52 a trait au monde du travail.

(20) Le préambule contient une référence générale à la dignité humaine. L'art. 51 porte sur les conditions de travail.

(21) Art. 1 : « Tout être humain a droit au respect de son individualité. Son droit à la vie, à la liberté et au respect de la dignité humaine conditionnent, dans les limites de l'intérêt général, l'ordre de la communauté ».

(22) Voy. par ex. le silence des constitutions de la Grèce (1952), du Danemark (1953), de la France (1958), de Hawaï (1959), de Chypre (1960, voir tout au plus l'art. 8 qui prohibe les traitements et sanctions « inhumains » et l'art. 9 qui garantit une « existence décente »), de Malte (1964, voir tout au plus l'art. 36 qui interdit les traitements « inhumains »).

(23) Ce texte a été inspiré, en partie, par la Constitution italienne et la Loi fondamentale. Voy. le rapport sur la Turquie de U. AZRAK, in U. BARRIS et alii (dir.), *op. cit.*, pp. 131 et s.

années 60, la dignité humaine fait aussi quelques incursions (somme toute marginales)(24) dans la jurisprudence de la Cour suprême ou — mais c'est exceptionnel — au frontispice de la nouvelle Constitution du Montana de 1972 (art. 4). Il y a lieu aussi de citer les textes constitutionnels de la R.D.A. Evoqué de façon marginale dans la première Constitution de la R.D.A. de 1949 (voir l'art. 19 qui est calqué sur le modèle de l'art. 151 de la Constitution de Weimar), le concept de dignité humaine est propulsé sur le devant de la scène dans la nouvelle Constitution Est-allemande de 1968 (art. 4, art. 17 al. 4, art. 19, art. 90, al. 1). Il s'agit visiblement de faire front à l'Allemagne de l'Ouest et de désamorcer toute critique occidentale en s'appropriant le mot, mais non le concept(25).

C'est surtout dans les années 1970 et après la chute du mur de Berlin que le discours de la dignité de l'être humain se diffuse. Une première vague de rayonnement est formée par la Constitution suédoise de 1974 (chap. 1, art. 2), la Constitution grecque de 1975 (art. 2, al. 1, art. 7, al. 2, art. 15, al. 2, 106, al. 2), la Constitution portugaise de 1976 (art. 1, 13, 26, 67) et la Constitution espagnole de 1978 (voy. l'art. 10 qui est placé en tête du titre I consacré aux « droits et devoirs fondamentaux »). Sortant d'un régime dictatorial, les trois derniers pays s'inspirent largement du modèle allemand(26). Dans la deuxième vague, l'on retrouve les divers pays d'Europe centrale et orientale(27) en majorité très sensibles à l'influence alle-

(24) S. HENNETTE-VAUGHERZ, « Le principe de dignité en droit américain », in C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUGHERZ (dir.), *op. cit.*, pp. 145 et s.

(25) Le terme se retrouvera même dans la Constitution de l'U.R.S.S. de 1977. Son art. 57, al. 2 dispose : « Les citoyens de l'U.R.S.S. ont droit à la protection de la justice contre les atteintes à leur honneur et à leur dignité, à leur vie et à leur santé, à leur liberté individuelle et à leurs biens ». L'art. 64 impose également aux citoyens le « respect de la dignité nationale des autres citoyens ».

(26) Voy. les rapports de G. PARADIMITRIOU (Grèce), de P. CRUZ VILLALON (Espagne), M. DE SORSA (Portugal) in U. BARRIS et alii (dir.), *op. cit.*

(27) Pologne : préambule, art. 1 Const. 1997; République tchèque : préambule Const. 1992 & art. 1, art. 10 Charte des droits fondamentaux; Slovaquie : art. 12, 19 Const. 1992; Hongrie : art. 54 Const.; Roumanie : art. 1, al. 3, 30 Const. 1991; Bulgarie : préambule, art. 4, 6, 32 Const. 1991; Russie : art. 21, Const. 1993, etc. Dernière consécration : art. 23 de la Const. du Kosovo du 7 avril 2008.

mande(28), à quoi il faut ajouter, péle-mêle, les nouveaux Länder allemands issus de l'ex-R.D.A.(29), la Namibie (preamble, art. 8, 98 Const. 1990), Israël (Loi fondamentale relative à la dignité humaine et à la liberté de 1992), la Belgique (art. 23, al. 1^{er}, depuis 1994), l'Afrique du sud (art. 1 (a), 7 al. 1, 10, 35 (e), 36 al. 1, Const. 1996), la Suisse (art. 7, 12, 119, 119a, Const. 1999) et la Finlande (art. 1, al. 2, Const. 2000). En France, le terme refait également surface d'abord dans certains textes infraconstitutionnels, puis dans diverses jurisprudences célèbres (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de Cassation). En revanche, les deux tentatives d'incorporer le concept dans le texte même de la Constitution échouent à chaque fois(30). Même la Grande-Bretagne commence à être séduite par ce terme : en 2006, il apparaît, timidement, dans l'art. 3 du *Equality Act* 2006. Auparavant déjà à quelques membres de la doctrine avaient estimé que le concept de «*human dignity*», sans être explicitement consacré en droit positif, sous-tendrait celui-ci(31). Un dernier exemple, particulièrement symptomatique de la germanisation des droits publics en Europe est la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. L'art. 1 de la Charte — «*La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée*» — est le décalque, presque mot pour mot, de l'art. 1 al. 1^{er} L.F. Sa présence doit beaucoup aux efforts

(28) Voy. par ex. C. DUBRE, *L'importation juridique et la Cour constitutionnelle hongroise : l'exemple du droit à la dignité humaine* (1990-96), thèse IUE (Florence), 1998; *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Hart, Oxford, 2003.

(29) Voy. Brandebourg (preamble, art. 7, 8, 19, 27, 28, 31, 45, 47, 48, 54 Const. 1992), Mecklembourg-Poméranie orientale (preamble, art. 5, 7, 56, Const. 1993), Saxe (art. 7, 14, 117, Const. 1992), Saxe-Anhalt (preamble, art. 4, 10, 40, Const. 1992), Thuringe (preamble, art. 1, 22, 39, Const. 1993).

(30) Voy. l'échec du projet de révision de 1993 qui, suite aux travaux du Comité Vedel, prévoyait de consacrer la dignité humaine dans l'art. 1 Const. En 2007, au sein du Comité de réflexion présidé par E. Balladur, la question d'en faire «le premier des droits humains» (J. LANG, *Rapport final*, p. 97) a été évoquée. Le comité y a renoncé, faite (à en croire certains participants) d'accord sur la définition du concept. Sur les causes de la renonciation, le rapport final (p. 86) est plus évasif.

(31) D. FRIEDMAN, «*Human Dignity as a Legal Value*», *Public Law*, 1999, pp. 682 et s., 2000, pp. 61 et s. Voy. aussi J. RIVERS, *op. cit.*, p. 899.

de l'allemand Roman Herzog qui, au sein de la Convention, a su démonter les réticences, notamment des délégués britanniques, à l'encontre d'un terme séduisant, mais aux contours flous. Le caractère indérogeable de la norme — autre spécificité affichée par la Constitution allemande(32) — avait également soulevé des interrogations(33).

★

De l'évolution ainsi esquissée ressort l'intérêt d'une étude approfondie de la modélisation allemande de la dignité humaine. Quel est outre-Rhin le sens et le régime de ce principe ? Que donne — pour le dire en termes iconoclastes(34) — ce produit «*made in Germany*» à l'usage, une fois qu'il est manié par des *judges* ? De prime abord, la moisson récoltée est riche et abondante. Josef Isensee parle ainsi d'une jurisprudence «*luxuriante (üppig)*»(35). Une recherche faite le 16.7.08 sur le seul site du *Bundesverfassungsgericht* donne, pour la seule période de 1998 à 2008, pas moins de 158 décisions(36), chiffre qui ne reflète, comme on le verra, qu'une partie de la jurisprudence constitutionnelle. Mais, à y regarder de plus près, le résultat s'avère en partie décevant. En égard à la grandeur et à la majesté du principe en cause, il y a beaucoup de petites choses, des affaires triviales, ce que Günter Dürig a

(32) A l'inverse, en France, le Conseil constitutionnel accepte de concilier la dignité humaine de l'embryon avec la liberté de la mère (CC n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, *IVG III*). Une étude poussée de la jurisprudence allemande, notamment en matière d'IVG, montrera toutefois que, nonobstant l'intangibilité postulée par l'art. 1 al. 1^{er} L.F., la Cour constitutionnelle fédérale a, elle aussi, procédé, quoique de manière tacite, à une mise en balance (voy. *infra*, note 89 et 2^e partie, entrée «titulaires de la dignité»).

(33) Sur l'influence allemande, voy. F. J. WETZ, *Die Würde des Menschen : antschärf?*, p. 12, www.politische-bildung.de/niedersachsen/wuerde_menschen.pdf (6.8.2008) ; W. HÖRNING, «*Art. 1 GRCh Würde des Menschen*», in J.-P. TERRINGIER, K. STERN (dir.), *Europäische Grundrechte-Charta*, Beck, Munich, 2006, pp. 250 et s. ; S. CALMUS, «*Le droit au respect de l'être humain*», in L. BURKARDT-R. JANSSEN (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'UE*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 131.

(34) En général, on estime que la dignité requiert une certaine retenue, de la déférence. Elle relève du sacré, du tabou, voire de la religion. Voy. J. ISSENSE, «*Menschenwürde : die sakralität Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten*», *ÄöR*, 2006, pp. 173 et s.

(35) J. ISSENSE, *op. cit.*, p. 183.

(36) Le critère était la présence du mot «*Menschenwürde*» dans le texte intégral de la décision («*Volltext*»).

appelé «*kleine Münze* (petite monnaie)»(37). En outre, sur le fond, il n'est pas toujours aisé d'identifier l'impact réel (la valeur ajoutée) de cette norme dans les divers cas d'espèce. Aussi l'observateur est-il parfois pris de sentiments mitigés, allant jusqu'à douter de l'utilité même du principe... Pour s'en faire une idée, et eu égard à l'étendue et à la complexité de la matière, il convient tout d'abord d'en opérer un quadrillage systématique (1^{ère} partie). Une fois cette vue d'ensemble acquise, il sera possible d'entrer dans le détail d'une casuistique dont, faute de temps, on se limitera à quelques éclairages ponctuels (2^e partie).

I. — Une moisson riche et abondante : un quadrillage systématique(38)

De la rencontre entre la justice et l'art. 1, al. 1^{er} L.F. est née une casuistique constitutionnelle foisonnante. Ce résultat s'explique par deux séries de facteurs. D'une part, sur le plan processuel (A), le principe constitutionnel de dignité humaine est appliqué non pas par un seul juge, mais par une pluralité de juridictions. A cela s'ajoute que le juge auquel on pense en premier lieu — la Cour constitutionnelle fédérale — peut être saisi directement par les individus du grief d'une violation de leur dignité. D'autre part, il faut considérer la nature même du concept de dignité humaine (B). Ample, imprécis, et donc

(37) G. DÜRRIG, «Der Grundsatz der Menschenwürde», *AöR*, 1956, p. 124.

(38) La littérature allemande sur la dignité humaine est tout aussi abondante. Voy. notamment P. HÄBERLE, *op. cit.*; H. DREIER, *op. cit.*, pp. 139 et s.; J. ISNENR, *op. cit.*; C. STARCK, «Art. 1 Abs. 1», in H. V. MANGOLDT, F. KLERN, C. STARCK (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 5^e éd., Vahlen, München, t. 1, 2005, pp. 25 et s.; W. HÖFTING, «Art. 1», in M. SACHS (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 4^e éd., Beck, München, 2007, pp. 74 et s.; P. KUNIG, «Art. 1», in I. von MÜNCH, P. KUNIG (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, t. 1, 5^e éd., 2000, pp. 65 et s.; M. HERBERICH, «Art. 1 Abs. 1», in T. MAUYZ, G. DÜRRIG (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, t. 1, Beck, München, feuillets libres, version févr. 2007; K. STERN, *Staatsrecht der BRD*, Beck, Munich, 1988, vol. III-1, pp. 3-39; B. PIRROTT, B. SCHLINK, *Grundrechte*, 23^e éd., Müller, Heidelberg, 2007, pp. 80 et s.; T. GEDDERT-STRINACHER, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990; C. ENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

difficile à fixer et à border, le concept de dignité humaine se prête à des lectures variées, créatives, voire abusives.

