

"Le modèle de la constitution pénale de la personne appliqué à la compréhension de la capacité des personnes vulnérables"

Julien Rabachou

Membre associé à Sciences, Normes, Décision (Sorbonne/CNRS)

1) Je voudrais avant toute chose remercier vivement les organisateurs du séminaire « Capacités et vulnérabilités du sujet de droit », et notamment Clotilde Nouët, avec qui j'ai été en contact, pour leur invitation ; je souhaite également souligner combien le thème de ce séminaire m'est apparu profond et passionnant : ce thème en effet ne répond pas au projet d'une approche générale descriptive de ce qu'est une « capacité », de ce qu'est une « personne » en droit, comme s'il s'agissait d'une question abstraite historique *sub specie aeternitatis* dont il faudrait mesurer les évolutions, mais à un enjeu très vif, subtil, complexe, posé par un problème actuel, un problème juridique et pratique, celui de la transposition en droit français de la *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*, que la France a ratifiée, et notamment de l'interprétation de l'article 12 de cette convention : si « *la capacité juridique est un attribut universel inhérent à la personne humaine qui doit être respecté dans le cas des personnes handicapées* », alors ne convient-il pas d'abolir dans la législation française les mécanismes traditionnels de protection des adultes que sont la tutelle et la curatelle ? Dans ce séminaire, le problème théorique des capacités de la personne juridique se trouve ainsi posé dans le cadre restreint d'un débat pratique qui l'oriente, à propos de la situation de milliers de personnes dans notre pays ; c'est ce qui le rend tout particulièrement stimulant.

En premier lieu, j'aimerais commencer par reformuler les termes de ce débat pratique – du moins ce que j'en ai compris – d'un point de vue philosophique, avant d'examiner si mes propres idées sur la personne juridique, et plus largement sur la personne humaine, peuvent contribuer à apporter ici un éclairage. Il y a deux manières d'aborder il me semble le débat juridique dont il est question ici. La première manière est liée au traditionnel conflit entre le droit international et les différents droits internes des États ; les deux répondent à leur logique singulière et à leur calendrier propre ; ainsi, la *Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées* de 2006, qui réaffirme que toute personne humaine dispose à égalité, et par essence, ou par définition, de la capacité juridique, répond peut-être à une évolution globale des mentalités, à une attention plus grande à la vulnérabilité et à la parole des victimes, à des techniques de pouvoir nouvelles, plus douces, davantage bienveillantes, inspirées notamment par le paternalisme moral anglo-saxon, je vais y revenir ; désormais, le handicap n'est plus perçu comme un manque de normalité, possible ou non à combler, mais comme une source de droits subjectifs permettant une revendication d'égalité universelle ; cependant, même si la Convention de 2006 a été ratifiée par la France en 2010, il n'empêche qu'elle vient contrecarrer de plein fouet une évolution propre au droit français sur la même question : comme le récapitule très bien Gilles Raoul-Cormeil, les lois du 3 janvier 1968 puis surtout du 5 mars 2007 ont contribué à dépasser la conception originelle du Code Civil, qui cherchait à prémunir la société contre les « furieux », les « déments » et les « imbéciles » ; c'est l'intérêt du majeur protégé que la loi a progressivement cherché à défendre, et non plus

le seul intérêt de la société ; l'instauration de mécanismes de protection juridique a visé non plus à opérer une pure et simple substitution de capacité, mais, dans l'intérêt du majeur protégé, à soutenir puis aider son autonomie. Dès lors, l'interprétation proposée en 2014 de la Convention de 2006 par le Comité des droits de l'ONU, qui défend une abolition de la tutelle et de la curatelle, s'avère en opposition frontale avec le développement conceptuel du droit français sur cette question : la capacité des majeurs protégés doit être conquise, et non déléguée ou assistée.

D'un point de vue philosophique maintenant, le débat met en conflit deux conceptions de la personne, et de son autonomie. Les rédacteurs de la Convention de 2006 identifient la personne à l'être humain, comme si les deux termes étaient synonymes, interchangeables ; ainsi tout être humain apparaît comme un sujet de droits, le sujet des mêmes droits subjectifs, quelle que soit sa couleur de peau, qu'il soit handicapé ou valide, homme, femme ou transgenre ; le travail est alors de déduire la liste de ces droits de la nature humaine ; cette première conception de la personne est donc jusnaturaliste : tout humain est par nature une personne, et toute personne dispose par définition de droits subjectifs, de capacités, bref, d'une autonomie – « l'autonomie » désignant l'ensemble des capacités politiques et pratiques dont chaque être humain dispose par définition, comme voter selon ce qu'il pense, s'exprimer comme il le veut, se déplacer où il veut, fonder une famille avec qui il veut ; notons que dans cette première conception de la personne, la question d'une incapacité quelconque des individus ne peut pas se poser, puisque par définition toute personne est capable, et tout individu est une personne ; le seul problème peut venir d'un exercice insuffisant des droits, que chaque État a dès lors le devoir de pallier. Une opposition possible à cette première conception consiste au contraire à partir d'une approche concrète de la capacité d'agir : la « capacité » est une potentialité d'action avant d'être un droit d'agir ; si une personne schizophrène, ou atteinte de la maladie d'Alzheimer, n'est plus en mesure de prendre une décision dans son intérêt, ou de voter pour un candidat, à quoi sert-il de lui accorder un droit naturel de décider ou de voter qu'elle ne peut rendre concrètement effectif, sauf à créer une fiction juridique inutile ? Pourquoi des droits si on ne peut les exercer ? En outre, peut-on traiter toutes les capacités de manière abstraite, sans prendre en compte l'hétérogénéité des incapacités concrètes : une personne très âgée et dépendante peut se trouver dans l'incapacité de se déplacer pour voter sans toutefois avoir renoncé à s'intéresser au débat public ; une personne schizophrène peut avoir du mal à prendre des décisions conformes à ses intérêts individuels tout en sachant très bien quelle est la personne qu'elle désire épouser. Il existe donc des incapacités dans différents domaines, et des degrés incommensurables d'incapacités dans chacun de ces domaines, qui peuvent toucher à un moment ou à un autre à peu près tout le monde et rendre nécessaire, pour préserver l'intérêt de chacun tout autant que l'intérêt collectif, des mesures de protection. Ainsi, on ne peut pas considérer sous une même étiquette toutes les personnes vulnérables, qui demandent donc une protection, mais il faut distinguer les cas très différents des personnes dans le grand âge, des personnes souffrant de troubles mentaux, des personnes handicapées voire des personnes peu informées, des personnes influençables, des personnes spendieuses, etc. De même, il convient de faire la distinction, comme cela a été proposé lors de la première séance de ce séminaire, entre les types de capacités et d'incapacités : les capacités d'autonomie fonctionnelle, d'autonomie morale et d'autonomie civile, mais aussi les capacités d'évaluation d'une situation, de décision, ou de

