



HAL
open science

Un nain volant et sa dignité

Jeanne Favret-Saada

► **To cite this version:**

Jeanne Favret-Saada. Un nain volant et sa dignité. *Penser/rêver*, 2009, 13, pp.29-41. halshs-01188426

HAL Id: halshs-01188426

<https://shs.hal.science/halshs-01188426v1>

Submitted on 9 Sep 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Un nain volant et sa dignité

par Jeanne Favret-Saada

Au début des années 1990, au moment où la notion d'indignité civique, héritée de la Révolution et réactualisée à la Libération, quittait sans bruit la législation française, celle de dignité de la personne humaine y faisait une entrée en fanfare. A l'époque, comme beaucoup de lecteurs (pourtant assidus) de la presse quotidienne, je n'ai pas vu venir le mauvais tour par lequel un concept a priori estimable puisqu'il entendait se mettre au service des plus faibles, devenait en deux ans un leitmotiv du discours réactionnaire. Plusieurs années après, alors qu'on nous prépare de nouvelles lois de bioéthique qui ne manqueront pas de se référer à la dignité de la personne humaine, j'ai tenté de reconstituer les premiers mois de cette idée malléable.

1

Robert Badinter confesse volontiers qu'entre toutes les décisions prises par le Conseil constitutionnel sous sa présidence, deux lui sont particulièrement chères : la réaffirmation de l'unité du peuple français à propos de la loi sur le statut particulier de la Corse (1991), et, à l'occasion des lois de bioéthique (1994), l'inscription de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine parmi les principes à valeur constitutionnelle¹. D'un côté, le refus de transiger sur la définition de la nation (il est inconstitutionnel de prétendre, comme le voulait la loi examinée, que « le peuple corse » est une « composante du peuple français ») ; de l'autre, la subsumption des droits de l'homme et des libertés fondamentales sous un seul terme, la dignité de la personne.

Les nombreux conflits que Robert Badinter eut, tout au long de ses mandats, avec les pouvoirs exécutif et législatif à propos du statut des étrangers montrent que sa

¹ Dominique Rousseau, *Sur le Conseil Constitutionnel, La doctrine Badinter et la démocratie*, 1997, Paris, Descartes et Cie, pp. 44 et 136.

conception des droits et de la dignité valait pour tout être humain vivant sur le sol français. Son action jurisprudentielle a d'ailleurs toujours convergé avec celle de nombreuses associations – de la Ligue des droits de l'homme, dont il fut un dirigeant, à ATD Quart-Monde – qui réclamaient une égale dignité pour tous, avec ou sans papiers. Qu'il ait été ministre de la Justice (1981-1986) ou président du Conseil constitutionnel (1986 à 1995), Robert Badinter n'a cessé multiplier les garanties juridiques des droits individuels, au point qu'il serait fastidieux d'en dresser la liste². Les Droits de l'homme subissaient alors les assauts d'une droite qui ne manquait jamais, en cas de défaite, d'incriminer le supposé gouvernement des juges, voire même d'exiger une réforme constitutionnelle qui instaurerait la primauté du politique sur le judiciaire. Ainsi, en novembre 1993, le Premier ministre Edouard Balladur avait-il mis en cause l'ensemble de la jurisprudence du Conseil depuis 1971, date à laquelle celui-ci avait décidé que la constitutionnalité des lois se fonderait désormais sur la déclaration des Droits de l'homme de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. Le Premier ministre n'avait pas craint de ravalier ces pièces maîtresses du bloc de constitutionnalité français au rang de médiocres « principes généraux, parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et, de surcroît, conçus à des périodes bien différentes de la nôtre » -- laquelle était aux prises, pour l'heure, avec le droit d'asile³. Robert Badinter, « au nom de tous les membres du Conseil depuis 1971 », lui avait répliqué devant l'opinion, réaffirmant l'absolue nécessité d'un contre-pouvoir judiciaire dans une démocratie digne de ce nom⁴.

Aucun antagonisme de cet ordre ne menace, en 1994, les lois de bioéthique, car elles bénéficient d'un consensus à peu près général. Elaborées à l'origine par la gauche, elles sont défendues au Parlement par un ministère de droite, Simone Veil représentant le gouvernement comme en 1975, lors de la dépénalisation de l'avortement. Jusqu'ici, le droit français traitait bien sûr du corps humain mais sans le nommer, en l'incluant

² On la trouvera par exemple dans Dominique Rousseau, *op.cit.*, pp. 35-36.

³ *Ibid.*, p. 81.

⁴ Le Monde, 13 novembre 1993, « *Le pouvoir et le contre-pouvoir* ».

dans la catégorie de la « personne » (sujet de droit) par crainte de le faire tomber dans l'autre branche de l'alternative juridique, l'assignation à la « chose »⁵. Or ces lois, qui vont constituer l'article 16 du Code civil, parlent pour la première fois explicitement du corps -- bien qu'en le rattachant avec force à la « personne ». Aussi le législateur a-t-il créé un chapitre spécial intitulé « Du respect du corps humain », pour y inclure cet unique article 16, « Respect et protection du corps humain et de la personne »⁶.

A l'issue du vote, Philippe Seguin, président de l'Assemblée, d'une part, et soixante-huit députés de la majorité, de l'autre, saisissent le Conseil constitutionnel. Le premier approuve les lois mais il incite le Conseil à préciser les principes qui s'imposeront dorénavant au législateur en matière de bioéthique. Les seconds, tous membres de la majorité, opposent aux lois les objections ordinaires des traditionalistes « pro-vie » : ils exigent par exemple que l'embryon soit reconnu comme une « personne humaine », et donc comme un sujet de droits – alors que le droit français n'admet comme tels que les individus nés viables.