A. — LES PARAMÈTRES INSTITUTIONNELS DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL

1. — *Le pluralisme des juges constitutionnels : polyphonie ou cacophonie ?*

L'idée parfois véhiculée en France — à travers la théorie du modèle dit «européen» de justice constitutionnelle —, selon laquelle il n'y aurait outre-Rhin qu'un seul juge constitutionnel, à savoir le *Bundesverfassungsgericht* de Karlsruhe, est une vision erronée de la réalité(39). En vérité, il existe une pluralité de juges constitutionnels (au sens de juges appliquant et interprétant la Constitution), ce qui pose aussitôt la question de la cohérence ou de l'incohérence de leurs jurisprudences respectives.

Il est à noter tout d'abord que le principe de dignité humaine est consacré à la fois en droit constitutionnel fédéral et en droit constitutionnel fédéré. La doctrine reconnaît d'ailleurs un rôle pionnier à la fois à certaines constitutions de *Land* et à certaines cours constitutionnelles de *Land* (notamment celle de Bavière)(40). Ensuite, en ce qui concerne le droit fédéral — qui seul sera étudié ici —, l'art. 1, al. 1^{er} L.F. est applicable et appliqué par tous les juges, y compris les juges ordinaires (les «*Fachgerichte*»)(41). C'est à eux que revient en premier lieu le rôle de concrétiser et de faire valoir, dans les cas d'espèce de droit civil, pénal, administratif, fiscal, etc., les exigences de la dignité humaine. Ainsi, les juridictions administratives ont tiré de ce principe de multiples conséquences en droit militaire et disciplinaire, en matière d'asile ou encore

(39) Voy. L. HEUSCHLING, «Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique», in C. GREWE, O. JOUANIAN, E. MAULIN, P. WAGSMANN (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 85-112.

(40) Pour un aperçu de la jurisprudence en Bavière et en Hesse, voy. P. HÄBERLE, *op. cit.*, pp. 328 et s.

(41) Pour un premier aperçu, voy. P. HÄBERLE, *op. cit.*, pp. 332 et s.

dans le domaine du maintien de l'ordre public (la célèbre interdiction des « peep-show »)(42). D'ailleurs, dans la fameuse affaire du « Laserdrome », le juge allemand qui a saisi d'un renvoi préjudiciel la Cour de justice des Communautés européennes, et qui l'a amenée (pour ne pas dire poussée) à admettre une restriction de la liberté de circulation sur le fondement de la dignité humaine, n'était autre que la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*)(43). Du côté des juridictions judiciaires, il faut citer, entre autres, la célèbre jurisprudence du *Bundesgerichtshof* (Cour de justice fédérale) au sujet des publicités controversées de Benetton (« H.I.V. positive »)(44). Le rôle des cinq ordres de juridictions ordinaires est donc important, même si, *in fine*, un rôle prééminent revient souvent (mais pas toujours) à la Cour constitutionnelle fédérale.

Le rôle régulateur de celle-ci repose sur trois mécanismes : 1° La prééminence du droit fédéral sur le droit fédéré et, par conséquent, de la jurisprudence fédérale sur la jurisprudence fédérée (art. 31 L.F.; art. 100 al. 2 et 3 L.F.). 2° L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle fédérale prévue par l'art. 100 al. 1^{er} L.F. : un juge ordinaire qui estime qu'une loi, au sens formel, est contraire à la Loi fondamentale doit déférer ce moyen à la Cour constitutionnelle fédérale. L'art. 100, al. 1^{er} laisse néanmoins un certain contentieux constitutionnel entre les mains des juges ordinaires. Ces derniers ont le droit de rejeter toute exception d'inconstitutionnalité qui est infondée, quel que soit l'acte visé (loi, règlement, etc.; cf. art. 100, al. 1^{er} a *contrario*)(45). Ils ont aussi le droit d'accepter l'exception dès

(42) Voy. H. DREIER, « Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts », in *Festschrift 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Heymann, Köln, 2003, pp. 201 et s.

(43) *BVerwGE* 115, 189 (24.10.2001); C.J.C.E., 14.10.2004, *Omagra*, C-36/02. Sur l'influence générale du droit et surtout de la jurisprudence constitutionnelle allemande sur le droit communautaire, voy. M. ZURBERG, « Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Europarecht im Lichte des Grundgesetzes und seiner Dogmatik », in U. BARTIS et alii (dir.), *op. cit.*, pp. 227 et s.

(44) Voy. 2^e partie, entrée « publicité commerciale ».

(45) Cette prérogative de validation du droit infrakonstitutionnel confère aux juges ordinaires un rôle crucial. Ainsi une grande partie de la jurisprudence sur la dignité humaine consiste dans des décisions de rejet.

lors que l'acte contesté n'est pas une loi au sens formel (art. 100, al. 1^{er} a *contrario*). 3° Le rôle unificateur de la Cour repose enfin sur l'existence du recours constitutionnel individuel (*Verfassungsbeschwerde*; art. 93, al. 1 (4a) L.F.). Après épuisement des voies de recours ordinaires, les individus ont le droit de saisir la Cour de Karlsruhe d'un recours en inconstitutionnalité à l'encontre notamment des décisions des juridictions ordinaires suprêmes (*Verfassungsbeschwerde*).

Ce rôle régulateur rencontre toutefois des limites. D'une part, — et c'est heureux du point de vue de la charge de travail —, tous les litiges ne remontent pas jusqu'à la Cour de Karlsruhe. D'autre part, à supposer qu'une affaire arrive devant « la » Cour, il est à souligner que, d'une certaine façon, la Cour n'est pas *un* juge, mais *deux* juges puisqu'elle est scindée en deux sénats. En doctrine, on parle parfois de « *Zwillingsgericht* (tribunal jumeau) ». En vertu de l'art. 16 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG), le sénat qui souhaite se démarquer d'une interprétation de la Constitution retenue précédemment par l'autre sénat est obligé de saisir l'assemblée plénière de la Cour. Or il est arrivé — précisément en matière de dignité humaine — que cette procédure ne soit pas mise en œuvre, ce qui, du coup, a donné lieu à deux lectures contradictoires(46). De ce point de vue, le droit

(46) La controverse, célèbre, portait sur la mise en cause de la responsabilité du médecin pour la naissance d'un enfant né après une faute médicale (stérilisation inefficace, diagnostic prénatal erroné). Depuis toujours, les juridictions judiciaires avaient admis les demandes en indemnisation des parents (voy. les références chez P. KUNIG, *op. cit.*, p. 88). Or, en 1993, le 2nd sénat de la Cour constitutionnelle, saisi de la loi réformant l'1^{er} V.G., estima que la qualification de la naissance d'un enfant comme un dommage (« Kind als Schaden ») portait atteinte à la dignité humaine de celui-ci (*BVerfGE* 88, 203 (296), *IVGG*). La juridiction civile suprême a pourtant maintenu sa jurisprudence établie, ce qui n'a pas tardé à provoquer un recours individuel devant la Cour constitutionnelle. Or, celui-ci est porté devant le 1^{er} sénat qui, en 1997, confirme la validité de la jurisprudence judiciaire au regard de l'art. 1, al. 1^{er} L.F. (*BVerfGE* 96, 375 (400), 12.11.97, *L'enfant, source de dommage*). Qualifiant la position contraire du 2nd sénat de simple *obiter dictum*, le 1^{er} sénat n'a pas estimé nécessaire de saisir l'assemblée plénière de la Cour. A l'occasion de cette saisine, et avant même que le 1^{er} sénat ne statue, le 2nd sénat s'était permis, contre toute règle, d'émettre une « déclaration » dans laquelle il affirmait l'autorité obligatoire de sa propre interprétation (*BVerfGE*, 96, 409, 22.10.97). Sur ce débat, voy. K. SCHULON, S. KOROTCH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 6^e éd., Beck, München, 2004, p. 29, note 45; B. SANKHARJSTER, « Der Krieg der Richter », *JuS*, 1999, pp. 21 et s. NB : je cite les décisions des juridictions selon les conventions académiques allemandes. La date

allemand préfigure déjà, par certains aspects, la problématique européenne du dialogue (ou de la guerre) des juges...

Le caractère en partie polycentrique de la justice constitutionnelle et l'imprécision du concept de dignité humaine (voy. *infra*) font planer la menace d'une certaine cacophonie. Globalement, l'image qui ressort de la lecture des décisions et des diverses études doctrinales est plutôt celle d'une harmonie de vues. Néanmoins, il existe des dissonances non négligeables qui sont de quatre sortes : 1° la résistance d'une (ou plusieurs) juridiction(s) ordinaire(s) inférieure(s) à l'encontre d'une interprétation de l'art. 1 al. 1^{er} retenue par la juridiction ordinaire suprême (47) ; 2° la résistance d'une juridiction ordinaire suprême à l'encontre de la Cour constitutionnelle fédérale (48) ; 3° l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence de la part de la Cour constitutionnelle elle-même (49) ; 4° une divergence de vue entre les deux sénats de la Cour.

2. — *La Verfassungsbewehrde* et le caractère subjectif de la dignité humaine

Si la casuistique sur l'art. 1, al. 1^{er} L.F. est si abondante — au point de nourrir ce que d'aucuns qualifient de dangereuse spirale inflationniste —, c'est d'abord parce que les justiciables ne cessent de l'invoquer. Cet engouement est encouragé à la fois par les textes, qui accordent à ce principe un statut à part (l'intangibilité), par la doctrine qui en exulte sans cesse de nouvelles significations, et, enfin, par les juges eux-mêmes, à commencer par la Cour constitutionnelle fédérale qui a largement ouvert les portes de son prétoire. Pour endiguer ce flot

← et le texte des décisions de la Cour constitutionnelle peuvent être aisément trouvés soit sur le site officiel de la Cour www.bundesverfassungsgericht.de soit sur le site www.servat.unibe.ch/dfr/dfr_bverfg.html.

(47) Voy. *infra*, 2^e partie, entrée «peep-show».

(48) Voy. *infra*, 2^e partie, entrée «publicité commerciale».

(49) Sur la question de savoir si l'art. 1, al. 1^{er} L.F. impliquait un droit à un minimum vital, la Cour l'a d'abord nié en 1951 (*BVerfGE* 1, 97 (104)), *Pension de reversément aux membres de la famille I*, contrairement d'ailleurs à la Cour administrative fédérale, avant de l'accepter par la suite (*BVerfGE*, 40, 121 (133)), *Pensions d'orphelin II*, jurisprudence constante. Pour d'autres cas de revirement, voy. *infra*, notes 74, 89, 101, 110 et 122.

de recours, où la dignité de l'être humain est parfois utilisé à tort et à travers, certains auteurs — Günter Dürig dans les années 50, Josef Isensee et Horst Dreier à l'heure actuelle — ont proposé de recourir à un verrou processuel. Selon eux, la dignité humaine n'est pas un droit subjectif : elle ne saurait donc faire l'objet d'un recours constitutionnel individuel.

La *Verfassungsbewehrde*, prévue à l'art. 93, al. 1 (4a) L.F., est de loin le recours le plus important parmi tous les modes de saisine de la Cour (il est la cause principale de l'engorgement de son prétoire) (50). Parmi les conditions de recevabilité, figure l'exigence d'une violation d'un «droit fondamental». Or la dignité humaine est-elle un droit fondamental ? L'art. 1, al. 1^{er} confère-t-il, comme l'estime la doctrine dominante (*herrschende Meinung*), un droit subjectif à chaque individu, ce qui l'autorise à saisir la Cour constitutionnelle sur ce fondement, ou est-ce un simple principe de droit objectif qui, de façon directe, ne saurait être invoqué que par les autorités de saisine étatiques ? Ce débat ancien a été rallumé récemment en doctrine (51).

Déjà dans les années 1950, Dürig (1920-1996) avait dénié la qualité de droit subjectif à la dignité humaine. A ses yeux, la dignité humaine est un principe de droit objectif : elle est la source des droits fondamentaux, sans être elle-même un droit fondamental. Chez Dürig, la thèse s'appuie en particulier sur l'architecture interne (en forme de strates, de terrasses ou de cascades (52)) de l'art. 1 L.F. Celui-ci comporte trois alinéas. Le premier alinéa consacre la dignité de l'être humain. De l'avis de la plupart des constituants et des membres de la doctrine, cet alinéa vaut réception du droit naturel, d'un système de valeurs pré-constitutionnelles. Le deuxième alinéa, qui

(50) Voy. les statistiques chez K. SCHLATCH, S. KORHORN, *op. cit.*, p. 58. Sur la période allant de 1951 à 2002, la Cour a rendu 119 965 décisions dont 117 460 portaient sur des recours individuels.

(51) G. DÜRIG, «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde», *ÄöR*, 1956, pp. 117 et s.; H. DREIER, «Art. 1 I, *op. cit.*, n° 124 et s.; W. HÖFUNG, «Art. 1, *op. cit.*, n° 5 et s.; J. ISENSEE, «Menschenwürde...», *op. cit.*, pp. 209 et s.; C. STARCK, *op. cit.*, n° 28 et s.; P. KUNIG, *op. cit.*, n° 3 et s.; M. HERDRGEN, *op. cit.*, n° 26; T. GEDDERT-SPEINACHEN, *op. cit.*, pp. 167 et s.; C. ENDERS, *op. cit.*, pp. 92 et s.