réalisation de la décision ; ce sont alors des critères, comme ceux proposés par Paul Appelbaum, qui doivent permettre d'établir si une personne possède ou non telle ou telle capacité, et de trancher, dans le cas où l'on cherche à protéger une personne contre sa propre décision, entre le risque de négligence envers elle au cas où on la laisse faire, et le risque d'atteinte à son autonomie au cas où on l'empêche. Disons pour résumer que selon cette seconde position théorique, avec toutes ses variantes, l'autonomie absolue des agents humains apparaît comme un mythe, tout autant que le droit inaliénable des personnes humaines à l'autonomie ; un agent humain, dans chacune de ses actions, est au fond à chaque fois frappé d'un degré d'incapacité plus ou moins grand qui limite son champ d'action et son autorité sur son action.

Comment trancher un tel débat à partir de considérations philosophiques ? Je formulerai ici deux remarques liminaires. La première remarque est une réserve, une inquiétude : à quoi peut bien servir ici une analyse philosophique, une analyse conceptuelle ? Il faut d'emblée admettre que la philosophie se trouve ici ancillaire du droit, puisque l'horizon du débat est une question pratique qui doit être tranchée au prisme du droit. Mieux, si l'analyse conceptuelle, à la mode de la philosophie, peut prétendre relever une contradiction logique dans une idéologie ou dans une position théorique, par exemple à propos du concept de « personne », en quoi la mise au jour théorique d'une contradiction logique pourrait avoir une quelconque validité pour les partisans des idéologies convaincus de leur bon droit, pour le législateur qui cherche à déterminer ce qui est bon et ce qu'il faut faire à l'avenir, pour les curateurs, tuteurs, juges, soignants, auxiliaires de vie surtout, qui mettent pratiquement en œuvre la protection des majeurs ? L'éclaircissement conceptuel que j'esquisse ici à propos de la notion de « personne » peut peut-être devant vous ouvrir de nouvelles perspectives pour notre débat, mais en aucun cas le trancher, encore moins prétendre le trancher en pratique. La deuxième remarque liminaire, après cette réserve, tient en un constat : quelle que soit la solution choisie à l'intérieur du débat sur le statut actuel des majeurs protégés, il faut souligner je crois, et c'est heureux, une forme d'accord, d'unanimité au sein de la controverse. Le cadre de la discussion est humaniste, au sens où la finalité sincère de toutes les options présentes est de valoriser et de protéger des êtres humains fragilisés. Ainsi, nous ne sommes pas en présence d'une dispute qui opposerait des options vertueuses – considérer l'intérêt des personnes vulnérables – à des options criminelles prônant l'eugénisme, l'euthanasie ou l'enfermement des personnes handicapées, comme cela a pu malheureusement être le cas dans la première moitié du XX^e siècle, et nous ne nous trouvons donc pas dans la nécessité morale de défendre et faire triompher un idéal humaniste contre une idéologie criminelle. Dans notre débat, nous savons tous où est moralement le bien et toutes les options pourraient être qualifiées en un sens de « kantienne » : qu'elles prônent ou non l'abolition de la tutelle et de la curatelle, elles cherchent en effet toutes à prendre soin des personnes vulnérables et à défendre leurs intérêts, c'est-à-dire à respecter ces personnes comme des fins et non à les prendre pour des moyens, selon l'impératif catégorique ; ce qui s'explique par le simple fait que toutes les options du débat s'accordent pour reconnaître une valeur de personne à tous les êtres humains sans exception. La différence entre elles tient alors seulement à ce qu'elles placent sous le concept de « personne » et aux capacités qu'elles y rattachent.

2) Si l'on en reste à une simple analyse logique, la formule de l'article 12 de la Convention de 2006 paraît bien contenir une pétition de principe : « *la capacité juridique est un attribut universel inhérent à la personne humaine* » ; autant dire que tous les hommes ont la capacité juridique parce qu'ils sont des personnes, et d'autre part que le terme « personne » n'est qu'un synonyme du terme « humain ». Pourtant, le concept d'« être humain » a une valeur d'abord biologique, même si nous nous considérons surtout comme des êtres de culture, qui avons recouvert notre nature première d'une « seconde nature » comme le dit Pascal à propos de l'imagination, faculté fondatrice des valeurs culturelles et sociales, qui font de nous des êtres culturels et des êtres sociaux ; un « homme » est ainsi un individu membre d'une espèce biologique, et peut-être aussi, de manière seconde, membre d'une communauté des hommes, l'humanité. Faudrait-il dire que le concept de « personne » a la même valeur biologique, ontologique, que celui d'« individu humain », si bien qu'il pourrait être substitué à ce dernier ? Dans un article paru dans la revue *Klésis* en 2018, qui s'intitule « La constitution pénale de la personne » – c'est grâce à cette publication que j'ai l'honneur de parler devant vous aujourd'hui – je me demande précisément ce qui fait la différence entre la personne et l'individu ; non pas pour poser des questions oiseuses de définition et de synonymie, mais plutôt avec l'idée préalable, premièrement, que l'individualité et la personnalité réfèrent à deux propriétés différentes de l'être humain dont l'une – l'individualité – est interne à l'être humain et se constitue tout au long de son existence tandis que l'autre – la personnalité – est attribuée à l'être humain de l'extérieur et vient contribuer à sa constitution, deuxièmement, que par conséquent la personnalité est un attribut social, dont la réalité est sociale, et dont l'attribution dépend de nécessités sociales, et troisièmement que l'usage juridique du concept de personne est paradigmatique pour comprendre ce qu'est la personne en général tout autant que l'usage pénal du concept de personne est paradigmatique pour comprendre l'usage juridique de ce concept. Ces idées préalables, que j'ai cherché à démontrer ou du moins à étayer dans mon article, ne sont que des esquisses : elles sont amenées à évoluer, d'une part en les réexaminant au cours du temps, sous l'effet d'un recul critique, d'autre part en les confrontant à notre problème singulier du statut juridique des personnes vulnérables. Je souhaite donc les préciser quelque peu devant vous, avant de voir en quoi elles peuvent apporter quelque chose à notre affaire.