Le 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel rend sa décision n° 94-343- 344 qui deviendra vite célèbre. La première partie, « Sur les normes de constitutionnalité applicables au contrôle des lois déferées », est un chef-d'œuvre du raisonnement constitutionnel⁷. Qu'on veuille bien se représenter la difficulté de l'exercice : le juge, confronté à une situation inédite (ici, les conséquences des avancées de la science médicale pour les corps humains), a pour mission de dégager une norme juridique originale qui justifie la création de lois ; encore doit-il la déduire de textes

⁵ Pourtant, Jean-Pierre Baud démontre brillamment dans *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps* (1993, Paris, Seuil), qu'un statut de « chose » pour le corps ne le condamne nullement à être vendu, en entier ou par morceaux, comme le craignent les juristes français : rien ne les empêcherait d'inclure le corps dans la vaste catégorie des choses hors-commerce.

⁶ La première loi comporte les articles 16-1 à 16-9 ; la deuxième, les articles 16-10 à 16- 13, dans un chapitre intitulé « De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ». Marcela Iacub en fait une lecture particulièrement stimulante dans *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, 2002, EPEL. Chapitre VII, pp. 129-139.

⁷ Voir Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2005, 13e éd., Paris, Dalloz, pp. 775-792. François Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation », *Revue française de droit public*, 1994, 6, pp. 1647- 1658.

constitutionnels antérieurs ou mieux, issus d'une précédente Assemblée constituante, afin de confirmer la souveraineté du « peuple français», artisan exclusif de ses règles fondamentales.

Robert Badinter et son collègue Jacques Robert, spécialiste reconnu des libertés publiques⁸, ont imaginé ceci :

« Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a {...} proclamé {...} que : ' *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain sans distinction de race, de religion et de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ' {...} il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle. »⁹

On aura remarqué le travail de tissage entre les deux textes : la menace que faisaient peser les régimes vaincus en 1945 -- « asservir » et « dégrader la personne humaine » -- est mise en rapport avec celle qu'affronte la décision de 1994 (l'« asservissement » et la « dégradation » des corps) ; et la « victoire » de 1945 est homologue à la promotion de la « dignité de la personne humaine » en un principe à valeur constitutionnelle. De la sorte, la parole du « peuple » et celle du juge constitutionnel ne font qu'un : « il en ressort que... ». Selon Dominique Rousseau, « {...} le Conseil veut faire savoir qu'il n'a pas inventé le principe de dignité : il était déjà là, en suspension dans les mots du constituant de 1946. C'est ce dernier qui a fait le travail de création de la notion, le Conseil de 1994 se limitant à réarranger ses mots pour les mettre dans la forme d'écriture d'un principe. »¹⁰ Pour finir, deux attendus

⁸ Entré au Conseil en 1989, Jacques Robert est le directeur de la *Revue de droit public* et l'auteur d'un ouvrage six fois réédité sur les Libertés publiques, Paris, 1971, Montchrestien.

⁹ Décision n° 94-343-344 du 27 juillet 1994. Le Préambule de 1946 réaffirme l'attachement du peuple français à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

¹⁰ Dominique Rousseau, *op. cit.*, p. 128. Voir aussi, dans son *Droit du contentieux constitutionnel*, (2006, 7^e édition, Paris, Montchrestien) les pp. 133 et 412.

rappellent l'un la liberté individuelle de la Déclaration de 1789, et l'autre les obligations de la nation envers les individus et les familles dans le Préambule de 1946. Désormais, les principes de la Révolution, ceux de la Libération et ceux de 1994 forment un seul tissu sans couture.

C'est ainsi que le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, création prétorienne, prend place parmi les normes suprêmes de la République : toutes les lois, qu'elles concernent ou non la bioéthique, devront dorénavant y satisfaire, et c'est bien sûr le cas de celles qui lui ont été soumises, en ce 27 juillet 1994.

2

Or cette décision, fort bien accueillie par les médias, essuie un tir de barrage dans les revues juridiques spécialisées, notamment dans les rubriques consacrées à « la doctrine ». Ce terme désigne l'instance théorique du droit, le corpus des écrits des personnes ayant autorité en matière juridique : les professeurs de droit, certains experts, des magistrats, des avocats... Le singulier (« la doctrine ») suggère une identité de pensée et une visée commune (décrire les normes pour les enseigner, repenser leur hiérarchie au gré des innovations législatives). Mais à l'instar de tout corps social, celui des juristes est profondément clivé selon des options théoriques, idéologiques, et morales, si bien que rien n'est plus partial, souvent, qu'un commentaire doctrinal.

Parmi les critiques de la décision n° 94-343-344, Bertrand Mathieu, un constitutionnaliste réputé, déplore qu'après tant d'années de préparation des lois bioéthiques le Conseil n'en ait dégagé que « des normes constitutionnelles imprécises, dont le respect fait l'objet d'un contrôle restreint, et dont relèvent des principes incertains »¹¹. Ce que souhaitait le professeur Mathieu ? Que le juge constitutionnel abandonne toute référence aux droits de l'homme, « manifestement {...} insuffisants à protéger l'homme en tant qu'espèce », et qu'il proclame avec audace une norme qui soit à la hauteur de l'enjeu actuel : « C'est aujourd'hui l'être humain et l'espèce humaine

¹¹ Bertrand Mathieu : « Bioéthique : un juge constitutionnel face aux défis de la science », *Revue Française de Droit Administratif*, 1994, 10 (5) sept.-oct. 1994, pp. 1019-1032.

qui doivent être protégés. Après les droits de l'homme, il convient de proclamer les droits de la personne humaine. On regrette que l'occasion n'ait pas été saisie.¹² » Car le Conseil « s'est montré frileux », alors que son devoir était de contrer « l'opinion dominante » et sa « conception morale trop relative et trop incertaine pour servir de {...} modèle de conduite ».