(52) Voy. la formule de «Staßenarchitektur» utilisée par Erhard DENNINGER.

s'inscrit dans le sillage du premier — cf. la formule « en conséquence (*darum*) » —, « reconnaître » le concept des « droits de l'homme inviolables et inaliénables ». Il s'agit là encore d'une référence à l'idée d'un droit naturel universel : les droits de l'homme sont censés être le « fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde ». L'alinéa 3, quant à lui, évoque la catégorie des « droits fondamentaux (*Grundrechte*) » : « les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». Les droits fondamentaux sont la transcription, en droit constitutionnel positif, de l'idée des droits de l'homme, lesquels découlent de l'idéal de la dignité humaine. La définition des droits fondamentaux (« énoncés ci-après ») est censée être fixée par le texte de la Loi fondamentale dans les articles suivants (art. 2, 3, 4, etc.). Or, si l'on s'appuie sur la formule « ci-après », il va de soi que la dignité de l'être humain ne saurait être un droit fondamental. Elle en est la matrice, le fondement, sans être elle-même un droit fondamental. Selon H. Dreier et J. Isensee, les traits saillants de la dignité humaine (l'absence d'un champ d'application précis, son caractère intangible) sont si particuliers qu'ils interdisent également toute confusion avec les droits fondamentaux.

« *Spitzfindiger Formalismus* (formalisme pédant) » (53) : voilà la réplique cinglante (54) de Hans Carl Nipperdey (1895-1968), principal contradicteur de Dürig. En vérité, même sur le plan strictement sémantique, l'argument de Dürig est discutable. Après tout, l'art. 1, al. 1^{er} fait partie d'un chapitre I intitulé « Droits fondamentaux » et non pas « Dignité de l'être humain et droits fondamentaux ». La terminologie de l'art. 142 L.F. plaide également dans le sens de l'inclusion de l'art. 1, al. 1^{er} parmi les droits fondamentaux. Mais la contestation de la thèse de Dürig se situe plutôt sur le fond : il serait pour le moins paradoxal, au vu de la valeur normative élevée — suprême! — de la dignité humaine, que les individus ne puis-

sent l'invoquer. A cela on a retourné que la protection assurée aux individus par les seuls droits fondamentaux *stricto sensu* était largement suffisante (55). Aucune perte ne serait à craindre : le droit de chacun au « libre épanouissement de sa personnalité » — droit reconnu, par l'art. 2, al. 1^{er} L.F., et qui est indubitablement un droit fondamental — est suffisamment ample et imprécis pour couvrir tout cas non prévu (56). Contre cet argument s'élève Christian Starck. Nier le caractère subjectif de l'art. 1, al. 1^{er} reviendrait, selon lui, à ôter aux individus toute possibilité de déférer une révision constitutionnelle à la Cour constitutionnelle dans la mesure où l'art. 79, al. 3 L.F. se réfère à la seule dignité humaine, et non aux droits fondamentaux.

La Cour constitutionnelle, quant à elle, a admis dès le début le caractère subjectif de la dignité humaine. Elle l'a fait de façon incidente, sans véritablement s'expliquer sur ce point controversé. Elle qualifie la dignité humaine à la fois de « racine de tous les droits fondamentaux » (57) et de « droit fondamental » (58) — double qualité que certains auteurs ont traduit par le terme de « *Mutterrecht* (droit mère) » ou de « *materielles Hauptgrundrecht* (droit fondamental de base) » (Nipperdey).

B. — LES VARIABLES LIÉES À LA NATURE DU CONCEPT DE DIGNITÉ HUMAINE

La richesse de la jurisprudence relative à l'art. 1, al. 1^{er} L.F. est tributaire aussi, et surtout, de la complexité de son objet.

(55) Voy. G. DÜRIG, *op. cit.*, p. 122; H. DREIER, « Art. 1 L., *op. cit.*, n° 129.

(56) Le rôle de l'art. 2, al. 1^{er} L.F. en tant que creuset de nouvelles libertés est largement attesté et connu en droit allemand. Ainsi, dans une affaire célèbre (BVerfGE 80, 137, *Equitation en forêt*), la Cour a estimé que le droit de faire de l'équitation en forêt découlait de la liberté d'épanouissement.

(57) « Wurzel aller Grundrechte » : BVerfGE 93, 266 (293). *Les soldats sont des assassins*.

(58) Un exemple récent : BVerfGE 109, 133, 5.2.2004, *Rétention de sécurité à perpétuité*, § 78 de la version du site internet du BVerfG (« das Grundrecht aus Art. 1, Abs. 1 GG »).

Pour d'autres références, voy. M. HERRMANN, *op. cit.*, n° 26; W. HÖRNING, *op. cit.*, n° 5; C. STARCK, *op. cit.*, n° 31; P. KUNIG, *op. cit.*, n° 3; C. ENDERS, *op. cit.*, pp. 93 et s.; H. J. PARRER, « Die Würde des Menschen ist unantastbar », *Festschrift G. Starck*, 2007, p. 373.

(53) Cité par W. HÖRNING, *op. cit.*, n° 6.

(54) Réplique cinglante car, après la guerre, la doctrine et la justice allemandes ne furent que par le droit naturel. La pire injure était de traiter un auteur de positiviste...

Le concept de dignité humaine sera analysé ici sous un double angle, vertical (sa profondeur : 1°) et horizontal (son étendue : 2°).

1. — *Le concept de dignité humaine entre positivité et métapositivité*

Autant la dignité est saisie par les juges, autant les juges sont saisis par la dignité. Le travail sur ce type de norme qui, selon la nomenclature établie par Ronald Dworkin, n'est pas une *régle* juridique mais un *principe* juridique, métamorphose l'office du juge. Le modèle du juge simple bouche de la loi n'est plus adéquat pour décrire la réalité de la fonction juridique (à supposer d'ailleurs qu'il l'ait jamais été). Posté aux confins du droit positif, là où le droit positif s'ouvre à l'éthique, à la philosophie, voire à la théologie — le retour du droit naturel, outre-Rhin, a été et reste en grande partie marqué de l'empreinte du christianisme —, le juge se fait aussi, à un certain degré, philosophe, moraliste, voire théologien... Evoquer le concept de dignité humaine, c'est comme y insistent dans une tonalité ouvertement chrétienne J. Isensee et C. Starck, évoquer l'au-delà du droit (positif), ce qui, dans une société de plus en plus séculaire et pluraliste, ne va plus de soi. Si, comme le note Philip Kunig(59), la dignité est bel et bien un concept juridique — le terme est dans le droit positif, il en est même un terme clé, et il peut être invoqué par tout justiciable —, ce concept a besoin, plus que tout autre, d'être concrétisé. Sa nature hautement abstraite fait de lui un «*Schleusenbegriff* (concept écluse)»(60), à travers lequel des valeurs et d'autres considérations contextuelles peuvent venir infiltrer le droit positif(61).

(59) P. KUNIG, *op. cit.*, n° 18.

(60) Formule célèbre forgée par E.W. Böckenförde au sujet du concept d'État de droit. C. STARCK, *op. cit.*, p. 37, utilise la métaphore de la fenêtre.

(61) Parmi les voix critiques, voy. N. HORSTREER, «Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde», *JuS*, 1983, pp. 93 et s. («coguille vide», «choque en blanc pour les juges»); H. DEMER, «Art. 1 I», *op. cit.*, n° 49, 53 («passerpartout pour des jugements de valeur subjectifs de tout genre»); M. HERBERICH, *op. cit.*, n° 17. Les deux premiers auteurs sont connus pour leurs affinités intellectuelles avec le positivisme juridique ou l'œuvre de Kelsen.

Dans le débat philosophique, vieux de plusieurs siècles, le concept de dignité a reçu des définitions variées(62). Après 1945, la discussion s'est focalisée sur deux conceptions(63). La première est la doctrine chrétienne, selon laquelle la dignité humaine est un don de Dieu. Tous les hommes étant faits à l'image de Dieu selon la Bible (Gen. 1, 26 et 9,6; Eph. 4, 24), une égale dignité revient à tous. Si la référence à Dieu comme fondement ultime de l'ordre juridique est très présente dans certaines constitutions de *Land* (à commencer par celle de la Bavière) et dans la littérature scientifique (depuis 1945 jusqu'à nos jours), ses échos sont plus discrets au sein de la Loi fondamentale. En 1949 elle ne faisait pas l'unanimité parmi les constituants dont une partie importante se revendiquait d'une lecture laïque et rationaliste de la dignité humaine, inspirée de Kant(64).

Dans d'autres pays, à d'autres époques, le fait que le concept de dignité humaine soit si abstrait, si perméable au droit naturel quel qu'il soit, eut suffi pour inspirer aux juges une attitude de *judicial self-restraint*. En Allemagne, après 1945, il n'en fut rien. Les juges se sont saisis du concept de dignité humaine sans trop d'appréhensions. Leur pratique illustre même une certaine audace. Ils ont donné du principe de dignité humaine non seulement une définition négative, tournée vers le passé — le passé nazi qui ne doit plus jamais se reproduire —, mais aussi une définition abstraite, positive, tournée vers l'avenir. Celle-ci est, de surcroît, exigeante, le juge n'ayant pas peur, au nom de la dignité, de trancher dans le vif du sujet en invalidant des lois hautement sensibles. Cette situation peut s'expliquer par plusieurs facteurs parmi lesquels figurent l'héritage de la philosophie idéaliste (et systématique!) du XIX^e siècle, la prévalence depuis Weimar d'une pensée juridique «matérielle» ou jusrationaliste, l'impact

(62) Pour un survol, voy. C. STARCK, «Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat», *JZ*, 1981, pp. 457 et s.; H. DREIER, «Art. 1 I», pp. 143 et s.

(63) Pour d'autres conceptualisations plus récentes, dont celle de N. LUTTMANN (implicitement rejetée par la Cour constitutionnelle), voy. H. DREIER, «Art. 1 I», pp. 169 et s. (64) I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre* (1797), §37, 38.

profond du traumatisme dû au III^e Reich, la forte légitimité populaire du juge et spécialement de la Cour constitutionnelle fédérale, le prestige social de la science juridique, à quoi on peut ajouter enfin la forte présence de professeurs au sein de la Cour constitutionnelle (d'aucuns parlent d'un « tribunal de professeurs [*Professorengericht*] »).

Les juges allemands ont appréhendé le concept de dignité humaine de façon à la fois négative et positive. L'ascension de la dignité humaine dans le firmament des idéaux du droit constitutionnel s'explique d'abord en réaction au régime d'Hitler. Une première version du futur art. 1 L.F. (le projet de Herrenchiemsee) énonçait d'ailleurs : « (1) *Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen* (L'Etat est au service de l'homme, et non l'homme au service de l'Etat). (2) *Die Würde der menschlichen Persönlichkeit ist unantastbar. Die öffentliche Gewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen verpflichtet, die Menschenwürde zu achten und zu schützen* (La dignité de la personne humaine est intangible. La puissance publique dans toutes ses manifestations est tenue de respecter et de protéger la dignité humaine) ». Cet alinéa 1 s'inscrivait en faux contre la célèbre devise nazie : « *Du bist nichts, dein Volk ist alles!* (Tu n'es rien, ton peuple est tout!) ». Sous le régime nazi, les juifs et d'autres minorités subissaient l'érosion graduelle de leur statut d'être humain : d'abord qualifiés de « sous-hommes (*Untermenschen*) », ce qui leur vaut un statut discriminatoire, ils sont ravalés peu à peu au rang d'animaux, ainsi qu'il ressort de leur assimilation par la propagande nazie à de la « vermine », à des « rats » (qu'il convient d'étiqueter) et l'usage, tristement célèbre, des wagons à bestiaux. A la fin, dans les camps de concentration, ils ne sont plus que de simples objets, de la matière première que l'on exploite et détruit sans vergogne... Ayant ces dérivées à l'esprit, les constituants allemands ont tenu, en 1949, à réaffirmer le respect dû à tout être humain en tant qu'humain, en tant que membre de l'espèce humaine. A travers la proclamation de la dignité humaine est exclu tout retour en arrière, tout acte « d'avilissement, de stigmatisation, d'oppression, de mise au pilori (*Ächtung*) » selon la

définition négative retenue par la Cour constitutionnelle fédérale ou par la Cour constitutionnelle bavaroise (65). L'art. 1 al. 1^{er} joue ici le rôle d'un *tabou* (66). La définition négative permet à la fois de fonder un consensus ferme sur un objet circonscrit (le non retour au passé), tout en laissant l'avenir dans un relatif flou : « Nous ne pouvons pas dire ce qu'est la dignité, mais nous pouvons dire ce qu'elle n'est pas » (67).