Si je devais reformuler la thèse que je juge centrale, ou fondamentale dans mon article, je l'exprimerais ainsi : la personne juridique est une fiction, sans être pour autant un mythe. La personne juridique est une fiction, parce que l'on peut constater historiquement qu'il y a une invention, à un moment de l'histoire du droit, avec le droit romain, du concept de « personne ». Ne nous méprenons pas sur une telle invention, que nous considérons comme fondatrice pour le droit contemporain : dans la société romaine, comme le note Yan Thomas, la notion de « personne » n'a pas encore le sens « d'agent universel » qu'elle recouvre aujourd'hui, dans la mesure où les sociétés antiques ne connaissaient que des relations circonscrites, particulières. Pour autant, l'idée qu'il y a eu une « invention de la personne » nous montre bien que ce concept, qui dénote pour nous l'universalité, est relatif à une tradition juridique singulière. Des sociétés très anciennes, comme les sociétés de la Grèce archaïque étudiées par Marcel Détiéne, ne contiennent que des ébauches de ce que nous entendons par « personne » ; des sociétés contemporaines non-occidentales, par exemple certaines ethnies d'Afrique de l'Ouest étudiées par Françoise Héritier, donnent un contenu

très différent à ce qui correspond chez elles à ce que nous nommons « personnalité ». De nombreuses sociétés humaines peuvent donc se construire sans avoir recours au concept juridique de « personne », c'est-à-dire en désignant autrement les sujets de droit et en imputant autrement les actions. S'il n'y a pas besoin du concept de personne pour désigner les individus et en faire des sujets de droit, c'est non seulement que ce concept est contingent, mais qu'il est une fiction juridique : dans toutes les sociétés humaines, les êtres humains sont reconnus comme des individus – on les voit naître, vivre et mourir ; en revanche, dans certaines sociétés héritières de la tradition juridique romaine, les individus sont en outre reconnus, subjectivement, comme des personnes juridiques.

Pour autant, nous ne devons pas en rester à un tel relativisme, dans la mesure où notre réflexion ne vise pas seulement à comparer les systèmes juridiques mais où elle a pour finalité de répondre aux enjeux d'un débat pratique et donc de se prononcer normativement sur la meilleure manière, sociale et individuelle, de qualifier et de considérer les personnes vulnérables. Nous devons alors faire l'hypothèse que le concept de personne est un outil adéquat, une fiction utile, pour considérer à égalité l'ensemble des êtres humains, quelles que soient leurs caractéristiques, comme des individus qui peuvent revendiquer d'être traités comme des fins et non comme des moyens ; en appliquant de manière universelle le concept de « personne », nous faisons de tous les êtres humains des sujets de droit. Notons que la nécessité d'une universalisation de l'attribution de la personnalité à tous les êtres humains, quels qu'ils soient, justifie le geste de la Convention de 2006, tout comme son interprétation en 2014 : si le bon traitement des êtres humains, respectueux de leur dignité, passe par l'élargissement progressif de la reconnaissance des droits, sans exclure ceux dont la religion n'est pas dominante ou dont la couleur de peau est noire, sans exclure les femmes ou les minorités sexuelles, alors il est compréhensible que cet élargissement doive être porté à son maximum, en traquant les catégories d'individus qui pourraient en demeurer exclus, et en cherchant positivement à les faire bénéficier de tous leurs droits. La relativisation historique, que je viens de rappeler, n'implique pas pour autant une relativisation des valeurs.

En outre, même contre cette relativisation historique, une double objection peut être précisément portée. La première objection est que la reconstitution de l'invention de la personne qu'elle propose est incomplète : si la notion de personne trouve son origine dans le droit romain, elle est ensuite transfigurée et complétée par le christianisme, d'une part à travers les querelles théologiques sur la personnalité des trois instances divines, d'autre part au gré du développement des pratiques typiquement chrétiennes de « subjectivation », pour reprendre le terme de Michel Foucault : ces pratiques conduisent le croyant, par l'aveu, par la confession, par la pénitence, à s'approprier ses actions, à s'imputer ses fautes et à développer sa conscience morale. Sous l'influence historique de la pensée chrétienne, greffée sur les catégories du droit romain, nous estimons que sont des personnes tous les êtres qui sont dotés de la capacité naturelle de penser à soi, bref, qui témoignent, comme nous, d'une conscience de soi, qui affirment un « moi », qui sont à la recherche d'eux-mêmes ; Locke, dans sa théorie de l'identité personnelle, inscrit en philosophie cette nouvelle conception de la personne : *« puisque la conscience accompagne toujours la pensée, et que c'est là ce qui fait que chacun est ce qu'il nomme soi-même, et par où il se distingue de toute autre chose pensante : c'est aussi en cela seul que consiste l'identité personnelle, ou ce qui fait qu'un être raisonnable est toujours le même »*. Pour nous qui associons cette tradition philosophique aux résultats de la

science moderne, tous les hommes sont des personnes, parce qu'ils ont le même cerveau que nous, et que le cerveau humain a la capacité de produire la conscience telle que nous la connaissons. Nous le voyons dans la citation que je viens de faire de Locke : la conscience typiquement humaine, qui fait la personne, c'est celle qui est à la fois réflexive et rationnelle. Dès lors, nous pouvons ajouter une deuxième objection contre l'idée que la personne est seulement une invention du droit romain en disant que le concept de personne tel que nous l'utilisons, ne désigne plus d'abord une fiction juridique, mais une réalité inscrite dans les individus humains : la capacité d'avoir conscience d'eux-mêmes, et de penser à eux-mêmes de manière rationnelle.