La plupart des commentateurs évoquent à la fois la décision du Conseil constitutionnel et les lois bioéthiques, mais c'est pour mieux les dresser l'une contre l'autre. Ignorant délibérément la partie principale de la décision, ils lui opposent les arguments des parlementaires de droite, auteurs de seconde saisine : aussi longtemps que l'embryon n'aura pas été reconnu juridiquement comme une « personne », la « dignité de la personne humaine » sera le « faux nez du scientisme triomphant ». Par exemple, cet auteur de *La semaine juridique*, qui attendait « une déclaration des droits de l'homme face à la science » : « On se retrouve avec des petites bougies à la flamme vacillante qui ne tardera pas à s'éteindre au grand vent des bouleversements de la science bio-médicale »¹³. De même, Catherine Labrusse-Riou, une civiliste de première importance : « derrière la proclamation d'un principe vague, se cache en réalité un souci de ménager la liberté et les intérêts de la recherche » ; « la loi se borne à suivre la demande biomédicale, à fabriquer du droit afin de justifier les pratiques qu'elle engendre », elle n'est qu'une « biologisation du droit civil ». Dorénavant, la personne n'est plus vraiment protégée, et « les fondements mêmes de nos institutions les plus essentielles » sont ébranlés : « la filiation {...}, l'état des personnes, la propriété à propos du statut du corps » et, « plus profondément, la distinction entre personnes et choses »¹⁴. Bernard Edelman est encore plus radical. Sa colère était prévisible depuis qu'il avait signé, en 1993, un article virulent sur les débats parlementaires: «Bioéthique:

¹² *Id.* p. 1032. Il va de soi pour Bertrand Mathieu que l'embryon est une « *personne humaine* ».

¹³ Guy Raymond, « L'assistance médicale à la procréation », *La semaine juridique*, 1994.I. 3796.

¹⁴ Catherine Labrusse-Riou, « Science de la vie et légitimité », in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller, Droit des personnes et droit de la famille*, Strasbourg, 1994, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, pp. 283-287.

on bâcle ! »¹⁵ La décision de 1995, ne le surprend pas, tant il était assuré que « jamais, au grand jamais, les ‘progrès de la science’ ne seraient remis en question »¹⁶. Reste qu’elle est pire que prévu : elle proclame le principe de dignité de la personne humaine mais, en refusant le statut de personne à l’embryon, elle en fait un « objet technique », un « non-être humain ». Du coup, le Conseil rend impensable la notion d’humanité : « On ne lui pardonnera pas d’avoir créé un sous-être humain – l’embryon in vitro. On ne lui pardonnera pas non plus d’avoir cédé à des tentations eugénistes en ne protégeant pas le patrimoine génétique de l’humanité qui est la condition de l’intégrité de l’espèce humaine » -- question sur laquelle le Conseil avait refusé de se prononcer, estimant qu’elle excédait la portée des lois en cause.

Pour tous ces auteurs, la grande menace de notre époque est donc constituée par la « techno-science », destructrice des fondements anthropologiques du droit et de la morale. Afin d’y parer, il convient soit de tourner le dos aux droits de l’homme, soit de les englober dans une valeur qui les transcende (les droits de l’espèce humaine), l’absolu de « l’humanité » remédiant au relatif de l’individu.

Six mois plus tard, le 19 janvier 1995, le Conseil constitutionnel, négligeant les savants avis que lui a prodigués « la doctrine », confirme son orientation à propos de la loi relative à la diversité de l’habitat : il appuie sa décision sur le Préambule de la Constitution de 1946, et il étend la portée du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine au problème social du logement. La loi en examen oblige les communes, sous peine d’amende, à construire des logements sociaux et des locaux pour l’hébergement d’urgence, et à viabiliser de terrains d’accueil pour les gens du voyage. Le Conseil en confirme la constitutionnalité et promeut au rang d’objectif à valeur constitutionnelle « la possibilité, pour toute personne, de disposer d’un logement décent ». Certes, il se garde bien de garantir aux particuliers un droit au logement dont ils pourraient se réclamer devant les tribunaux : en parlant d’un « objectif » et non d’un «

¹⁵ Le Monde des débats, janvier 1993. Republié dans Bernard Edelman, *La personne en danger*, Paris, 1999, PUF, pp. 483-486.

¹⁶ Bernard Edelman, « Le Conseil constitutionnel et l’embryon », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1995, 27^e Cahier, chronique, pp. 205-210. Republié dans Bernard Edelman (1999), *op. cit.*, pp. 487-502.

principe » à valeur constitutionnelle, le juge se borne à désigner la direction dans laquelle devrait s'engager un exécutif soucieux de mettre en œuvre les principes suprêmes, aidé en cela par le législatif, prié de le seconder dans cette tâche¹⁷. Quelque chose comme une ardente obligation, rien de plus mais rien de moins.

Voilà qui devrait donner du grain à moudre aux auteurs de la doctrine, puisque cet « objectif » pourrait préparer la proclamation ultérieure d'un « principe » garantissant un droit social au logement. Certains s'y emploient sans tarder, étudiant par exemple l'impact de cet objectif sur le droit de propriété, l'un des droits de l'homme proclamés en 1789¹⁸. Mais d'autres s'engagent dans une contorsion stupéfiante, exaltant soudain le principe de dignité pour mieux rabaisser l'objectif constitutionnel de l'accès à un logement décent. Bertrand Mathieu, par exemple, écrit deux articles coup sur coup, dont le premier périmé d'emblée la Déclaration de 1789 (qui définirait des droits seulement individuels) et le préambule de la Constitution de 1946 (qui se rapporterait à une conjoncture historique singulière)¹⁹. A situation nouvelle, principes constitutionnels inédits : or la dignité de la personne humaine serait à ce jour le seul principe « matriciel » dont nous disposons, le seul « dont chacun ressent intuitivement la réalité et la force, même si les appréciations relatives à sa consistance peuvent varier. C'est de l'essence même de l'homme dont il est question ». Cette « essence », dont il se dispense de préciser les traits constitutifs et invariables, a pour unique fonction de placer le principe de dignité au sommet de la hiérarchie des normes : cela lui évitera d'être « à la merci du système démocratique », d'avoir à se « concilier avec d'autres droits ». Ce que n'aurait pas fait, hélas, la récente décision du Conseil constitutionnel, qui a « dilué » le principe

¹⁷ Voir François Luchaire, *op. cit.*, p. 1651 ; Louis Favoreu et Loïc Philip, *op. cit.*, pp. 726 et 791 ; Dominique Rousseau, 1997, *op. cit.*, p. 176 ; Benoît Jorion, « Diversité de l'habitat », *Actualité Juridique Droit Administratif*, 20 juin 1995, pp. 455-462.