Or les juges ne se sont pas contentés d'en rester là. Ils ont livré, en plus, une définition positive, générale et abstraite. Ce faisant, la Cour n'a pas hésité à prendre position dans un débat doctrinal animé, où les uns — Nipperdey dans les années 1950, C. Starck de nos jours (68) —, considéraient que toute définition générale est inutile, alors que les autres (ceux qui sont convaincus de la nécessité d'une telle définition) n'arrivent pas à s'entendre sur le contenu de celle-ci (christianisme, kantisme, etc.). La Cour entoure sa démarche de certaines précautions : à l'occasion, elle insiste sur la nécessaire prise en compte des paramètres concrets de l'affaire d'espèce (69) et de l'évolution à la fois de la société (70) et du savoir (71). Mais, à titre de définition générale, la Cour n'en retient pas moins la formule de Dürig, elle-même inspirée de Kant, selon laquelle l'être humain ne doit jamais être dégradé au statut d'un simple objet — une « chose (*Ding*) » disait aussi Dürig (72) — mais doit être traité comme un sujet autonome. « *Es widerspricht der menschlichen Würde* — énonce la Cour — *den Menschen zum blossen Objekt im Staat zu machen* (Il est contraire à la dignité humaine de réduire l'être humain à un

(65) *BVerfGE* 1, 97 (104), *Pension de reversement des membres de la famille I*. Voir aussi *BVerfGE* 1, 332 (347). Selon une décision de la Cour constitutionnelle bavaroise de 1982, sont bannis au nom de la dignité tout acte de « diffamation, discrimination, avilissement, stigmatisation, oppression, bannissement et punition cruelle » (cité par P. KUNIG, *op. cit.*, n° 22).

(66) R. POSCHNER, « Die Würde des Menschen ist unantastbar », *J.Z.*, 2004, pp. 756 et s. (67) Propos du professeur Pestalozza cité par P. KUNIG, *op. cit.*, n° 22.

(68) C. STARCK, « Art. 1 Abs. 1^{er}, *op. cit.*, n° 17. Pour le premier, voy. P. KUNIG, *op. cit.*, n° 22; H. DREIER, « Art. 11^{er}, *op. cit.*, n° 51.

(69) *BVerfGE* 30, 1 (25), *Écoutes téléphoniques*. Voy. P. KUNIG, *op. cit.*, n° 22.

(70) *BVerfGE* 96, 375 (400), *L'enfant source de dommage*.

(71) *BVerfGE* 45, 187 (229), *Peine de prison à perpétuité*.

(72) G. DÜRIG, *op. cit.*, p. 127.

simple objet dans l'Etat» (73). Nonobstant certaines critiques, la Cour a maintenu cette définition qui, du reste, sera reprise par les juridictions ordinaires. L'on constate toutefois un certain flottement dans la jurisprudence de la Cour (74). Est-ce à dire, en effet, que l'être humain ne doit jamais être l'objet de l'action de l'Etat ou d'autrui? Cela est indéniablement le cas dans des hypothèses extrêmement nombreuses. Aussi faut-il insister sur l'adjectif «blosses» (75). Ce qui est interdit par l'art. 1, al. 1^{er} est que l'être humain ne soit *plus* qu'un objet, que sa qualité de sujet, d'être autonome, soit entièrement niée. Car, dans les hypothèses précitées, l'individu est certes l'objet de l'action (de l'Etat ou d'autrui), mais il garde toujours une certaine marge d'autonomie (l'idée, plus ou moins présente, du consentement). Reste — et la Cour elle-même en est consciente (76) — que cette définition ne saurait être qu'un début d'orientation. L'idée reste à concrétiser et le diable se cache souvent dans les détails... (77)

2. — L'amplitude de la dignité humaine :

entre contraction et dilatation (voire dilution)

a) *Les termes du problème : vision extensive v. vision restrictive*

A l'inverse de l'art. 151 de la Constitution de Weimar, et à la différence des autres droits fondamentaux dont la plupart (78) couvrent un aspect particulier de la vie en société (le choix de la profession, la liberté d'aller et venir, le mariage, la

(73) *BVerfGE* 9, 89 (95). *Principe du contractif en matière d'arrestation.*

(74) Ce flottement a trait à l'inflexion partielle contenue dans la célèbre décision sur les écoutes téléphoniques (*BVerfGE* 30, 1 (26)). Vivement critiquée par les juges minoritaires de la Cour (voir leur opinion dissidente : *BVerfGE* 30, 1 (39)) et par la doctrine, cette redéfinition sera abandonnée par la suite.

(75) Voy. les développements dans *BVerfGE* 109, 279 (313), 3.3.2004. *Invasion des micros (Grosse Lauschangriff)* et W. HÖRIG, «Art. 1 I₁, op. cit., n^{os} 15 et s.

(76) *BVerfGE* 30, 1 (25). *Écoutes téléphoniques.*

(77) H. DREIER, «Menschenwürde...», *op. cit.*, p. 206. Voy. aussi H. DREIER, «Art. 1 I₁, op. cit., n^o 50.

(78) Voy. toutefois l'art. 2 qui consacre le principe général de liberté et l'art. 3 relatif au principe général d'égalité.

science, l'éducation, la foi religieuse, etc.), la dignité humaine ne se voit assigner par l'art. 1, al. 1^{er} aucun champ d'application précis. Celui-ci est donc universel, illimité : tout peut être scruté sous l'angle de la dignité. En outre, la dignité humaine irradie tout le droit car elle est au fondement de la Constitution qui, elle-même, est au fondement de l'ordre juridique. Selon la Cour de Karlsruhe, «dans la démocratie libérale la dignité de l'être humain est la valeur suprême (*in der freiheitlichen Demokratie ist die Würde des Menschen der oberste Wert*)» (79). C'est le «rocher de bronze» (Klaus Stern), «le point archimédien» (Matthias Herdegen), la «norme fondamentale (*Grundnorm*)» (80) du droit allemand. De là il n'est qu'un pas pour estimer que le monde juridique, dans toutes ses facettes, est issu de cette matrice. La dignité humaine fait figure alors de «*juristisches Weltenei*» (Ernst Forsthoff) (81). Poussée jusqu'à son extrême, l'idée aboutit à l'ubiquité de la dignité humaine qui serait en cause dans n'importe quel litige, du plus grave au plus farfelu. Dès qu'un individu est l'objet d'une mesure qui entraîne quelque désagrément, il pourra être tenté d'arguer d'une atteinte à sa dignité humaine.

Les illustrations de cette banalisation sont pléthore. Ainsi, un justiciable est allé jusqu'à saisir la Cour administrative fédérale pour contester, au nom de l'art. 1 al. 1^{er}, le mode d'écriture informatisé des factures téléphoniques sur lesquelles la lettre «ö» de son patronyme était transcrite par «oe» (82). Sur le même fondement, des soldats ont contesté, en vain, devant la justice administrative l'obligation du salut militaire (83). La Cour constitutionnelle fédérale a été saisie de recours dirigés contre des règles aussi triviales ou évidentes que la répression de la fuite en cas d'accident de circulation,

(79) *BVerfGE* 5, 85 (204). *Interdiction du parti communiste allemand.*

(80) *BVerfGE* 27, 344 (351). *Actes de divorce*; 34, 238 (245). *Enregistrement sonore.*

(81) Cité par J. ISKRENT, *op. cit.*, p. 181 («Weltenei», litt., = l'oeuf dont est sorti le monde, en anglais «world egg»; juristisch = juridique). Lire aussi la critique de M. HERDGEN, *op. cit.*, n^o 19.

(82) Voy. les décisions de rejet du tribunal administratif de Francfort (*DVZf*, 1966, p. 383), de la Cour administrative de Hesse (*DOV*, 1968, p. 356) et de la Cour administrative fédérale (*BVerwGE* 31, 236 (237)).

(83) *BVerwGE* 43, 312 (314) (rejet).

le port obligatoire de la robe par les avocats, le droit du législateur de modifier la dénomination d'une juridiction, l'obligation des conducteurs de camions de tenir un livret de conduite, l'obligation de produire des factures à l'appui de frais professionnels allégés, etc... (84). La doctrine participe en partie à une telle mobilisation débridée (85), à laquelle les juges aussi ne restent pas toujours insensibles (86).

La conséquence est la dévalorisation symbolique du principe de dignité humaine. Entre les mains de justiciables peu scrupuleux, la dignité humaine devient, selon la formule canonique de Dürig, de la « petite monnaie » — crainte qui est partagée jusqu'au sein de la Cour constitutionnelle (87). Déchu de son piédestal, la dignité perd de sa superbe, de sa majesté immaculée. A force d'être trop managée, elle s'use. Son aura de tabou s'effrite. Surgit également un autre problème qui a trait à l'articulation — à la « concurrence » (88) — entre la dignité humaine et les autres droits fondamentaux. Ceux-ci risquent d'être éclipsés ou court-circuités par la dignité humaine. Plus précis, ces droits fondamentaux ont aussi pour spécificité d'être soumis à un régime juridique moins protecteur, n'étant pas « intangibles ». De l'avis de la majorité de la doctrine, l'intangibilité de la dignité de l'être humain signifie qu'elle ne souffre d'aucune dérogation, exception, restriction ou concilia-

(84) Voy. respectivement *BVerfGE* 16, 191 (1941); 26, 14 (15); 38, 1 (21), *Denominations judicaires*; 18, 107 (109); 2, 292 (295) (rejets).

(85) Ainsi, un auteur a estimé que l'obligation de s'arrêter au feu rouge en l'absence de tout danger était contraire à l'art. 1, al. 1^{er}...

(86) J. ISENBERG, *op. cit.*, p. 188 cite l'exemple de *BVerfGE* 109, 256. En s'appuyant sur l'art. 2 combiné avec l'art. 1 al. 1 L.F., la requérante a réussi à obtenir que le nom de famille (aristocratique) de son ex-mari — nom dont elle continuait à se servir — puisse être utilisé comme nom de famille de son second mariage. H. DREIER, « Menschenwürde... », p. 207 cite l'exemple d'un instructeur militaire de conduite qui s'est vu reprocher par les juridictions administratives d'avoir porté atteinte à la dignité humaine pour avoir fait des remarques désobligeantes sur les habitants de l'ex-R.D.A. (les « Ossis », en langage populaire). On tel autre soldat sanctionné, au nom de la (sa ?) dignité humaine, pour avoir fait publier une photo pornographique de lui dans une revue érotique.

(87) Voy. l'avis de l'actuel président de la Cour Hans Jürgen PATRICK, « Die Würde... », *op. cit.*, p. 371.

(88) Voy. H. DREIER, « Vorbemerkungen vor Art. 1 GG », in H. DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, *op. cit.*, t. 1, pp. 135 et s.; W. HOFMANN, « Die Unantastbarkeit der Menschenwürde — Annäherung an einen schwierigen Verfassungsgrundsatz », *JuS*, 1995, pp. 861 et s.

tion. Elle est absolue. Elle ne saurait être ni limitée par une loi et, *a fortiori*, par un acte de rang infralégal, ni être mise en balance avec d'autres principes de rang constitutionnel (*Unabwägbarkeit*) (89). En outre, en vertu de l'art. 79 al. 3 L.F., la dignité humaine fait partie du noyau dur, éternel, de la constitution auquel même le pouvoir de révision ne saurait « toucher ». L'interdit entourant l'art. 1 al. 1^{er} vaut également en cas de circonstances exceptionnelles. La dignité humaine s'impose à quiconque (en faisant abstraction, pour l'instant, de l'individu lui-même) (90) : ni l'Etat allemand, ni un Etat étranger (avec lequel l'Etat allemand coopérerait dans le cadre par ex. d'une extradition), ni les puissances privées ne doivent y porter atteinte. A l'Etat de respecter et de faire respecter la dignité humaine (91). La dignité humaine jouit donc en principe d'un statut protecteur bien plus exigeant que les (autres) droits fondamentaux. Ainsi, le droit à la vie (art. 2, al. 2 L.F.)