Le critère de la capacité humaine d'avoir conscience de soi est-il dès lors le bon critère pour nous révéler ce que sont réellement les personnes ? Il apparaît rapidement que non, et cela pour trois raisons. La première raison est qu'un tel critère, qui attribue la personnalité à tous les être dotés de conscience humaine, est arbitraire ; d'autres animaux semblent eux aussi dotés d'une forme de conscience relativement proche de la nôtre, c'est le cas, pour ceux d'entre vous qui ont suivi l'actualité médiatique, pour l'éléphant Happy, qui souffre de solitude, enfermé contre son gré dans le zoo du Bronx ; pour les activistes qui ont porté devant les tribunaux américains le cas de cet animal conscient de lui – c'est le premier éléphant à avoir passé avec succès le test décisif du miroir – l'*Habeas corpus* peut être invoqué dans ce cas, preuve qu'il s'agit d'un sujet de droit, d'une personne disposant, par sa capacité consciente, de droits subjectifs. Il est donc arbitraire et anthropocentré de réduire l'attribution de la personnalité aux seuls êtres humains, comme s'ils étaient les seuls à avoir une conscience et des intérêts : le philosophe Peter Singer défend la même idée dans son ouvrage militant contre le « spécisme » qu'est *La Libération animale* : beaucoup d'animaux, en tout cas de vertébrés, et tous les mammifères parmi eux, ressentent le plaisir et la douleur à peu près comme nous, et ont donc des intérêts individuels à chercher le plaisir et à fuir la douleur ; ne pas prendre en compte leurs intérêts sous le prétexte d'un critère totalement arbitraire, celui de la rationalité humaine, est un geste d'exclusion similaire à celui qui, sous le Commerce triangulaire, consistait à ne pas prendre en compte les intérêts des êtres humains réduits en esclavage sous le prétexte totalement arbitraire qu'ils avaient la peau noire ; comme si « avoir la peau noire » ou « avoir une rationalité humaine », critères qui n'ont rien à voir avec la sensibilité au plaisir et à la souffrance, pouvait justifier de restreindre la considération des droits aux seules personnes blanches, ou aujourd'hui aux seules personnes humaines. Deuxième raison qui rend le critère de la conscience non seulement arbitraire pour définir la personne, mais flou : l'idée de rationalité humaine elle-même n'est pas clairement définissable, sauf dans une perspective de pensée utilitariste selon laquelle un individu rationnel cherche toujours à défendre ses intérêts ; or beaucoup de nos actions apparaissent irrationnelles, nombre de nos choix ont une rationalité douteuse, par exemple lorsque nous sommes passionnés et prisonniers de notre passion, ou frivoles et inconséquents. Troisième raison enfin, le critère de la conscience paraît bien trop restrictif pour caractériser l'usage courant que nous faisons du concept de personne ; nous ne qualifions en effet pas seulement les être humains comme des personnes, puisqu'il y a des entités collectives qui se trouvent dotées en droit de personnalité, les personnes morales. Ce constat que des institutions, des groupes, des collectivités peuvent acquérir le statut de personnes, tout comme des individus, nous prouve d'une part que le concept juridique de personne est bien plus large, et surtout

élastique, que nous pourrions le penser si nous nous concentrons exclusivement sur les personnes humaines, et confirme d'autre part qu'il s'agit bien avec la personne d'une fiction, d'une invention conceptuelle : comme le montre Ernst Kantorowicz au début des *Deux Corps du roi*, en s'étonnant de l'usage dans le domaine anglo-saxon du terme « *incorporated* », il a fallu, pour que les collectivités soient considérées comme des personnes, qu'elles se trouvent dotées fictivement d'un corps ; et cette étrange fiction d'un corps collectif relève aussi d'une histoire, concomitante à celle de la personne, d'un transfert, au Moyen Âge, de la notion de *corpus mysticum*, depuis la théologie, pour laquelle elle désigne la société chrétienne dans son ensemble, jusqu'au droit, pour lequel elle va venir s'appliquer à toute corporation. Définitivement, le concept de personne ne relève pas d'une ontologie objective et descriptive, mais d'une ontologie sociale, d'où sa part de fiction.

Je ne crois ainsi pas qu'il soit sage de fonder notre définition du concept de personne, nécessaire pour comprendre le statut des « personnes vulnérables », sur le critère psychologique de la conscience, et il apparaît dès lors davantage fécond de revenir au concept juridique de personne issu du droit romain, donc de s'appuyer sur cette fiction juridique pour faire avancer la réflexion. Je l'ai dit, affirmer que la personne juridique est une fiction ne veut pas dire pour autant qu'elle soit un mythe. La fiction, en ce sens, est une création de l'esprit humain, une représentation imaginaire que l'esprit plaque sur le réel social ; le mythe est également une fiction, mais dont il faut dénoncer l'illusion, car le mythe nous leurre sur le réel social. Par exemple, les philosophes politiques peuvent débattre de la question de savoir si la fiction de la représentation politique n'est qu'un mythe ; assurément, il y a fiction dans ce cas, parce qu'il n'y a pas une transmission concrète, comme par télépathie, de la volonté générale à la volonté du législateur ; la volonté d'un parlementaire n'est pas piratée et dirigée par la somme des volontés individuelles de ses mandants ; mais si c'est bien le cas, faut-il dénoncer la fiction de la représentation politique comme une pure illusion, comme un mythe dangereux, qui prive les individus de toute activité politique en leur faisant croire qu'on agit en leur nom, ou bien faut-il accepter cette fiction comme heuristique, comme souhaitable, comme performative, parce qu'elle est productrice d'un effet de réel en conduisant les représentants à légiférer dans l'intérêt de leurs mandants ? Ainsi, Catherine Colliot-Thélène, dans son ouvrage *La Démocratie sans « demos »*, juge que chez Rousseau, la volonté générale est une fiction assumée, puisqu'au fond Rousseau est plutôt partisan d'une aristocratie élective dans laquelle des magistrats éclairés gouvernent dans l'intérêt de la multitude aveugle, ce qui suffit pour dire que le gouvernement se fait « au nom du peuple ». Je développe à dessein cet exemple de la représentation politique, même s'il nous éloigne apparemment de notre sujet, parce qu'il me semble assez proche de ce que nous pouvons entendre dans le domaine civil sous les termes de « curatelle » ou de « tutelle », c'est-à-dire une substitution de volonté dans l'intérêt du mandant ; dans les deux cas la fiction nous fait croire que cette substitution est en réalité une « représentation », c'est-à-dire une transmission ; si cette fiction est utile, alors l'intérêt du mandant se trouve protégé, et il s'agit d'une fiction louable ; si au contraire elle n'est qu'un mythe, alors la volonté du mandant est niée, son intérêt est bafoué, malgré l'illusion du contraire.