¹⁸ Hélène Pauliat, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat du décès du droit de propriété ? », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1995, 37^e cahier, chronique.

¹⁹ Bertrand Mathieu, « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des Droits de l'homme », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1995, 27^e Cahier, chronique, pp. 211-212 ; « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1996, 33^e Cahier, p. 282-289.

de dignité » et l'a « rabaissé au niveau des autres droits sociaux avec lesquels il lutte alors en concurrence ».

En six mois, on voit donc les mêmes auteurs rejeter avec force puis adopter sans justification le principe de dignité. Mais c'est, on l'a vu, à la condition d'en faire un absolu qui permette, dès lors de remettre à leur place (relative) les droits de l'individu, notamment sociaux. Reste à préciser de quelle dignité, exactement, chacun parle. Cette interrogation ne concerne pas la dignité de la personne publique -- l'ancienne *dignitas* du droit romain -- c'est à peu près tout ce que nous pouvons en dire. Attachée à un rang, une fonction officielle ou une profession, la *dignitas* oblige les tiers comme son titulaire à la respecter sous peine de sanction²⁰. Le Conseil constitutionnel, lui, a dégagé un principe de dignité de la personne quelconque, la personne sans qualités qui peut exiger d'autrui qu'il la respecte en toutes circonstances ; ce principe résume les droits de l'homme et du citoyen, et il fonctionne comme les principes de liberté et d'égalité. Mais il est énoncé dans sa généralité, et mis à la disposition de tous les juges, tant judiciaires qu'administratifs. Le Conseil d'Etat saisit bientôt cette opportunité, le 27 octobre 1995, dans un arrêt mémorable sur le « lancer de nains » qui impose une signification inattendue à la dignité de la personne humaine²¹.

3

On sait que les arrêts du Conseil d'Etat traitent d'espèces aussi dérisoires que le litige d'un agriculteur avec son maire à propos des pigeons communaux qui détériorent

²⁰ Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez (eds.), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, 2005, PUF, pp. 107-141) ont étudié le corpus des décisions juridictionnelles comportant le mot « dignité » de 1960 à 2002, toutes juridictions confondues. La moitié d'entre elles environ concerne la dignité de la personne publique.

²¹ David Kessler, conseiller d'Etat, a bien voulu répondre aux questions générales que me posais sur cet arrêt : je l'en remercie vivement. Trois textes m'ont particulièrement inspirée : Olivier Cayla, « Jeux de nains, jeu de vilains », in Gilles Lebreton, *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996, 1998*, Paris, L'Harmattan, pp. 149-164 ; Olivier Cayla, « Le coup d'Etat de droit », *Le Débat*, 1998, n° 100, pp. 108-133 ; Yann Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, n° 100, pp. 85-107.

les cultures de tournesol²². Même un « grands arrêt », une décision novatrice qui marque un tournant dans l'histoire du droit administratif, peut avoir un enjeu aussi minuscule que la contestation, par un marin, d'une sanction de dix jours de prison pour ébriété²³ ; ou l'interdiction, par un maire, d'un concours de lancer de nains²⁴. Toutefois, l'on ne peut comprendre une décision si l'on n'a prêté attention à la particularité du cas, ses péripéties, et la manière dont les différents échelons de l'autorité l'ont raccordé à des normes juridiques.

L'été 1991 – trois ans avant les décisions du Conseil constitutionnel sur la dignité de la personne humaine --, un jeune homme atteint de nanisme, Manuel Wackenheim, est embauché par Fun Productions, un prestataire d'attractions pour discothèques²⁵. Celui-ci veut introduire en France les concours de lancer de nains, très populaires en Australie et, dans une moindre mesure, aux Etats- Unis. Manuel Wackenheim, devient ainsi « le nain volant » ou « Mister Skyman » : coiffé d'un casque de footballeur américain et vêtu d'un costume de cuir rembourré, il propose aux noctambules de le saisir par deux poignées fixées dans son dos, et de le jeter le plus loin possible sur un épais matelas de seize mètres carrés. Grâce à son entraînement sportif, Wackenheim atterrit sans dommage : « C'est un jeu d'enfant, dit-il, il n'y a jamais d'incident. Plutôt une partie de fou rire. » En soixante représentations sur la Côte d'Azur et six cents mini vols planés, il remporte un succès certain.

Fun Productions reçoit alors une centaine de propositions de contrats, tandis que certains médias nationaux découvrent ce nouveau fait de société. Or VSD, puis Jean-Pierre Elkabbach (« Si on se disait tout », sur la Cinq) sont indignés et réclament

²² Bruno Latour, *La fabrique du droit, Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, 2002, La Découverte-Syros, chapitre 1. L'ouvrage constitue, pour des non-juristes, une excellente introduction au travail du Conseil d'Etat.

²³ Arrêt « Hardouin et Marie », 17 février 1995.

²⁴ On trouvera une bibliographie complète des écrits juridiques sur ce cas dans Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez, *op. cit.*, pp. 55-56. Le chapitre sur « Le principe de dignité dans la doctrine administrativiste » est consacré à cet arrêt et à sa réception par « la doctrine » (pp. 54-69).