(89) Ce dernier point fait toutefois l'objet d'une controverse croissante en doctrine. Dans le passé, le caractère inéconciliable de la dignité avait été contesté par Michael KLOPPER (« Leben und Würde des Menschen », *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsjubiläum*, t. 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 77 et s.), jugeant absurde la différenciation opérée entre le droit à la vie et le droit à la dignité, l'auteur agrégeait les deux. Ce faisant, il tirait la dignité humaine vers le droit à la vie et, partant, vers le régime juridique du droit à la vie et admettait la possibilité de restrictions à la dignité humaine. La thèse d'une possible modulation de la protection de la dignité humaine a été défendue récemment par Matthias HERDBEHN (*op. cit.*, n^{os} 43 et s.) dans le prestigieux commentaire « Maunz-Dürig ». Cette position iconoclaste lui a valu, de façon médiatique, les vertes remontrances de Ernst-Wolfgang Böckenförde dans les colonnes du journal FAZ (« Die Würde des Menschen war unantastbar », *FAZ*, 3.9.2003, p. 33). Depuis le débat ne cesse d'enfler. Voy. C. STRACK, *op. cit.*, n^o 35 (selon lui, la dignité humaine d'un individu peut être relativisée au nom de la dignité humaine d'un autre individu); M. NERTSSENIM « Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und blossem Abwägungsgebot », *AzR*, 2005, pp. 71 et s.; K.E. HART, « Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung », *Der Staat*, 2006, pp. 189 et s.; J. von BERNSTORFER, « Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie », *Der Staat*, 2008, pp. 21 et s. Voy. aussi 2^e partie, entrée « torture » et « abattage d'un avion ». Sur cette question, « la » position de la Cour constitutionnelle n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Dans certaines décisions, anciennes ou récentes, elle a défendu en des termes les plus explicites le caractère absolu de la dignité humaine qui ne saurait être conciliée avec aucun autre principe. Voy. *BVerfGE* 93, 266 (293), *Les soldats sont des assassins*; 109, 279, *L'incision des miroirs* (§121 de la version interrel, site BVerfG). En même temps, comme l'a relevé à juste titre Martin Nettesheim, la Cour a parfois, de manière implicite, admis de concilier la dignité humaine avec d'autres principes. Ainsi, dans ses deux décisions sur l'avortement, elle a mis en balance la dignité humaine et la droit à la vie de l'enfant à naître avec la liberté de la femme de disposer de son corps (voy. 2^e partie, entrée « titulaires de la dignité »).

(90) Voy. 2^e partie, entrée « peep-show ».

(91) C'est dans ce sens que l'art. 1 al. 1 utilise le verbe « protéger ». Sur l'opposabilité de l'art. 1 al. 1 dans les relations entre individus, voy. *BVerfGE* 24, 119 (144), *Adoption I*.

peut être limitée par une loi(92). En outre, le droit à la vie, à l'instar de tous les autres droits fondamentaux énoncés dans les articles 2 à 19, n'est pas, de façon explicite, couvert par l'art. 79, al. 3 L.F. Le pouvoir de révision pourrait donc, à première vue, en disposer librement.

L'addition : ubiquité de la dignité humaine + intangibilité donne un argument imparable («Totschlagsargument»(93), «*knock out argument*»). Or, d'après Wolfram Höfling, il est impossible d'admettre à la fois l'ubiquité de la dignité humaine et son intangibilité sans aller au devant de graves inconvénients. Il y a «dilemme»(94) : soit on admet l'ubiquité ; l'intangibilité devient alors intenable sauf à rigidifier («bétonner») un nombre croissant de positions juridiques. Soit on prend au sérieux l'intangibilité, mais alors il faut restreindre l'objet de la dignité humaine. «Ce que l'on gagne en superficie, on risque de le perdre en profondeur» écrit Hans-Jürgen Papier(95). Aussi, les auteurs en arrivent-ils à prôner une interprétation et un usage restrictifs de l'art. 1, al. 1^{er}(96). Plutôt que de définir d'abord l'objet de la dignité puis ses effets (intangibilité), d'aucuns intervertissent l'ordre. Autre paradoxe : la disposition qui est censée être au sommet, au début et au centre de toute la Constitution serait du coup — si l'on suivait cette ligne — «marginalisée», reléguée, car évacuée du travail quotidien du juge. Mise en vitrine, la norme de l'art. 1, al. 1^{er} ne serait ressortie qu'à des occasions particulièrement solennelles ou graves.

(92) Il est admis en droit allemand que l'Etat puisse limiter le droit à la vie dans l'intérêt de la collectivité (guerre) ou pour sauver la vie d'autrui (la mise à mort d'un prisonnier de otage pour sauver la vie de l'otage).

(93) Litté : l'argument qui tue. L'expression est de Giesen (cité par P. KUNIG, *op. cit.*, n° 8).

(94) W. HÖFLING, «Art. 1^{er}, *op. cit.*, n° 10.

(95) H.-J. PAPIER, *op. cit.*, p. 371.

(96) H.-J. PAPIER, *op. cit.*, p. 371 ; H. DREIER, *op. cit.*, n° 41 ; C. STARCK, *op. cit.*, nos 15 et 17 ; M. HARDIGEN, *op. cit.*, n° 41 ; O. LERSTÜTJ, «Human Dignity and the Downing of Aircraft», *German Law Journal* (www.germanlawjournal.com), 2006, p. 769 («The Court should use the human dignity clause only as an ultimate remedy»).

b) *L'attitude des juges : les ressorts d'un usage expansif*

Un tel usage parcimonieux de l'art. 1, al. 1^{er} n'a pas eu les faveurs des juges. En témoigne le chiffre, cité plus haut, des 158 décisions. Pour cerner les ressorts complexes de l'usage judiciaire, qui au final est plutôt expansif, il faut revenir à la question de l'articulation entre la dignité humaine et les (autres) droits fondamentaux.

a) Comme point de départ, il est utile de retenir l'assertion de la Cour constitutionnelle fédérale selon laquelle la dignité humaine se concrétise dans *tous* les (autres) droits fondamentaux(97). Suivant l'idée de subsidiarité ou de spécialité, le juge subsume un litige d'abord sous le droit fondamental précis, spécial et technique(98). Le risque d'un court-circuitage des droits fondamentaux est donc écarté (mouvement restrictif). C'est seulement en l'absence d'un droit fondamental spécifique, et à supposer que l'art. 2, al. 1 ne puisse être mobilisé — ce qui paraît peu probable —, que l'art. 1, al. 1^{er} deviendrait la référence exclusive et ultime (le «dernier refuge»)(99). Il est vrai que, dans la jurisprudence, les cas où les juges se réfèrent *exclusivement* à l'art. 1, al. 1^{er} sont rarissimes(100). Mais comment expliquer alors le chiffre des 158 décisions ? Jusqu'ici le raisonnement reposait sur le postulat d'une stricte différenciation entre, d'un côté, le principe de la dignité humaine et, de l'autre, la catégorie juridique des (autres) droits fondamentaux. Au juge d'appliquer soit la première norme, soit une norme tirée de la dernière catégorie. Or, dans la pratique juridictionnelle, l'on s'aperçoit que le juge ne s'interdit pas de cumuler voire de mélanger les deux.

(97) *BVerfGE* 93, 266 (293). *Les soldats sont des assassins* : «(...) la dignité humaine en tant que racine de tous les droits fondamentaux ne saurait être conciliée avec quelque droit fondamental spécifique. Mais, étant donné que tous les droits fondamentaux — et pas seulement certains d'entre eux — sont des concrétisations du principe de la dignité humaine (...)». Voy. aussi *BVerfGE* 30, 173 (194), *Mephisto* : «l'exigence de l'intangibilité de la dignité humaine (...) est au fondement de tous les droits fondamentaux».

(98) W. HÖFLING, «Art. 1^{er}, *op. cit.*, n° 65 ; T. GRENDETT-SPIEGELMANN, *op. cit.*, p. 164.

(99) On aurait pu s'attendre à un tel usage exclusif dans le cadre de l'art. 79, al. 3 L.F. Or, comme on le verra plus loin, même dans ce type de contentieux, la Cour a recours à la dignité humaine et, en partie, aux (autres) droits fondamentaux.

β) En effet, la Cour constitutionnelle — et cela vaut aussi pour les autres juges — invoque fréquemment la dignité humaine alors même qu'il existe un droit fondamental spécial. Au mouvement restrictif suit un mouvement extensif. Il arrive ainsi à la Cour d'examiner la validité d'un acte successivement au regard de plusieurs dispositions constitutionnelles, dont l'art. 1, al. 1^{er}. En outre, en égard à la position centrale ou suprême de l'art. 1, al. 1^{er}, les juges s'en servent à titre de guide d'interprétation, en interprétant tel droit fondamental spécial à la lumière de la dignité humaine. Selon la formule convenue, ils tranchent une affaire en visant «l'art. X de la Loi fondamentale combiné avec l'art. 1, al. 1^{er}»(101). Une combinaison particulièrement importante au sein de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est celle avec l'art. 2, al. 1^{er} (libre épanouissement de la personne). D'où le chiffre des 158 décisions. Or, au-delà de cette donnée quantitative, il reste à savoir, sur le plan qualitatif, quel est l'apport spécifique — la valeur ajoutée — de la dignité humaine au sein d'une telle combinaison de normes. Qu'est-ce qu'ajoute l'art. 1 al. 1^{er} respectivement à l'art. 2, al. 1^{er}, à l'art. 2, al. 2 (droit à la vie), à l'art. 3 (égalité), à l'art. 4 (liberté de conscience et de religion), à l'art. 104 (interdiction de la torture), etc.? La réponse à cette question implique une étude minutieuse de chaque cas d'espèce. Retenons, à titre général, que trois thèses au moins circulent à ce sujet au sein de la doctrine. Une première lecture affirme que la contribution de la dignité humaine, dans ce type d'usage, est en vérité minime. Supprimez l'art. 1 al. 1^{er}, la conclusion du juge n'en serait pas moins identique(102)! L'invocation de la dignité humaine n'a qu'un effet rhétorique : sa fonction est de servir de «reassurance» si ce n'est de «bordure décorative»(103). Une deuxième lecture met en garde contre un tel usage cumulatif de deux normes, dans lequel la spécificité de l'art. 1, al. 1^{er} — son intangibilité

(101) Pour un aperçu des différentes combinaisons, voy. P. HARRER, *op. cit.*, p. 324.

(102) J. ISENSEE, *op. cit.*, p. 182; H. DREIER, «Art. 1 I₁, n° 70, id.», *Menschenwürde...*, p. 204. Pour une illustration, voy. *infra*, 2^e partie, entrée «transsexualité».

(103) J. ISENSEE, *op. cit.*, p. 182.

— risque d'être perdue de vue(104). La troisième lecture souligne l'intérêt de ce cumul pour le droit fondamental qui a réussi à s'adosser à l'art. 1, al. 1^{er}. Son poids normatif, dans le cadre d'une conciliation avec un autre droit fondamental, s'en trouve renforcé. L'autre droit fondamental faisant l'objet de la pesée voit, à l'inverse, son poids se réduire(105).

γ) Un autre type de mouvement extensif s'observe dans le contentieux relatif à l'art. 79 al. 3 L.F. Selon cet article, est prohibée toute révision constitutionnelle «touchant à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20». Si la dignité humaine bénéficie indéniablement de cette protection au titre de l'art. 1, l'art. 79, al. 3 ne souffle mot des divers droits fondamentaux énoncés aux articles 2 à 19. Est-ce à dire qu'ils sont à la disposition du pouvoir de révision? Ou faut-il conclure, nonobstant ce silence (assez curieux), que *tous* les droits fondamentaux, ou du moins *certain*s d'entre eux, sont protégés de façon médiate, soit par le truchement de l'al. 3 de l'art. 1 (la mention des «droits fondamentaux énoncés ci-après»), soit en vertu l'art. 1, al. 2 (les droits fondamentaux sont la consécration, en droit positif, des droits de l'homme), soit via l'art. 1, al. 1^{er} (les droits fondamentaux reflètent et concrétisent la dignité humaine)? Après avoir récusé d'abord toute idée de radiation dans sa célèbre décision de 1970 [mouvement restrictif](106), la Cour de Karlsruhe a pris une position inverse à partir de 1991 [mouvement extensif](107). Sa position actuelle se résume en deux propositions : 1^o les différents droits fondamentaux (autres que la dignité humaine) ne sont pas, *en tant que tels*, couverts par

(104) Constaté qui se vérifie, globalement, dans les deux décisions de la Cour en matière d'IVG. Voy. 2^e partie, entrée «titulaires de la dignité (embryon)». Voy. aussi l'entrée «transsexual».

(105) O. ISENERTS, *op. cit.*, p. 770. Pour une illustration éclairante, voy. *BVerfGE* 39, I (43), *IVG I*. Au nom de la dignité humaine, la Cour fait pencher, dans un certain nombre d'hypothèses, la balance du côté du droit à la vie de l'embryon au détriment de la liberté de la femme.

(106) *BVerfGE* 30, I, *Bevates telephoniques*.