Lorsque j'affirme que le concept de personne est fictif mais n'est pas pour autant mythique, je veux dire qu'il est une invention de l'esprit humain tout en étant porteur d'effets de réalité, qui sont en sus bénéfiques. L'attribution de la personnalité, dans une société, est

performative, elle a des effets réalisateurs, elle modifie concrètement l'existence des individus, qui sont désormais tenus pour responsables de leurs actes, de leurs décisions, des contrats qu'ils forment, qui doivent en répondre, se justifier, en assumer les conséquences, et ainsi intégrer tous ces éléments à leur existence individuelle. Je dirais même que si l'individualité des individus se construit tout au long de leur existence par un processus continu d'individuation, les éléments de personnalité que les individus acquièrent forment une large part de cette individuation ; après tout, il n'est pas rien pour un être humain d'appartenir à sa société, d'être ou non un sujet de droit, une personne. Jean-Pierre Baud montre, dans son livre *L'Affaire de la main volée*, que le mouvement de personnification des individus dans le droit civil romain a commencé par un dédoublement de la tête – *caput* : il y avait originellement la tête de l'individu, recouverte ensuite de la tête fictive de la personne, correspondant au triple statut d'homme libre, de citoyen et de chef de famille. Pour autant, il est sans doute tout aussi tragique pour l'homme romain de perdre sa tête fictive et de perdre sa tête concrète ; il est également dramatique que les femmes aient été si longtemps maintenues en état de minorité. En ce sens, on pourrait dire que la personne, toute fictive qu'elle soit, « s'accroche à l'individu », dans la mesure où elle s'individualise comme l'individu, et en même temps elle contribue à réaliser l'individu et à se concrétiser par là-même.

J'en viens maintenant à une deuxième thèse, soutenue dans mon article, et que je qualifierais de méthodologique : c'est l'idée que la pénalité est paradigmatique pour comprendre l'articulation entre la personne et l'individu, ou plutôt la concrétisation de la personne en individu. Je viens en effet de dire que la personne « s'accroche » à l'individu : mais par quel principe ? Il me semble que c'est dans le droit pénal que ce mouvement de concrétisation de la personne se perçoit le mieux : en droit pénal en effet, c'est la personnalité, cette fiction juridique abstraite, qui permet l'imputation, l'attribution de responsabilité ; d'un autre côté, c'est l'individu concret, et même c'est le corps individuel, qui subit la sanction, qui subit la peine : purger sa peine, c'est en effet souffrir physiquement. Pour reprendre l'exemple de Jean-Pierre Baud, il faut posséder une « tête » personnelle pour être pleinement tenu responsable de ses actes et être traduit devant les tribunaux, les esclaves par exemple ne sont jamais jugés publiquement ; en revanche, en cas de crime capital, c'est bien la tête concrète qui risque d'être coupée, même si, à Rome beaucoup préféreraient perdre leur tête en s'exilant. Comment s'articulent alors ces deux dimensions, abstraite et concrète ?

J'étudie dans mon article deux réponses possibles explorées par la philosophie du droit : la première, celle de Raymond Saleilles dans son livre classique *L'Individualisation de la peine*, se construit, comme le titre l'indique, autour du concept d'individualisation ; la seconde, celle de Michel Foucault, notamment dans *Surveiller et punir*, développe un autre concept, celui de « normalisation ». Je dis quelques mots rapides de ce que chacune de ces deux solutions peut apporter à l'élaboration du concept de personne. L'analyse par Saleilles de l'individualisation de la peine met à mon avis en lumière deux éléments intéressants pour nous. D'abord, le travail d'individualisation n'est mené qu'à condition que la peine soit déterminée en fonction de l'agent ; dans les systèmes juridiques qui développent des peines fixes, qui ne prennent pas en compte la personnalité de celui qui a commis le délit ou le crime, il n'y a pas encore d'individualisation ; l'individualisation telle qu'elle est pensée par Saleilles est tout à la fois « qualitative » et « quantitative » : elle est « qualitative » dans la mesure où la nature de la personne condamnée entre en compte, on va pouvoir par exemple lui accorder des

circonstances atténuantes, des remises de peine, en fonction de ce que sa personnalité nous montre ; mais l'individualisation est également quantitative dans la mesure où l'attribution d'une peine nécessite un entre-deux ; pour qu'une action puisse apparaître délictuelle ou criminelle, il faut qu'elle s'écarte suffisamment de la norme, car les petits écarts ne sont pas condamnés, mais si elle s'en écarte trop – une action parfaitement monstrueuse ou grotesque – alors on considérera qu'il ne peut même plus y avoir de peine, tant la normalité de l'agent se trouve remise en question, ce sont les cas de non-lieu pour irresponsabilité pénale. Autre élément intéressant chez Saleilles, son projet, en 1898, est de trancher entre l'hypothèse de l'école italienne de criminologie, à la mode à son époque, selon laquelle la peine est seulement protectrice pour la société, sans s'embarrasser de la responsabilité réelle des agents, et l'idée classique chrétienne d'une responsabilité personnelle fondée sur l'idée d'un libre-arbitre, qui rend la peine correctrice, avec l'espoir que l'individu puisse s'amender par un travail intérieur ; la formule des Évangiles, « *tout bon arbre produit de bons fruits, mais le mauvais arbre produit de mauvais fruits* », est pour Saleilles caractéristique de cette idéologie qui attribue à la personne le libre-arbitre et considère que l'acte révèle la personne, ressemble à la personne ; sans renoncer totalement à l'idée de responsabilité, Saleilles estime que la notion de « libre-arbitre » est un mythe intenable, qui conçoit l'action humaine par analogie avec la liberté créatrice de Dieu ; au contraire, l'action humaine étant toujours limitée, l'homme n'est jamais l'auteur complet de son action, sa capacité d'agir est partielle. L'examen des textes de Michel Foucault qui tournent autour de la notion de « normalisation » permet d'ouvrir à nouveau, quoique de manière bien différente, les deux pistes intéressantes que nous venons de voir avec Saleilles : d'une part, le travail social qu'est la personnification s'effectue toujours dans un entre-deux – ce sont les individus qui sont susceptibles d'être sensibles à la normalité que le travail de normalisation cherche à atteindre, de manière très large d'ailleurs, non seulement dans la pénalité, mais plus largement dans la discipline ; le processus social de personnification est donc très largement exclu, pour les aliénés, pour les marginaux, pour les incapables, etc. ; en outre, Foucault montre bien, dans ses cours sur les Anormaux par exemple, comment la qualification sociale part des actes pour en inférer la nature de l'agent : « l'auteur du crime est un criminel », « cet acte est monstrueux et pervers, donc son auteur est un monstre pervers » ; l'action ressemblant à son auteur, elle en dévoile donc la nature aux yeux de la société.