²⁵ Serge Pautot, « Un maire ne peut pas interdire un lancer de nain », *Gazette du Palais*, doct., 19 mars 1994, p. 329-337. Me Pautot, avocat au barreau de Marseille, a été pendant plusieurs années l'avocat de Manuel Wackenheim. Il m'a très obligeamment ouvert ses dossiers, ce dont je le remercie.

l'interdiction d'un spectacle «moyenâgeux ». L'Association des personnes de petite taille, Mimie Mathy (une naine déjà installée dans le show-biz), et le secrétaire d'Etat aux handicapés²⁶ (« ce jeu idiot qui met en cause la dignité des handicapés ») s'engagent à leurs côtés. Le président de l'Association des handicapés de France est plus nuancé : il exécra cette attraction et l'affront qu'elle fait subir aux nains, mais il reconnaît que Wackenheim « tente de se faire une place tout seul dans une société qui sourit aux forts et qui est implacable pour les faibles ».

Un passage de « Mister Skyman » est prévu pour le 25 octobre à l'Embassy Club de Morsang-sur-Orge dans les Yvelines. La veille, plusieurs personnalités, régionales (l'évêque d'Evry et le député de l'Essone Julien Dray) que nationales (le président de l'Association des gens de petite taille et le secrétaire d'Etat aux handicapés), ont exhorté le maire à faire son devoir de protecteur de l'ordre public. Celui-ci prend alors un arrêté d'interdiction ainsi motivé : le spectacle revêt « un aspect dégradant {...} à l'égard des personnes de petite taille » ; il porte atteinte à la « dignité humaine » ; il est « contraire aux droits de l'homme les plus élémentaires » ; et enfin, des associations et des habitants de la commune ont exprimé leur intention de s'opposer au déroulement du spectacle.

En droit administratif français, les considérations morales – si graves puissent-elles paraître – n'intéressent le pouvoir de police des maires qu'à une seule condition : elles doivent être associées à des menaces locales graves et précises locales concernant la sûreté, la sécurité et la salubrité de la commune²⁷. Le maire de Morsang invoque la menace sur la sûreté (il prétend craindre des troubles dans la population en cas de lancer de nains), mais il s'avèrera bientôt que c'était faux. Car il a fait droit à l'indignation de personnalités extérieures à la commune ce qui, pas plus que sa propre répulsion, n'a de poids juridique. Il reçoit néanmoins les félicitations du secrétaire d'Etat aux handicapés pour avoir mis fin à ce « spectacle indigne {...}, vulgaire et dégradant {...}, fait pour

²⁶ Michel Gillibert, occupera cette charge dans deux gouvernements successifs, Cresson et Beregovoy, soit du 15 mai 1991 au 28 mars 1993.

²⁷ On a vu que le lancer de nains ne comporte pas de risques physiques et qu'il ne pose aucun problème de salubrité : aussi le maire n'invoque-t-il que la sûreté publique.

une société voyeuriste ».

Dès l'annonce de l'interdiction, la presse nationale s'enflamme pour « Mister Skyman », nouvel avatar du combat de David contre Goliath : les interviews et photos de Wackenheim (beau visage, corps musculeux bien que difforme) se multiplient, et les chroniqueurs relaient son point de vue : pourquoi cette levée de boucliers contre une activité qu'il est le seul à exercer en France -- une activité qui, au demeurant, n'est pas illégale ? pourquoi condamner au chômage un handicapé qui avait enfin trouvé un travail bien payé avec, en prime, la reconnaissance sociale ?

Un mois plus tard (27 novembre 1991) le ministre de l'Intérieur²⁸ adresse une circulaire aux préfets, leur demandant de faire pression sur les trente-six mille maires de France afin qu'ils censurent l'attraction : « {...} L'organisation de 'championnats de lancers de nains' constitue une intolérable atteinte à la dignité humaine. Ce type de manifestation, par la contestation qu'elle peut provoquer, risque {...} de susciter des troubles graves à l'ordre public. {...} il s'agit d'un spectacle violent et brutal qui comporte des risques sérieux pour la sécurité physique des acteurs et même des spectateurs. Par ces différents motifs de moralité, d'ordre et de sécurité publics, je vous demande d'user de vos devoirs de police pour prescrire aux maires {...} l'interdiction des 'lancers de nains' {qui} devra notamment se fonder sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Curieuse démarche, pour trois raisons. D'abord, ce ministre, qui n'a pas autorité pour prononcer une interdiction nationale, aurait dû convaincre son Premier ministre de le faire : au lieu de quoi, il engage chaque maire à censurer lui-même l'attraction (cf. le rappel de leurs « devoirs de police »). Ensuite, le ministre de l'Intérieur s'exprime par circulaire, c'est-à-dire par un écrit dépourvu de pouvoir prescriptif, tout juste censé expliciter le contenu d'une loi -- laquelle, en l'occurrence, est inexistante. Enfin, les motifs de censure qu'il énumère sont invalides : le trio traditionnel des composantes de l'ordre public est inutilisable, on s'en souvient ; et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est inapplicable (il n'a jamais servi à protéger un

²⁸ Philippe Marchand appartient au gouvernement de Pierre Bérégovoy.

individu contre lui-même). Reste la supposée « intolérable atteinte à la dignité humaine » que, jusqu'ici, aucun maire de France n'a sanctionnée pour elle-même.