(107) *BVerfGE* 84, 90 (121), *Expropriations en ex-R. D. A.* Voy. L. HEUSCHLING, *Etat de droit*, pp. 637 et s.

la garantie de l'art. 79, al. 3; 2^o toutefois, dans la mesure où tel droit fondamental est indispensable à la réalisation de l'idéal de la dignité humaine (art. 1, al. 1^{er}) et des droits de l'homme (art. 1, al. 2), son existence est pérennisée par l'art. 79, al. 3.

Encore faut-il apprécier à sa juste mesure la portée de cette protection indirecte. L'assertion de la Cour selon laquelle tous les droits fondamentaux concrétisent la dignité humaine (point a) pourrait laisser croire que tous bénéficient de cette protection. Or, lorsque la Cour a été saisie spécifiquement sur le fondement de l'art. 79, al. 3, elle a estimé que seuls *certaines* droits fondamentaux étaient consubstantiellement liés à l'idéal de la dignité humaine et des droits de l'homme. Pour l'instant, elle a admis ce lien ombilical pour les articles 3 (égalité), 14 (droit de propriété)(108) et 13 (inviolabilité du domicile)(109). En revanche, elle l'a nié pour le droit d'asile (art. 16a L.F.), non sans contredire certains de ses propos antérieurs(110). En outre, lorsque ce lien est admis, l'art. 79, al. 3 n'immunise pas tout le régime juridique du droit fondamental concerné. Seul le « substrat de dignité humaine » (« *Menschenwürdekern* », « *Menschenwürdebezug* »)(111) est protégé. En d'autres termes : du point de vue de l'art. 79, al. 3, seules *certaines* atteintes à *certaines* droits fondamentaux équivalent à des atteintes à la dignité humaine(112).

(108) *BVerfGE* 84, 90.

(109) *BVerfGE* 109, 279, *L'invasion des micros*, 1^{er} sénat, 3.3.2004, Voy. §119 (version disponible sur le site internet du BVerfG).

(110) La Cour a estimé qu'il était loisible au pouvoir de révision « d'abroger le droit fondamental à l'asile en tant que tel », *BVerfGE* 94, 49 (103), *Extradition dans des Blausstrs*. Or, dans le passé, dans des contentieux relevant du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, elle avait toujours souligné le lien intime entre l'art. 1, al. 1^{er} et l'art. 16a L.F.

(111) Le terme « *Menschenwürdekern* » (« le noyau relevant de la dignité humaine ») est d'origine doctrinale. La Cour parle de « *Menschenwürdebezug* » (« lien avec la dignité humaine »). Ce noyau dur ou substrat intangible ne doit pas être confondu avec l'essence (*Wesen*) d'un droit fondamental au sens de l'art. 19, al. 2 L.F. D'une part, le périmètre de l'essence est plus large, d'autre part, l'essence est une limite opposable au seul pouvoir législatif, et non au pouvoir de révision. Voy. *BVerfGE* 109, 279 (§112 de la version interne).

(112) Autre exemple : il est impossible de toucher à l'art. 104, al. 1^{er} L.F. sans toucher en même temps à l'art. 1, al. 1^{er}.

II. — Grands et misères de la dignité humaine dans le prétoire : un éclairage de la casuistique

Après le quadrillage systématique, il reste à préciser ce qui, concrètement, a été jugé contraire ou conforme à l'art. 1, al. 1^{er}. Un tel inventaire soulève plusieurs difficultés. Déjà il est assez difficile de recenser les affaires pertinentes : ainsi qu'on l'a vu, l'art. 1, al. 1^{er} est souvent visé en complément d'un autre article, sans qu'il ne soit toujours aisé d'identifier son apport propre. Quoi qu'il en soit, même délimitée de façon approximative, la matière est si vaste qu'il est impossible de prétendre à l'exhaustivité. Au mieux peut-on prétendre à une image un tant soit peu représentative qui mette en exergue la variété des affaires, le spectre allant d'affaires futiles et triviales — la « petite monnaie », dont la doctrine se plaint tant outre-Rhin(113) et sur laquelle on ne reviendra plus ici — jusqu'aux affaires les plus graves, à l'instar du débat récent sur le recours à la torture. S'il y a une conclusion, sommaire, à retenir, c'est que la jurisprudence ne porte pas seulement sur des bagatelles. Le désenchantement qui, parfois, peut s'inscrire dans l'esprit de l'observateur n'est donc pas justifié. Je présenterai quelques décisions de principe, récentes ou anciennes, non sans être conscient des limites et des lacunes d'un tel tableau « impressionniste ». Quant au mode de présentation de la casuistique — question sur laquelle la doctrine allemande est divisée — je retiens l'approche originale adoptée

(113) Faut-il tant s'en plaindre ? Sans doute, les juges se passeraient volontiers de cette surcharge de travail. Or celle-ci témoigne aussi de l'esprit critique des citoyens qui ont parfaitement intériorisé l'idée de leurs droits et libertés. Extrapolons : imaginons un pays (ce n'est pas le cas de l'Allemagne) dans lequel les seuls griefs des citoyens, en matière de dignité humaine, porteraient sur le mode d'écriture des factures téléphoniques... Ne serait-ce pas une preuve du bon fonctionnement des institutions démocratiques de ce pays, qui, en amont, empêcheraient des atteintes autrement plus graves et sténueses ? A l'inverse, le jour où le juge de ce pays sera saisi d'une atteinte aussi grave que, par exemple, une loi autorisant la torture ou la ségrégation, il y a lieu de s'inquiéter (même à supposer que le juge invalide la loi). Il ressort de ces considérations qu'une vision exclusivement contentieuse est un angle trop étroit pour saisir, dans son intégralité, l'apport pratique de la dignité humaine. Avant d'être concrétisée par le juge, la dignité humaine est d'abord, et pour l'essentiel, concrétisée par le législateur et l'exécutif.

par Philip Kunig : faisant fi de toute systématisation (114), l'autre présente la jurisprudence sous la forme d'une simple liste alphabétique (115).

★

Abattage d'un avion : l'enjeu de cette affaire retentissante était la loi fédérale sur la sécurité aérienne du 11 janvier 2005 (*Luftverkehrsengesetz*). La loi avait été votée avec pour toile de fond les images de la destruction du World Trade Centre en 2001 et l'incident qui a eu lieu à Francfort en 2003. Un homme armé — dont on a su par la suite qu'il s'agissait d'un esprit dérangé — s'était emparé d'un avion de sport, avait survolé le centre ville de Francfort et menacé de s'écraser dans le gratte-ciel de la Banque centrale européenne. L'art. 14, al. 3 de la loi susmentionnée autorisait le ministre de la défense, dans certaines hypothèses, à abattre un avion transformé en arme. Des pilotes et des voyageurs fréquents ont saisi la Cour constitutionnelle fédérale d'un recours individuel en arguant d'une violation de leur dignité humaine, de leur droit à la vie et des règles limitant les possibilités d'intervention de l'armée fédérale en-dehors d'une situation de guerre (art. 87a et 35 L.F.).

Dans sa décision du 15 février 2006, le 1^{er} sénat de la Cour constitutionnelle fédérale annule l'art. 14, al. 3 de la loi pour des raisons tant formelles (l'incompétence du législateur fédéral) (116) que matérielles (la violation, pour ce qui concerne l'équipage et les passagers de l'avion, de « l'art. 2, al. 2 combiné avec l'art. 1, al. 1^{er} L.F. »). S'agissant de l'aspect matériel, la Cour opère, en effet, une nette différence entre, d'un côté,

(114) Systématisation qui paraît impossible également aux yeux de J. LERNER, *op. cit.*, p. 183. Pour une tentative, voy. par ex. W. HÖRLING, « Art. 1 », nos 19 et s. ; C. STARCK, *op. cit.*, nos 44 et s.

(115) Dans la liste qui suit, on pointera peut-être l'absence de certaines entrées à l'instar de la bioéthique. Celle-ci fait l'objet d'un vaste débat doctrinal qui est focalisé sur l'art. 1, al. 1^{er} L.F. Le législateur est également intervenu. En revanche, il n'y a pas de jurisprudence sauf les deux décisions de la Cour de Karlsruhe relatives à l'I.V.G. (voy. *infra* entrée : « titulaires de la dignité »).

(116) *BVerfGE* 115, 118. Voy. §§90-117 de la version disponible sur le site internet du *BVerfG*.

les otages et, de l'autre, les preneurs d'otages. Les premiers sont, selon la Cour, dans une situation sans issue et ne sont plus maîtres de leur destin. « Ils sont des objets, mais pas seulement entre les mains des ravisseurs. L'Etat, qui, dans une telle situation, a recours à la mesure préventive de l'art. 14, al. 3, les traite également comme de simples objets dans le cadre de son opération de sauvetage de la vie d'autrui » (§124). Décider d'abattre l'avion, et de causer ainsi leur mort certaine, revient à nier leur qualité de « sujets dotés de dignité humaine et de droits inaliénables ». « Leur mise à mort étant le moyen du sauvetage de la vie d'autrui, ils sont réifiés et, par là même, dépouillés de tout droit. L'Etat disposant unilatéralement de leur vie, les personnes à bord de l'avion — qui, elles-mêmes, sont des victimes qui ont besoin d'être protégées — se voient refuser la valeur inhérente à tout être humain » (§124).

La Cour conforte son point de vue par deux séries d'arguments. D'une part (voir §§125 et s.), elle estime au vu de diverses considérations empiriques que la solution suggérée par l'art. 14, al. 3 serait en vérité inefficace, sauf à ce que les autorités agissent de façon préicipitée, ce qui ne fait qu'accroître le risque de tuer des personnes innocentes. Comment en effet disposer, en un laps de temps extrêmement court, d'informations sûres quant à la tournure des événements au sein de l'avion et quant aux intentions précises des preneurs d'otages (acte terroriste ou détournement « ordinaire ») ? D'autre part, sur le plan normatif, la Cour réfute un à un les divers arguments des défenseurs de la loi. Tout d'abord, elle récusé, comme purement fictif, l'argument selon lequel les passagers et membres de l'équipage auraient tacitement consenti à l'abattage de l'avion (§131). L'argument que, de toute manière, les passagers sont condamnés à mourir, ne trouve aucune grâce à ses yeux. L'Etat doit respecter la vie et la dignité humaines quelle que soit l'espérance de vie de la personne concernée (§132). Dire que les passagers et l'équipage sont une composante de l'arme que forme désormais l'avion revient, selon la Cour, à admettre de façon cynique et éhontée la réification de ces personnes (§134). De même, affirmer que,

dans certains cas — on peut penser à la guerre — l'individu est obligé de sacrifier sa vie pour sauver la collectivité, n'est pas un moyen opératoire en l'espèce puisque l'art. 14, al. 3 peut certes viser des terroristes poursuivant un tel objectif politique, mais il pourrait aussi s'appliquer à d'autres cas de figure (cf. l'incident à Francfort; §§135 et s.). Enfin, le dernier argument — le plus difficile à désamorcer, et celui qui sera le plus fréquemment opposé à la Cour — a trait au sort des personnes menacées par l'avion (§§137 et s.). En matière de droit à la vie et de dignité humaine, l'Etat est redevable à la fois d'une obligation d'abstention (*Achtungspflicht*) et d'une obligation d'intervention ou de protection (*Schutzpflicht*). D'aucuns en ont déduit qu'il était possible de justifier une atteinte à la vie, voire à la dignité humaine de certains individus, pour préserver la vie et la dignité humaine d'autres individus (117). Faute de pouvoir sauver la vie (et la dignité) de tous, l'Etat devrait au moins sauver la vie (et la dignité) du plus grand nombre, quitte à devoir sacrifier un plus petit nombre d'individus. Or la Cour ne l'entend pas ainsi. Déjà elle accorde davantage de poids à l'obligation d'abstention qu'à l'obligation d'intervention de l'Etat (§138)(118). En outre, selon la Cour, la définition même des termes de la problématique ainsi suggérée — l'Etat aurait, d'un côté, une obligation d'abstention à l'égard des *passagers* et, de l'autre, une obligation de protection à l'égard des *individus menacés par l'avion* — est réductrice. Les passagers à bord de l'avion ont, eux aussi, droit à la protection de l'Etat (§139). Or, à leur égard, l'Etat ne fait rien; pire il contribue à leur mort... A cela s'ajoute que, au cas où l'Etat décidait d'abattre l'avion, les décombres seraient susceptibles de provoquer la mort d'autres victimes innocentes sur le sol.

Reste l'hypothèse, soigneusement distinguée par la Cour, où ne seraient à bord de l'avion que les délinquants, en l'absence de toute personne innocente (§§140 et s.). Dans ce cas, ni

(117) Voy. *supra*, note 89 et *infra*, l'entrée « torture ».