La référence aux travaux de Michel Foucault, et en premier lieu à ses recherches sur la discipline confirme la thèse méthodologique selon laquelle la personnalité pénale est comme le paradigme de la personne juridique en général – on pourrait aller jusqu'à penser que le travail disciplinaire est tellement large qu'il représente quasiment l'unique manière que la société a d'agir sur les individus pour les transformer, et donc pour les personifier ; tout rapport de la société aux individus est en un sens disciplinaire, et donc au fond pénal ; dans les sociétés modernes occidentales, ce travail social s'appuie sur un outil conceptuel contingent et hérité du droit romain, la personnalité. Cette thèse pourrait être confirmée par d'autres auteurs, entre autres par Kelsen lorsqu'au début de la *Théorie pure du droit*, il considère, dans l'abstrait, que toute norme implique nécessairement sanction : si un comportement est universellement suivi, il n'y a pas besoin de norme, il faut donc qu'il y ait un non-respect effectif de la règle pour que la norme ait un sens ; mais si ce non-respect n'est pas sanctionné, la norme n'est pas efficace puisque son sens est de réguler le comportement ; c'est par

conséquent la sanction, la pénalité, qui fait la norme. La société vient limiter l'individu, le définir par la pression de la sanction, et nos sociétés le font par le biais du concept de personne.

Mais n'y a-t-il pas ici une illusion, au degré social, sur l'action effective de la société sur les individus ? Si le concept de personne est complètement social, s'il répond à un mécanisme social simple d'imputation d'actions aux individus pour mieux les corriger, les sanctionner, les discipliner, mais si l'imputation vise aussi des personnes abstraites qui ne parviennent pas à s'accrocher aux individus, et si les actions qui provoquent des sanctions ne ressemblent pas aux individus qui en sont les auteurs, contrairement à ce que suppose la théorie de l'individualisation de la peine, alors le travail social de personnification n'est-il pas un échec ? L'articulation des personnes aux individus ne se fait-elle pas au petit bonheur la chance ? On trouve chez Durkheim, notamment dans *De la division du travail social*, puis chez son disciple Paul Fauconnet, dans son livre sur la responsabilité, la thèse radicale que la responsabilité, et donc la pénalité, répondent à une exigence uniquement sociale, à un besoin social de sanctionner des actes en général, quelle que soit la nature de ces actes ; pour se fortifier et garder sa cohésion, la société entière doit s'indigner des mêmes actes, quelle que soit leur nature ; et cette réaction sociale salutaire d'indignation appelle l'imputation et la sanction, et finit par frapper des individus. Mais, comme le dit Fauconnet, « aucune propriété particulière n'est universellement requise dans un être pour qu'il puisse éventuellement jouer le rôle de patient, pour qu'il soit, le cas échéant, jugé et traité comme un sujet responsable » ; autrement dit, en fonction de la logique propre d'une société, n'importe quel individu peut être frappé par une sanction, et l'élaboration sociale des personnes est suffisamment vide et abstraite pour que n'importe quel individu, en fonction de besoins sociaux contingents, puisse venir s'y loger ; dès lors, si la personnalité est si mal accrochée à l'individualité, l'individu joue de son côté un rôle complètement passif dans l'imputation : la responsabilité et la peine lui tombent dessus sans qu'il n'y puisse rien, la logique sociale impose que quelqu'un soit visé ; la société s'intéresse donc aux actes, mais pas du tout à la correspondance réelle des actes à leurs auteurs. Pour le dire tout net, dans cette perspective, il n'y a pas de vérité de l'imputation, même s'il y a une efficacité de l'imputation dans la mesure où l'individu s'en trouve définitivement marqué.

L'approche durkheimienne de la pénalité assume ainsi le fait que les mécanismes sociaux sont peut-être incapables de toute individualisation juste, mais que ce n'est pas ce qui importe au fond, l'enjeu premier étant celui de la cohésion sociale. On trouve une idée en partie analogue dans les critiques que David Noguéro réserve à l'inflation des droits subjectifs des personnes, critiques qui ont déjà été citées dans ce séminaire ; le droit a d'abord une utilité sociale, celle de régir les rapports entre les individus pour parvenir à l'établissement de la société la plus harmonieuse et cohérente possible. À ce titre, le droit objectif, celui qui oblige les individus, prime sur la reconnaissance des droits subjectifs des personnes, qui oblige la société ; si le droit moderne forge des personnes, c'est pour en faire des entités sociales acceptables et non des entités individuelles rétives dont les intérêts primeraient sur l'intérêt social ; évidemment, il ne s'agit pas de dire qu'une société gagnerait à punir n'importe qui, sans établir un quelconque lien entre une action et son auteur, pas davantage d'affirmer qu'il est bon pour une société de sacrifier des individus pour le bien commun au mépris de toute règle de justice et d'égalité. Examinons un exemple précis, étudié par Gilles Raoul-Cormeil