Sur la foi de cette fragile circulaire ministérielle, la municipalité d'Aix-en-Provence publie à son tour un arrêté d'interdiction et plusieurs discothèques rompent leurs contrats avec Fun Productions. La presse de gauche – Libération, Le Nouvel Observateur, Le Canard Enchaîné --, a beau protester, Manuel Wackenheim est réduit au chômage. Il enrage : « Je me battraï jusqu'au bout pour défendre mon métier. Si le lancer de nains est une atteinte à la dignité humaine, alors qu'on interdise aussi la boxe, le catch, les clowns qui se font botter le derrière et l'homme-canon qui, lui, risque sa peau au cirque pour faire frissonner les spectateurs. Si j'avais cinquante centimètres de plus, personne n'y trouverait à redire. C'est parce que je suis nain qu'on veut me cacher, comme toujours. La galère continue. » Comble de l'absurdité, il n'a droit à aucune allocation, ni comme chômeur (il n'a pas travaillé assez d'heures) ni comme handicapé (il ne l'est pas assez).

Son avocat, qui est aussi celui de Fun Productions, fait un recours devant les tribunaux administratifs de Versailles et de Marseille. A la grande joie de la presse et des plaignants, les deux juridictions annulent les arrêtés municipaux de Morsang-sur-Orge et d'Aix-en-Provence pour excès de pouvoir, et elles condamnent les maires à verser des dommages et intérêts à Wackenheim et à son employeur. Le juge de Versailles estime n'avoir pas à se prononcer sur la réalité d'une atteinte à la dignité humaine, car les « circonstances locales particulières » pouvant justifier une interdiction sont absentes²⁹. Quant au tribunal de Marseille, il est catégorique : le spectacle « ne comporte aucune atteinte à la dignité humaine » ; au surplus, la moralité publique n'a rien à voir avec la morale individuelle d'un maire et celle de quelques prêchi-prêchas parisiens. Saluant ces décisions, un journal local s'emporte : « Mais laissez-le donc

²⁹ *Actualité Juridique. Droit Administratif*, 20 juillet-20 août 1992, Jurisprudence, « Police administrative », note de Vimbert, pp. 525-527 ; Jean-François Flauss, « L'interdiction des spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue Française de Droit Administratif*, 8 (6) nov-déc. 1992, pp. 1026-1031.

voler ! »³⁰

Bien sûr que non. Les deux municipalités se tournent aussitôt vers le Conseil d'Etat qui, le 27 octobre 1995, rend deux arrêts conjoints, « Commune de Morsang-sur-Orge » et « Ville d'Aix-en-Provence » : au nom du « respect de la dignité humaine », les jugements des tribunaux administratifs sont annulés, le lancer de nains est interdit, et Fun Productions condamné à verser des dommages et intérêts. Wackenheim est épargné parce qu'insolvable : mais il redevient, et pour toujours, un érémitte. Le *Matin* tire une salve d'honneur : « Manu, grand petit homme. Mister Skyman, 1m 48, 44 kgs, privé de travail par les 'grands' qui veulent protéger sa dignité malgré lui »³¹.

4

Comment le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, traditionnellement libéral en matière de spectacles, est-il parvenu à une décision à ce point illibérale, puisqu'elle condamne un individu au nom des exigences supposées de sa propre dignité ? Sur le fond, le juge n'avait le choix qu'entre deux solutions. Ou bien il s'en tenait à sa jurisprudence traditionnelle : un spectacle non interdit nationalement ne peut l'être par un maire qu'au regard des circonstances locales, qui font défaut dans le cas du lancer de nains ; le Conseil ne pouvait donc que confirmer les décisions des deux tribunaux administratifs. Ou bien il entendait condamner, mais il devait alors élargir le concept d'ordre public jusqu'à rendre inopérante cette absence de circonstances locales. Il a choisi la seconde option, qu'il a mise en œuvre en procédant par degrés. Nous allons les parcourir un à un, mon intervention sur le texte de l'arrêt consistant seulement à les mettre en évidence avec plus de netteté que dans l'original³² :

³⁰ 26 février 1992, *Canard enchaîné*, Sylvie Caster, « Lancer de nains : les ailes du désir » ; 4 avril 1992, Marc Ambroise-Rendu, *Le Monde*, « Polémique autour du 'nain volant' Les malheurs de 'Mister Skyman' ». Depuis la circulaire du ministre de l'Intérieur (novembre 1991), ces journaux rendent compte de façon régulière du moindre épisode relatif aux démêlés de Wackenheim avec la justice. De même pour *Libération* et *Le Point*.

³¹ 5 novembre 1995.

³² Sur le texte de l'arrêt et la conception que s'en fait le juge, voir : M. Long, P. Weil, et al. *Les*

- Le code des communes confie à la police municipale la mission de prévenir toute atteinte à *l'ordre public*.
- Celui-ci comporte les *classiques* éléments *matériels* (sûreté, sécurité et salubrité publiques) mais aussi, de façon implicite, un élément *idéel*, la *moralité publique*, que la doctrine et la jurisprudence *modernes* admettent de plus en plus.
- Le *respect de la dignité de la personne humaine* est une composante essentielle de la moralité publique: l'opinion publique française, *nationale*, s'accorde sur ce point.
- Dès lors, la dignité de la personne humaine est la *quatrième composante de l'ordre public*. Mais au contraire des trois éléments matériels, elle est indépendante des circonstances locales en ce qu'elle est une idée commune à tous les Français.
- *L'attraction du "lancer de nains"*, « consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ».
- De ce fait, « *par son objet même*, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ».
- En conséquence, l'autorité investie du pouvoir de police municipale *peut et doit l'interdire*. Ceci, même en l'absence de circonstances locales particulières, même si l'intéressé se prête librement à cette exhibition et qu'elle constitue son gagne-pain : car la *liberté du travail et du commerce* s'effacent devant la supériorité du principe de dignité de la personne humaine.