(118) Position qui revient dans plusieurs jurisprudences : voy. O. LERSIUS, *op. cit.*, p. 773.

l'art. 1 ni l'art. 2 L.F. ne s'opposent à l'abattage de l'avion. Les agresseurs ne sont pas traités en tant qu'objets par la puissance publique : celle-ci ne fait que « leur imputer les conséquences de leurs propres actes décidés en toute liberté » (§141). Quand au droit à la vie (qui, de toute manière, n'est pas intangible), l'atteinte apportée peut être justifiée s'il s'agit du seul moyen pour sauver la vie d'autrui (§145) et si la chute des décombres de l'avion ne risque pas d'entraîner d'autres morts (§146). Du point de vue matériel, l'art. 14, al. 3 de la loi aurait donc pu être déclaré partiellement valide; or le vice d'incompétence entraîne sa nullité totale.

Au final, dans un contexte où les appels à un Etat sécuritaire se multiplient, la Cour n'hésite pas à prendre une position libérale ferme (119), et audacieuse, au risque de se voir reprocher par certains qu'en fin de compte, à suivre sa ligne, l'Etat devra assister impuissant à la mort à la fois des passagers et des victimes menacées par l'avion... (120)

Armée : selon la Cour constitutionnelle fédérale, le principe même du service militaire obligatoire n'est pas contraire à l'art. 1, al. 1^{er} L.F. (121). Etant donné que l'Etat allemand se fait le garant de la dignité humaine et des droits des individus, et qu'il s'interdit toute guerre d'agression (art. 26 L.F.), il peut exiger de ses citoyens de sexe masculin de devoir exposer ou sacrifier leur vie pour la collectivité. Le droit à l'objection de conscience prévu par l'art. 4, al. 3 L.F. est proche de l'idée de dignité humaine, mais, selon les formules prudentes de la Cour, n'en découle pas de façon logique (122). La doctrine en a déduit qu'il serait loisible au pouvoir de réviser de suppri-

(119) Voy. la conclusion approbative de O. LERSIUS, *op. cit.*, p. 772.

(120) En ce sens : J. LENSSEN, *op. cit.*, pp. 191 et s. Cette critique repose toutefois sur le postulat que l'abattage de l'avion est une option réalisable et efficace (ce qui reste à prouver empiriquement).

(121) *BVerfGE* 12, 45 (50), *Objection de conscience I*. Aussi la révision du 26 mars 1954 qui a introduit l'art. 73, n^o 1 L.F. en tant que fondement de la circonscription militaire (voir art. 12a L.F.) est-elle valide du point de vue de l'art. 79, al. 3. La justice administrative a tranché dans le même sens : voy. H. DREIER, « Menschenwürde... », *op. cit.*, p. 205.

(122) *BVerfGE* 28, 243 (263), 1^{er} sénat, 26.5.1970, *Refus d'obéissance*. Dans la décision antérieure *BVerfGE* 12, 45 (53), 20.12.1960, *Objection de conscience I*, le même sénat avait clairement affirmé l'existence d'un lien généalogique entre les deux.

mer le service civil sans enfreindre les limites de l'art. 79, al. 3. L'art. 4, al. 3 est donc un droit fondamental qui ne participe pas à la dignité humaine (123). Quant aux conditions de déroulement du service militaire, la justice administrative a eu à statuer sur de nombreux litiges. Si elle a validé l'obligation de salut militaire à l'égard de supérieurs hiérarchiques (124) et l'obligation de couper les cheveux (125), elle a en revanche réprimé, au nom de l'art. 1, al. 1^{er}, divers traitements dégradants ou humiliants (buzutage : obliger un soldat à avaler des vers ; mise en scène d'une pendaison d'un soldat ; mise au pilori : enchaîner un soldat à une grille à l'entrée de la caserne ; harcèlements sexuels (126), etc...).

Lancer de nains : ce jeu, qui en France a donné lieu à la célèbre décision du Conseil d'Etat *Commune de Morsang-sur-Orge* de 1995, avait également été jugé contraire à la dignité humaine, en 1993, par le tribunal administratif de Neustadt (127).

Peep-show, striptease, sexe etc. : les choses du sexe sont un domaine intéressant pour scruter le lien entre dignité et morale(s) et pour cerner de plus près le potentiel protéiforme du concept (128). La dignité humaine a été invoquée, avec des succès variables, dans divers types d'affaires en vue de restreindre la liberté en matière sexuelle. Ainsi, un client d'un kiosque de gare s'est-il, au nom de la (sa) dignité humaine, offusqué de voir des revues pornographiques étalées au regard du public. Le *Bundesgerichtshof* a rejeté le recours estimant que cette présence visible n'était pas attentatoire à la dignité humaine du client si celui-ci n'était pas contraint

(123) C. STARCK, *op. cit.*, n° 75.

(124) *BVerwGE* 43, 185 (186); 43, 312 (314).

(125) *BVerwGE* 46, 1, 103, 99 (101).

(126) Voy. respectivement *BVerwG, N.J.W.*, 1992, p. 587; *BVerwGE* 83, 384 (391) et *BVerwGE* 88, 362; *BVerwGE* 113, 187 (192); *BVerwG, NVwZ*, 1999, p. 659. Pour d'autres exemples : H. DREIER, *op. cit.*, pp. 206 et s.

(127) Tribunal administratif Neustadt, *NVwZ*, 1993, pp. 98 et s. Voir P. RÄDNER, «Die Unverfügbarkeit der Menschenwürde in Deutschland und Frankreich», *DOV*, 1997, pp. 109 et s.

(128) Ainsi, selon Kant, le principe de la dignité humaine interdit tout rapport sexuel extracoconjugal... Voy. N. HÖRSSTER, *op. cit.*, p. 96, note 16.

d'y jeter plus qu'un regard superficiel (129). L'on voit que, conjuguée avec un certain paternalisme pudibond, la dignité humaine risque d'être transformée, sous des couleurs plus avouables, en avatar de la vieille règle des «bonnes mœurs». C'est ce qui ressort de la jurisprudence controversée de la Cour administrative fédérale en matière de peep-show. En 1982 (130), la Cour administrative fédérale a validé le refus de l'administration d'autoriser un établissement de peep-show au motif que l'Etat devait, d'office, protéger la dignité humaine des employés de sexe féminin. Le fait que les femmes aient consenti à l'emploi, contre rémunération, n'est pas pris en compte. La dignité humaine devient, dans l'interprétation de la Cour, une notion objective, déconnectée de la volonté de l'individu concerné. Ce n'est plus ce dernier qui définit les contours de sa propre dignité humaine, mais c'est la collectivité qui le fait à travers la voix du juge. La dignité humaine présente ici son double visage : elle est à la fois le fondement des libertés et une limite à celles-ci (131). Face à la critique cinglante de la majorité de la doctrine, et la résistance d'une partie des juridictions inférieures (132), la Cour administrative fédérale infléchit partiellement sa jurisprudence en ce que, par la suite, elle fonde l'interdiction des peep-show non plus sur la dignité humaine, mais sur la clause légale des «bonnes mœurs» et sur «l'éthique sociale». Au-delà du débat sur le principe même d'une telle définition objectiviste (133), c'est surtout l'usage incohérent, car à géométrie variable, de l'art. 1, al. 1^{er} qui a suscité les critiques. Car, curieusement, si les peep-show — et depuis récemment le sexe téléphonique (134) — sont

(129) *BGHZ* 64, 178 (182).

(130) *BVerwGE* 64, 274; reproduit aussi dans *NJW*, 1982, p. 664. Sur tout ce débat, voy. l'analyse de H. DREIER, «Menschenwürde...», *op. cit.*, pp. 217 et s. et N. HÖRSSTER, *op. cit.*

(131) Pour un exemple moins controversé, voy. la limitation de la liberté d'expression au nom de la dignité.

(132) Pour les références, voy. H. DREIER, «Menschenwürde...», *op. cit.*, p. 219.

(133) Cet élément est déjà présent dans la doctrine classique des droits de l'homme puisque la liberté est dite inaliénable : un individu ne saurait y renoncer en se vendant en esclavage. Elle figure également dans la définition classique de la dignité humaine chez Durig. Voir aussi *supra* «lancer de nains».

(134) Landgericht Mannheim, *N.J.W.*, 1995, p. 3398; *Bundesgerichtshof, N.J.W.*, 1998, p. 2895.

attentatoires à l'art. 1, al. 1^{er} L.F., le striptease (135) et, surtout, la prostitution (136) ne le sont point...

Prison et mesures de sécurité : l'art. 1, al. 1^{er} L.F. est violé par des conditions d'hébergement « indignes », dégradantes, dans la prison, ce qui est le cas lorsque les toilettes bouchées débordent à plusieurs reprises dans la cellule (137), lorsque les toilettes, dans une cellule collective, ne sont pas cachées du regard d'autrui par un mur de séparation, lorsque la surface de la cellule est inférieure à un certain seuil minimum (138). En revanche le principe même d'une cellule collective n'enfreint pas l'art. 1, al. 1^{er} L.F. L'isolation du prisonnier et l'interdiction de tout contact ne sont admissibles qu'à titre temporaire (139). De manière générale, le respect de la dignité des prisonniers doit guider le comportement des autorités pénitentiaires, par ex. dans leur façon de s'adresser à eux (140).

Quant à la peine d'emprisonnement à vie, elle n'est pas contraire à la dignité humaine dans la mesure où, selon la Cour constitutionnelle, le condamné « garde en principe une chance concrète et sérieuse de pouvoir récupérer, à une date ultérieure, sa liberté. Car l'essence de la dignité humaine est touchée, si le condamné, malgré l'évolution de sa personnalité, doit abandonner tout espoir de retrouver la liberté » (141). Le seul droit de grâce, dont l'usage est discrétionnaire, ne suffit pas à cet effet. Le principe de l'Etat de droit exige que le législateur définit, par le biais de règles générales, les conditions dans lesquelles l'exécution de la peine peut être suspendue. Cela ne signifie pas pour autant que plus aucune peine d'emprisonnement à vie ne puisse être prononcée ni exécutée, comme l'ont cru de façon hâtive certains commentateurs. D'ailleurs, l'art. 1 al. 1^{er} ne s'oppose pas à l'extradition d'une

personne dans un pays où elle risque d'être emprisonnée à perpétuité (142). En revanche, le principe de dignité humaine exige que les autorités de l'Etat continuent à œuvrer en vue de la réinsertion sociale même lorsqu'il s'agit d'individus condamnés à vie. Ces principes ont été repris par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision relative à la rétention de sécurité (« *Sicherungsverwahrung* ») (143). Introduit sous Hitler en 1933, maintenu tel quel en 1945, libéralisé en 1969 avant d'être renforcé en 1998, ce dispositif autorise, en supplément des sanctions pénales classiques, la privation de liberté de certains délinquants tant que leur état de dangerosité (leur « tendance à commettre des crimes graves ») le justifie. Le fait que cette rétention puisse être décidée pour une durée illimitée ne fait pas du délinquant, selon la Cour, un simple objet entre les mains de l'Etat, et n'est donc pas contraire à l'art. 1 L.F. (§§ 70 et s.). Tant que les autorités maintiennent l'objectif de la réinsertion sociale (certes très difficile en l'espèce, comme l'admet la Cour), et tant qu'il existe des procédures qui, à intervalles réguliers, évaluent l'état de dangerosité du délinquant, celui-ci préserve cette chance sérieuse de retrouver la liberté qui lui est due au titre de sa dignité humaine. La chance est certes repoussée, mais elle n'est pas nulle (144).

Publicité commerciale : était en cause la célèbre campagne publicitaire signée par le photographe Toscani pour le compte de Benetton. Des photos représentaient des parties dénudées d'un corps humain (anonyme) sur lesquelles était apposée l'empreinte « HIV Positive ». Interdite d'abord par les juridictions judiciaires qui l'ont qualifiée d'atteinte aux bonnes mœurs et à la dignité humaine des personnes séropositives (145), la

(135) Lire la différenciation opérée par la Cour administrative fédérale dans sa décision sur le *peep-show* : *BVerwGE* 64, 274 (278).

(136) Tribunal administratif Berlin, *N.J.W.*, 2001, p. 983.

(137) *BVerfG, N.J.W.*, 1993, p. 3190.

(138) Oberlandesgericht Frankfurt, *N.J.W.*, 2003, p. 2843; *BVerfG, DVBl*, 2002, p. 772; *BVerfG, N.J.W.*, 2002, p. 2699.

(139) *BVerfGE* 49, 24 (64).

(140) OLG Hamburg, *N.J.W.*, 1965, p. 647.

(141) *BVerfGE* 45, 187 (240), *Peine de prison à perpétuité*.

(142) *BVerfG, N.J.W.*, 1994, p. 2884. Il en va autrement lorsque la personne risque de subir des tortures.

(143) *BVerfGE* 109, 133, 2nd sénat, 5.2.2004, *Rétention de sécurité à perpétuité* (cité d'après la version internet disponible sur le site de la Cour).