dans son article sur la loi du 5 mars 2007 : au sujet du droit électoral des majeurs protégés, cette loi renverse la pratique antérieure en faisant de la radiation des listes électorales en cas de jugement de tutelle, non plus la norme, mais l'exception, décidée par un juge ; sauf que cette exception devient rapidement norme puisque les juges des tutelles font radier 275000 personnes des listes électorales en deux années. Qu'est-ce à dire ? Que la pratique judiciaire n'est pas respectueuse de la situation nouvelle et qu'elle bafoue massivement les libertés individuelles ? D'un autre côté, un magistrat qui préfère prononcer des incapacités de voter n'a-t-il pas une haute idée du suffrage universel, le sentiment que la procédure du vote favorise l'intérêt commun, et que l'extrême majorité des citoyens est capable d'exprimer rationnellement ses choix ? Contre cette certitude que le vote est un bienfait commun, la privation de droits dont souffre quelques individus ne pèse pas lourd. S'insurger à l'inverse de l'incapacité dont sont affligés de nombreux individus en dépit de leurs droits, n'est-ce pas au fond dévaloriser le bien commun, considérer que dans une élection le grand nombre vote à peu près n'importe comment, selon des motifs multiples, hétérogènes et irrationnels, et que l'égalité pousse à s'insurger contre les différences de traitement réservés aux individus ? Récapitulons : si le concept de personne est par définition une fiction sociale nécessaire à la cohésion de la société toute entière, car c'est par l'imputation et la sanction que les individus sont de manière primordiale touchés et modifiés par la société, alors il faut en conclure que la personnification touche mal les individus : elle les touche mal parce que certains se trouvent exclus du travail de personnification, c'est le cas des anormaux ; elle les touche mal parce qu'elle ne repose pas sur l'adéquation des actes et de leur auteur, si bien que les individus peuvent être punis pour un acte qui ne leur ressemble pas, ou dont ils sont les agents, mais pas vraiment les auteurs ; elle les touche mal enfin parce qu'elle ne rend pas justice, en tant que mécanisme social, aux droits des individus.

3) J'aimerais, pour terminer et en quelque sorte conclure le propos, en atténuer le résultat. La considération du cas particulier des personnes vulnérables me conduit en effet à revoir partiellement les deux thèses que j'ai rappelées, la première affirmant que la personne est une fiction mais n'est pas un mythe, la seconde soutenant que la personne pénale est un paradigme pour la personne juridique. Nous sommes en effet, en suivant l'approche radicale qu'a Durkheim de la pénalité et de l'imputation, parvenus à une limite de la définition de la personne. Il serait faux de soutenir jusqu'au bout que la personne est un sujet entièrement passif auquel la société attribue de l'extérieur des droits, des devoirs, des responsabilités, des délits ; l'individu humain étant d'abord un agent, un participant aux affaires humaines, il faut bien que le concept de « personne », s'il tend au minimum à lui correspondre, rende compte aussi de cette nature active de l'être humain. Bergson dans *Les Deux sources de la morale et de la religion* prend l'exemple de l'enfant qui tape la table contre laquelle il s'est cogné, en interprétant ce geste enfantin comme une imputation personnifiante naïve ; ce qui nous paraît enfantin ici, c'est que la table évidemment n'agit pas et ne réagit pas davantage lorsqu'on la punit ; la personnification ne peut pas aller jusqu'au bout, parce que la table n'est pas dotée d'une individualité lui permettant d'être un agent. D'où l'idée qu'une personne n'est pas un être juridiquement passif, mais un être capable d'une certaine activité sociale. On retrouve donc ici l'affirmation que la capacité d'agir est inhérente aux personnes humaines ; le cas limite est celui des enfants morts-nés pour lesquels depuis 1993 on rédige un « acte d'enfant

sans vie » qui ne confère pas la personnalité juridique puisque ces êtres sont d'emblée complètement incapables. De leur incapacité à toute action on conclut très justement à une incapacité en droit. La personne est ainsi une fiction juridique ambivalente puisqu'elle implique à la fois une passivité, permettant l'imputation et la sanction, et des capacités permettant à l'individu d'agir en société et donc d'être créateur de droit, par exemple en contractant, au titre de sa personnalité.

Dès lors, il me faut aussi nuancer l'autre thèse, celle qui affirme que la personne est une fiction juridique s'ajoutant au réel objectif, et non une réalité objective, ou la description de cette réalité. Un degré du réel en effet est social, comme un autre est biologique ou physique, et la réalité sociale obéit tout comme les autres à des nécessités concrètes ; il existe des prérequis pour que les affaires humaines aient un sens, puissent avoir lieu et pour que les sociétés humaines soient possibles. On pourrait évidemment mentionner la communication, la confiance dans le langage, l'usage de la technique ou de la division du travail, mais, pour ce qui nous intéresse, je m'arrêterai sur la nécessité sociale qui justifie le plus de reconnaître en droit des personnes, c'est la nécessité, pour que les affaires humaines puissent même avoir un sens, qu'elles aient lieu entre des sujets bien identifiés. Dans les *Embarras de l'identité*, Vincent Descombes fait référence à des jeux sophistiqués proposés par le poète grec Épicharme : si tout change tout le temps, rien n'est jamais même que soi-même ; ainsi, Callias croise malencontreusement Critobule au marché, alors même qu'il lui a emprunté de la monnaie la semaine dernière et qu'il s'est engagé à le rembourser aujourd'hui ; mais Callias a la parade, il lui suffit de dire qu'il a changé, qu'il n'est plus le même homme, que Critobule également n'est plus le même homme, pour affirmer que ce n'est pas lui qui a emprunté l'argent et qu'il n'a par conséquent aucune dette envers celui qui n'est plus Critobule ; par ce jeu sophistique qui interdit l'identité, c'est l'ensemble de nos pratiques sociales, et particulièrement tout le droit des obligations, qui se trouvent remises en cause. Si l'on ne peut identifier des sujets, qui en droit seront des personnes, alors aucune affaire humaine n'est possible (la mauvaise foi de Callias vient ici de ce qu'il a pourtant emprunté de l'argent la semaine dernière, et qu'il a promis de rembourser sa dette) L'identité se trouve bien à la source de l'imputation et de la personnalité.