Ce raisonnement est susceptible d'infinis commentaires, exercice auquel de

grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13^e ed. Dalloz, 2001, pp. 748-749 ; [www.conseil.etat-fr/ce/jurisp/](http://www.conseil.etat.fr/ce/jurisp/) « Analyse du Conseil d'Etat, 27 octobre 1995 - Commune de Morsang-sur-Orge » ; Patrick Frydman, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale, A propos du 'lancer de nains' » *Revue Française de Droit administratif*, (6) nov-déc 1995, pp. 1204-1217.

nombreux juristes n'ont pas manqué de se livrer³³. Certains d'entre eux m'ont beaucoup appris, mais aucun ne me dispense d'en proposer un autre qui soit plus approprié à mon projet : comprendre comment le principe de dignité, introduit dans le droit français pour résumer les droits de l'homme et les libertés fondamentales, a pu devenir, en quelques années, la valeur la plus apte à les combattre. Aussi mon commentaire s'attachera-t-il à saisir le moment précis où le juge nous force la main pour nous faire passer, sans crier gare, de l'univers impersonnel du droit à celui, trop personnel, de sa propre morale.

L'argument {2} examine le contenu de la notion d'ordre public : le juge oppose des éléments *matériels* qui seraient caractéristiques d'un état *classique* du droit, à des éléments *idéels* qui relèveraient de préoccupations *modernes* pour la morale. Or un examen précis des exemples invoqués montre qu'il y a toujours eu, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, deux écoles de pensée : l'une -- libérale -- n'admettant que les composantes matérielles de l'ordre public, et l'autre -- autoritaire -- privilégiant une composante idéelle, la moralité publique. D'où un premier soupçon : le juge s'attribue d'emblée la bonne place de la modernité, abandonnant celle de la tradition et du « matérialisme » à ses contradicteurs ; et il esquive le reproche de moralisme en sautant d'un pas léger, comme on ferait quand on marche sur une planche pourrie, de la moralité publique à son récent avatar, la dignité {3}.

Cette affirmation {3}, selon laquelle le *respect de la dignité de la personne humaine* est une composante essentielle de la moralité publique, n'est ni vraie ni fausse car le juge ne dit pas quels sont les autres éléments, et il ne définit pas cette dignité. Veut-il, par exemple, nous faire adhérer à une banalité du genre : « La dignité, c'est une valeur morale essentielle » ? Tous les Français peuvent admettre une affirmation catégorique aussi vague, mais le juge veut sans doute dire et nous faire dire plus. Pour l'instant, il se borne à faire passer pour une évidence juridique la première proposition

³³ J'en ai consulté plusieurs : M. Long, P. Weil, et *al.*, *op. cit.* pp. 749-756 ; *Actualité Juridique. Droit Administratif*, 20 décembre 1995, pp. 878-882, « Police municipale », Note de Stahl et Chauveaux ; *Recueil Dalloz-Sirey*, 1996, 13^e Cahier. Jurisprudence, pp. 177-180, Gilles Lebreton, « Conseil d'Etat (ass.), 27 octobre 1995, Arrêt Ville de Versailles » ; *Revue de Droit Public*, 2-1996, « Notes de Jurisprudence », Manuel Gros et Jean-Charles Froment, pp. 536- 564 ; Olivier Cayla, in Gilles Lebreton, *op. cit.*

de {4} -- la dignité de la personne humaine est la *quatrième composante de l'ordre public* --, qui constitue une innovation remarquable dans le droit français, et fera de cette décision un « grand arrêt » du Conseil d'Etat³⁴. Toutefois, la remarque suivante (la dignité est indépendante des circonstances locales car elle est une idée commune à tous les Français), bien qu'admissible, nous met en état d'alerte : nous savons tous que la propension des maires à imposer leur valeurs personnelles n'a pu être contrecarrée que par l'exigence de circonstances locales ; préférer à celles-ci une opinion morale unanime n'est pas rassurant.

Les propositions {5} à {7} abordent enfin le cas d'espèce. Surprise : les termes juridiques à contenu indéterminé (ordre public, moralité publique, dignité de la personne humaine) destinés à favoriser l'accord unanime des citoyens, qualifient soudain des conduites précises dont la description est schématisée à l'extrême. Ainsi, *l'attraction du "lancer de nains"* consiste... « à faire lancer un nain par des spectateurs ». Mais encore ? Eh bien, « à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ». Par chance, nous disposons aussi des conclusions de Patrick Frydman, le commissaire du gouvernement qui a emporté l'adhésion du Conseil³⁵. Il ignore manifestement la presse relative à « Mister Skyman », qui met l'accent sur la constante activité de Wackenheim : son entraînement, la souplesse avec laquelle il atterrit sur le matelas, ses railleries aux dépens des costauds qui ont raté leur lancer, etc...³⁶ Selon Frydman, il s'agit « de lancer avec violence et sans égard possible pour elle une *personne humaine*, qui se trouve ainsi traitée comme

³⁴ Le magistrat s'appuie sur une citation d'une sommité du droit administratif, René Chapus -- « *la moralité est la quatrième composante de l'ordre public* » -- pour poser ce qui désormais sera un principe du droit administratif : « *la dignité de la personne humaine est la quatrième composante de l'ordre public* » aux côtés de la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Or René Chapus refusera de commenter cet arrêt qui lui paraît fondé sur la seule « *intime conviction* » morale du juge, c'est-à-dire sur rien de juridique.

³⁵ Malgré son titre, le commissaire du gouvernement est un magistrat totalement indépendant du gouvernement et même des deux parties. Lorsqu'elles sont retenues par le Conseil, ses conclusions permettent de comprendre le raisonnement qui sous-tend l'arrêt rendu.