(144) Sur les autres griefs d'inconstitutionnalité également rejetés par la Cour, voy. *ibid.*, §§ 94 et s.

(145) Se fondant sur l'art. 1 de la loi allemande sur la concurrence déloyale qui interdit toute activité commerciale contraire aux bonnes mœurs, les juges judiciaires ont concrétisé cette clause générale à la lumière des exigences de l'art. 1 L.F. En France, la Cour d'appel de Paris avait également interdit la publicité au nom de la dignité humaine. Voy. CA Paris, 28.5.1996, *D.*, jurispr., 1996, p. 617, note EDELMAANN.

publicité a été autorisée par la Cour constitutionnelle fédérale (146). Tout en admettant le principe selon lequel la liberté d'expression et de la presse (art. 5 al. 1 L.F.) peut être limitée au nom du respect de la dignité humaine, les juges de Karlsruhe retiennent en l'espèce une autre qualification des faits. A leurs yeux, la campagne de Benetton ne vise pas à exclure et à stigmatiser les malades du sida, mais à susciter une réflexion critique. La Cour infirme sur ce point l'arrêt du *Bundegerichtshof* et lui renvoie le dossier (147).

Titulaires de la dignité humaine (embryon) : selon le droit allemand, tous — tous les êtres humains, à l'exclusion des personnes morales — ont droit au respect de leur dignité humaine. Sont inclus les enfants, les étrangers (même en situation irrégulière), les apatrides, les malades mentaux et même les personnes qui, selon le langage ordinaire, « se comportent de façon indigne » (à l'instar des criminels) (148). L'embryon s'étant vu reconnaître par la Cour constitutionnelle la qualité d'être humain à partir de la nidation de l'ovule (14 jours après la conception), il a droit à une protection non seulement en vertu de l'art. 2 (droit à la vie), mais aussi en vertu de l'art. 1, al. 1^{er} (149). Reste à savoir, toutefois, si cette protection est « absolue », et reste imperméable à toute mise en balance ou relativisation, comme il serait logique une fois que l'on admet l'applicabilité de l'art. 1, al. 1^{er}. Or la réponse est négative (150). Ainsi, dans sa première décision de 1975, la Cour a admis que le législateur puisse autoriser l'IVG en cas de danger à la vie de la mère. La dignité humaine de l'embryon cède donc, dans ce cas de figure, devant les intérêts légitimes de la mère. La Cour ne voit guère d'obstacle constitutionnel non

(146) *BVerfGE* 102, 347, 1^{er} sénat, 12.12.2000, *Publicité de choc I*.

(147) Le *Bundegerichtshof* ayant maintenu l'interdit à la suite du renvoi, la Cour constitutionnelle a été saisie à nouveau par un recours constitutionnel. Dans sa décision du 11 mars 2003 (*BVerfGE* 107, 275, *Publicité de choc II*), le 1^{er} sénat confirme sa position précédente à la fois sur les questions de droit et de fait.

(148) Voy. les références jurisprudentielles chez H. Dreier, « Art. 1 I, n^{os} 62 et s.

(149) *BVerfGE* 39, 1 (41), 25.2.1975, *IVG I* : « Dès qu'il existe de la vie humaine, la dignité humaine doit lui être reconnue. Dans le même sens : *BVerfGE* 88, 203 (252), 28.5.1993, *IVG II*.

(150) Voy. l'analyse de H. Dreier, *op. cit.*, n^o 69; M. NETTESHEIM, *op. cit.*

plus à ce que le législateur autorise l'IVG dans les 12 premières semaines en cas de viol. Or il est difficile de comprendre pourquoi l'embryon — être humain et sujet, selon la Cour — devrait pâtir des méfaits imputables à son géniteur masculin. Le recours par la Cour à l'art. 1, al. 1^{er} a certes permis, dans certaines hypothèses, de *renforcer* le droit à la vie de l'embryon face aux droits de la mère. En revanche, le niveau de protection *absolue* qu'exige en principe l'art. 1, al. 1^{er} n'a pas été atteint. Débutant avant même la naissance, la dignité humaine continue également à certains égards après le décès de la personne (151). Du principe de l'art. 1 al. 1^{er}, la Cour a ainsi dégagé certains effets en matière de sépulture, de greffe d'organes et de respect de l'image d'une personne décédée.

Torture : il y a quelque temps, l'interdit absolu de la torture — que l'on pensait si fermement, et si incontestablement, ancré dans l'art. 1, al. 1^{er} L.F. — a fait l'objet d'un vaste débat en Allemagne. Le tabou a d'abord été brisé par Niklas Luhmann. Dans un écrit de 1993, le célèbre sociologue du droit évoquait l'hypothèse d'une « *ticking bomb* » pour s'interroger jusqu'à quel point un système juridique pourrait maintenir une norme intangible à l'instar de l'interdiction de la torture (152). A sa suite, Winfried Brugger, professeur à l'université de Heidelberg (153), a justifié l'usage préventif de la torture pour éviter un mal plus grand. Se plaçant sur le terrain de la dogmatique du droit positif, il a essayé de dissoudre les multiples interdits pesant sur la torture, depuis l'art. 136a du code de procédure pénale allemand jusqu'à l'art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, en passant par les articles 1 et 104 L.F. Sortant des cénacles de la science juridique, où les thèses de Brugger rencontraient en général un

(151) *BVerfGE* 30, 173 (194), *Mephisto*. Voy. H. Dreier, *op. cit.*, n^{os} 72 et s.

(152) N. LUHMANN, *Gibt es im unserer Gesellschaft noch unzerstörbare Normen?*, 1993.

(153) W. BRUGGER, « Darf der Staat ausnahmsweise foltern? », *Der Staat*, 1996, pp. 67 et s.; *idem*, « Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? », *JZ*, 2000, pp. 165 et s. D'autres auteurs vont, à la suite de l'affaire *Daechner*, prendre son parti, dont C. STRACK, « Art. 1 Abs. 1 GG », n^o 79 et M. HERDEGEN, *op. cit.*, n^o 45. Pour un aperçu du débat, voy. R. POSCHER, *op. cit.*; E. HILGERDORF, « Folter im Rechtsstaat? », *JZ*, 2004, pp. 331 et s.; HUPEN, « Erosion der Menschenwürde », *JZ*, 2004, pp. 313 et s.

silence réprobateur, le débat s'est amplifié et déplacé vers le forum public à la suite des événements du 11 septembre et de la célèbre affaire «Daschner». En 2002, le chef adjoint de la police de Francfort, Wolfgang Daschner, avait menacé le preneur d'otage Magnus Gäfgen de torture pour lui extorquer le lieu où était caché son otage. Le ravisseur cède devant la menace, mais l'enfant capturé était, à ce moment, déjà mort.

W. Daschner sera relevé de ses fonctions et condamné à une peine pénale pour l'essentiel symbolique. Pour le défendre, certains auteurs ont estimé qu'il fallait, en l'espèce, considérer non seulement la dignité humaine du preneur d'otage, mais aussi celle de l'otage. Il n'y a pas qu'une seule position juridique à considérer, mais deux, ce qui oblige à une mise en balance entre, d'un côté, l'obligation de l'Etat de s'abstenir de toute atteinte à la dignité humaine du ravisseur et, de l'autre, l'obligation de l'Etat de protéger la dignité humaine de l'otage. Or, d'après ces auteurs, il va de soi que l'Etat doit privilégier la seconde obligation par rapport à la première. Saisie par le preneur d'otage, la Cour constitutionnelle fédérale, quant à elle, a confirmé l'interdiction absolue de la torture en vertu des quatre normes susmentionnées (154). En outre, dans son arrêt relatif à la loi sur la sécurité aérienne (voy. *supra*), elle a récusé catégoriquement l'idée selon laquelle il serait possible de porter atteinte à la dignité humaine de certaines personnes pour mieux préserver celle d'autrui. Reste à savoir si ces décisions vont définitivement clore le débat...

Transsexualité : dans sa décision du 11 octobre 1978 (155), le 1^{er} sénat de la Cour constitutionnelle fédérale a reconnu le droit d'un transexuel opéré à obtenir la modification de la mention de son sexe sur l'acte de naissance. La décision, qui est qualifiée par H. Dreier de décision de principe en matière de dignité humaine (156), est intéressante à plus d'un titre. Suite à l'opération modifiant la morphologie de son sexe, le

(154) Décision de la 3^e chambre du 2nd sénat, 14 décembre 2004, N. J. W., 2005, p. 656.

(155) *BVerfGE* 49, 286, *Transsexuels* I.

(156) Voy. la liste des décisions de principe établie par H. Dreier, «Art. 1 I₃, op. cit.», p. 142.

requérant avait saisi la justice civile pour obtenir la modification des registres de l'état civil. Acceptée en première instance, la demande est rejetée en appel et en révision. Le *Bundesgerichtshof* a estimé qu'en l'attente d'une réforme législative (en discussion, mais non encore promulguée) (157), l'interprétation traditionnelle de la loi sur l'état civil ne lui permettrait pas d'accéder à la demande de rectification. Selon la Cour fédérale de justice, le juge ne saurait déclencher de sa propre initiative une telle évolution sans engendrer une situation d'insécurité juridique. Le requérant saisit la Cour constitutionnelle d'une *Verfassungsbeschwerde* en arguant d'une violation de l'art. 1, al. 1^{er} et de l'art. 2, al. 1^{er} L.F. On relèvera que, n'étant point contestée par le gouvernement, la recevabilité du recours est admise par la Cour sans autre débat. La question de savoir si la dignité humaine est un droit fondamental ou non n'est pas abordée. Il faut toutefois noter un glissement : alors que le plaignant invoque d'abord, et séparément, l'art. 1, puis l'art. 2 L.F., la Cour s'appuie elle sur «l'art. 2, al. 1^{er} combiné avec l'art. 1, al. 1^{er} L.F.» (158).

Après une très brève définition de la dignité humaine (159), la Cour passe aussitôt à l'art. 2, al. 1^{er}. Or, pour la Cour, qui s'appuie largement sur l'avis d'autorités médicales, la non prise en compte par le droit du changement de sexe du transsexuel (opéré) est de nature à lui causer de graves souffrances identitaires. Tant que la mention du sexe n'est pas modifiée, il ne pourra obtenir un changement de prénom, ni procéder à un mariage (ou remariage). Selon la Cour, l'entrave à la liberté d'épanouissement (interprétée à la lumière de la dignité humaine) est donc manifeste. Dans cette combinaison de normes, c'est l'art. 2 qui pèse le plus lourdement. Car, une fois que la Cour a admis qu'il y avait restriction de la liberté d'épanouissement (combinée avec la dignité humaine), elle

(157) Voy. la loi du 10 septembre 1980 (*BGBI* I, p. 1654).

(158) *BVerfGE* 49, 286 (295 et 297).

(159) *BVerfGE* 49, 286 (298) : «L'art. 1 al. 1^{er} L.F. protège la dignité de l'homme tel qu'il se conçoit lui-même dans son identité individuelle, et tel qu'il en est conscient. En déduisant que l'homme peut disposer de lui-même et décider de façon autonome de son destin».

étudie si cette restriction est justifiée, soit par le « Sittengesetz (loi morale) » (art. 2 al. 1^{er}), soit par l'intérêt général, ce qu'elle réfute à chaque fois. Or, si la liberté d'épanouissement peut, dans certains cas, être encadrée et limitée, il n'en va pas de même pour la dignité humaine. Si la Cour s'était véritablement placée sur le terrain de l'art. 1, elle n'aurait jamais dû raisonner ainsi. La présente décision illustre de manière topique la difficulté à saisir, dans certaines affaires, la valeur ajoutée de la dignité humaine lorsque celle-ci sert de guide d'interprétation. Quoi qu'il en soit, sur le fond, la présente décision marque de la part de la Cour une avancée libérale audacieuse (160), qui tranche avec le conservatisme frileux, voire borné (161), du *Bundesgerichtshof*. Arguant du nécessaire respect des droits fondamentaux qui, en vertu de l'art. 1, al. 3 L.F. tient directement les juges, la Cour de Karlsruhe balaise les scrupules formels du juge judiciaire quant à l'insécurité juridique et lui intime l'ordre d'interpréter la loi sur l'état civil dans un sens compatible avec l'art. 2, al. 1^{er} combiné avec l'art. 1, al. 1^{er} L.F. ».

★

(160) Décision qui, en outre, est en avance de presque 15 ans par rapport au droit civil français qui n'a opéré ce changement qu'en 1992, suite à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. On a là une illustration, parmi d'autres, du retard de la France en matière d'Etat de droit.

(161) A en juger selon le résumé qu'en fait la Cour elle-même. Voy. *BYer/GH* 49, 286 (292).