Si l'on veut finalement tenter d'esquisser une réponse au problème aigu posé par ce séminaire, à partir des éléments d'analyse que j'ai tenté d'apporter au sujet du concept de personne, il apparaît que toute la question est de mettre au jour un critère de détermination de ce qu'est la personnalité, qui à la fois réponde à un besoin social – il faut bien que les affaires humaines soient possibles – et à la fois inscrive dans le réel individuel les capacités juridiques d'agir, pour que les conditions d'attribution de la personnalité ne demeurent pas de pures abstractions sociales. Or nous avons vu qu'un tel critère de détermination ne peut être offert par une théorie de la conscience, puisque le critère de la conscience est flou et arbitraire pour justifier l'attribution de la personnalité. En revanche, il me semble qu'on peut le trouver dans une théorie de l'action, puisque le concept de personne sert avant tout à l'identification des agents et à l'imputation des actions. Être une personne dans les affaires humaines signifie ainsi trois choses fondamentales : être doté d'une identité qui permette de pointer un sujet d'imputation, être un agent, c'est-à-dire pouvoir être reconnu comme l'auteur d'une action, et enfin pouvoir assumer l'imputation, être effectivement responsable, ce qui passe par un travail d'acceptation de la responsabilité, d'appropriation de l'action dont on est tenu l'auteur. Une

des causes du débat sur le statut des personnes vulnérables tient manifestement à une ambiguïté autour du concept de « capacité », pris ou bien au sens de potentialité, ou bien au sens de droit subjectif. Or il semble que cette ambiguïté ne puisse être levée, ou du moins éclairée, que par une compréhension claire de ce que c'est que d'être un agent dans une action : toute action n'a pas forcément d'auteur souverain, au sens où elle serait un processus qui aurait une cause unique et bien déterminée, qui plus est une cause parfaitement intentionnelle ; au contraire une action est toujours un processus qui mêle des agents plus ou moins impliqués et des patients. Ajoutons que le débat ne pourra être tranché qu'à condition de prendre en compte une exigence supplémentaire qui unit *a priori* tous les participants au débat, celle d'être animé par le souci éthique de garantir le bien être tout autant des personnes vulnérables individuellement que de la société dans son ensemble. Je mentionne pour finir trois questions qui pourront, au sein d'une théorie de l'action, s'avérer cruciales pour faire avancer la réflexion.

La première est celle de l'identité de l'agent. Non pas tant de l'identité à travers le temps, puisque nous avons vu avec Vincent Descombes que son refus rend impossible les affaires humaines. Dans un autre de ses ouvrages, *Le Complément de sujet*, qui est une longue enquête sur ce que c'est que d'être un sujet, notamment un sujet de droit, Descombes s'intéresse à la grammaire de l'action, à la manière que nous avons de décrire les actions. Dans les premiers chapitres du livre, Descombes fait référence au grammairien Pierre Fontanier, spécialiste des figures de style ; parmi ces figures de style, il y a ce que Fontanier nomme la « personnification », c'est-à-dire le fait de faire d'une chose inanimée le sujet d'une action, par exemple lorsqu'on dit que « Sparte a vaincu Athènes » ou que « Le coronavirus déclare la guerre à la mondialisation » ; à cette figure très répandue, Fontanier en adjoint une autre, qu'il nomme la « subjectification », lorsque le sujet de l'action n'est pas l'auteur de l'action, mais son instrument ou sa partie, comme quand on dit : « Mon bras a repoussé l'ennemi ». Ces deux figures de styles sont de l'ordre de la métaphore, c'est-à-dire qu'elles ne décrivent pas le réel tel qu'il est, mais de manière détournée. Sauf que Descombes se demande si toute phrase d'action ne repose pas au fond sur une métaphore. Pensons à la célèbre phrase de *La Guerre des Gaules*, « César a construit un pont » ; mais l'a-t-il construit tout seul, de ses mains ? Évidemment non, il en a ordonné la construction, César n'est que l'acteur premier de l'action, en aucun cas l'unique auteur, nous sommes ici face à une subjectification, qui simplifie la complexité d'un processus multiple en une action simple. Pensons à un autre exemple, si je dis « J'ai écrit un livre avec mes meilleures idées », il s'agit là encore d'une subjectification puisque je n'ai pas écrit mon livre seul, il a fallu un éditeur, un imprimeur, et je l'ai écrit non pas avec mes seules idées mais avec toutes les idées de mon temps, partagées aussi par d'autres ; mais il s'agit également d'une personnification, car il serait peut-être tout aussi juste de dire que c'est ma main qui a écrit, ou mon cerveau qui a réfléchi. L'idée de Descombes, c'est que la seule description réellement non métaphorique de l'action, c'est une description impersonnelle : « Un livre a été écrit », « un pont a été construit » ; dès que la description d'une action pose une personne agente, alors c'est une métaphore, une simplification.

Une deuxième question doit être examinée, puisque la catégorie de l'agent se trouve remise en cause : puis-je être encore un agent, si l'on agit à ma place, si l'on me représente ? Et la substitution de volonté n'est-elle à son tour qu'une métaphore, comme si le tuteur, en

agissant de manière autonome à la place de la personne protégée, garantissait en quelque sorte l'autonomie de cette dernière. Mon hypothèse est que l'essor de l'idée abolitionniste en ce qui concerne les mécanismes de protection a un lien avec le paternalisme moral et certaines de ses techniques de contrainte, comme les *nudges* : lorsque des flèches et toute une signalétique omniprésente m'invite fortement à emprunter le chemin que suit la foule dans un aéroport, mon autonomie est apparemment préservée, puisque rien ne m'empêche de partir à contre-courant, du moins je ne suis menacé d'aucune sanction, sauf le regard réprobateur des autres voyageurs. Nous avons dans ce cas une contrainte réelle, peut-être tout aussi efficace que l'obligation assortie de sanction, mais une contrainte que l'individu ne remarque pas, et qui préserve son idée qu'il est autonome. Cependant, s'il s'agit là encore d'une métaphore, cette contrainte bienveillante, ou cette limitation douce et masquée de la capacité n'est pas essentiellement différente de la délégation pure et simple de volonté : à quoi bon proclamer, comme le fait le Défenseur des droits en 2016, que « *l'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique doit respecter les droits, la volonté et les préférences des personnes handicapées et ne devrait jamais équivaloir à une prise de décisions substitutive* », si cet accompagnement équivaut nécessairement à une réduction douce de l'autonomie, même invisible pour la personne ?

Dernière question à poser, celle du rapport de la personne avec l'action qu'on lui impute ou dont elle se reconnaît l'agent. Paul Ricoeur, par sa thèse de l'identité narrative, considère qu'une personne se construit par le récit qu'elle tient sur elle, par les événements et les actions qu'elle s'approprie pour constituer son histoire, et se constituer ainsi elle-même. Au-delà de toutes les métaphores et les personnifications permettant de décrire les actions humaines, l'essentiel n'est-il pas la possibilité, pour les personnes humaines, de se donner une histoire ?