³⁶ Ou bien le magistrat ne l'a pas lue, ou bien il ment comme un arracheur de dents : « *une grande partie de l'opinion publique n'a {...} pas manqué de voir dans cette étrange attraction une atteinte à la dignité de la personne humaine intolérable dans notre société contemporaine* » ; « *les réactions du corps social {...} montrent à quel point ce spectacle a été ressenti comme une régression...* ».

un simple projectile, c'est-à-dire ravalée au rang d'objet. En outre, ce n'est pas n'importe quelle personne qui est lancée, mais, spécifiquement et exclusivement, un *nain*³⁷. »

Cet argument est vicié par deux confusions : d'une part celle du corps de Wackenheim avec sa personne, titulaire éminente d'un droit à la dignité ; d'autre part, celle d'un corps affecté d'achondroplasie avec les représentations sociales du « nain ». Il en va de même dans l'arrêt du Conseil d'Etat, bien que ces confusions y soient moins perceptibles en raison de l'extrême compacité de la phrase. Quand le juge restreint l'appréciation de la dignité du « nain » au seul usage que celui-ci fait de son corps (décrit, au surplus, comme une chose inerte), quand il déclare que « *par son objet même*, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine » {6} et donc, qu'elle doit être interdite {7}, il trahit ses préjugés hygiénistes (les corps anormaux doivent être cachés) et humanitaristes (les personnes handicapées doivent susciter la pitié).

Au total, le Conseil d'Etat, dans ce « grand arrêt », se révèle incapable d'affronter les questions générales qui sous-tendent le cas de Manuel Wackenheim : celle de la monstration publique des corps « illégitimes », parmi lesquels aussi ceux des mendiants et autres sans logis, et ceux des prostituées³⁸ ; celle de la rencontre entre des individus affectés d'un certain handicap et la mise en scène de leur corps pour divertir un public et en tirer un profit financier³⁹ ; celle de l'absence quasi-totale, en 1995, de prise en

³⁷ Les italiques sont de Patrick Frydman.

³⁸ Le cas des sans logis est particulièrement éclairant, surtout depuis la décision du Conseil d'Etat sur le « logement décent » (1995) : Hélène Thomas, « Du lancer de nain comme canon de l'indignité. Le fondement éthique de l'État social » *Raisons politiques*, 2002-2 (n° 6) ; Hélène Thomas, « Dignité et responsabilité : les nouveaux fondements de la lutte contre l'exclusion » in Dominique Gros et Sophie Dion-Loye (eds.), *La pauvreté saisie par le droit*, Paris, Le Seuil ; Paul Bouchet, *La misère hors-la-loi*, Textuel, 2000.

³⁹ Robert Bogdan, *Freak Show, Presenting Human Oddities for Amusement and Profit*, 1988, Chicago and London, University of Chicago Press, montre admirablement la dissociation du corps handicapé avec la personne, et la manière dont les *freaks* se jouent des représentations du corps « monstrueux ». Le spectateur, dont Frydman fait un sadique quasiment nazi, apparaît chez Bogdan comme un benêt tout juste bon à être plumé. Parmi les commentateurs de l'arrêt, Jean-Charles Froment (*op. cit.*) est le seul à s'être intéressé à cet aspect de la question.

charge sociale du handicap et donc l'impossibilité d'accéder à la dignité par le travail⁴⁰ ; celle, enfin, de la pluralité des conceptions de la dignité, et des raisons pour lesquelles celle d'un maire ou d'un juge l'emporte sans débat public sur celle de Wackenheim et de la majorité de la presse. Pour avoir laissé libre cours à son indignation morale plutôt que de la questionner, le Conseil d'Etat aura rendu un arrêt improprement motivé.

5

Si l'on veut guérir de l'illusion selon laquelle « la doctrine » serait une instance homogène, objective (technique ou scientifique) d'explicitation des normes juridiques, il n'est pas de meilleur remède que l'examen des commentaires de cet arrêt : presque tous applaudissent à la décision du Conseil d'Etat et pourtant la cacophonie, le parti-pris idéologique, la confusion et l'inconséquence (un même exégète changeant d'avis d'un texte à l'autre) règnent en maîtres⁴¹. Les développements sur la dignité s'ordonnent, en gros, selon deux perspectives. L'une, quasiment philosophique : de toute évidence, nous dit-on, la dignité est une valeur importante, mais les auteurs se partagent sur la question de savoir si elle est relative ou absolue, fixe ou changeante, subjective ou objective, morale ou juridique. L'autre point de vue se focalise sur le droit administratif, les commentateurs étant encore plus incertains : fallait-il élargir la notion d'ordre public en y incluant un élément de moralité ? la protection de la dignité humaine, fondée sur un consensus moral général, ne relève-t-elle pas plutôt du premier ministre ou du législateur que du maire ? le juge n'a-t-il voulu prononcer qu'une interdiction nationale du lancer de nains ? a-t-il au contraire ouvert le champ d'action de la police municipale à la censure de tout spectacle de la dégradation de la personne humaine ? voire même, à

⁴⁰ Selon Patrick Frydman, Wackenheim, en participant à cette « attraction méprisable » ruine « les efforts d'intégration sociale des handicapés déployés depuis plusieurs décennies ». Plus loin, emporté par l'indignation morale, il assure que le consentement de « Mister Skyman » et le fait qu'il soit rétribué aggravent son cas : « la dignité de la personne humaine {doit} être placée hors-commerce ».

⁴¹ C'est aussi le cas de Marie-Luce Pavia et Thierry Revet (eds.), *La dignité de la personne humaine* (1999, Paris, Economica). Au contraire, le travail de Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez (*op. cit.*) m'a été un guide indispensable.

la défense d'une certaine « conception de l'homme »⁴² ?

Pour ma part, je me bornerai à un seul aspect de cette décision : c'est la première fois en droit français qu'un justiciable se voit imposer une limite à la disposition de soi *au nom de sa propre dignité humaine*, c'est-à-dire au nom de ce qu'un simple sujet de droit (une personne privée) doit à son appartenance à l'humanité tout entière⁴³. Jusqu'ici, les mesures de police administrative protégeant l'individu contre lui-même étaient rarissimes, et elles se dissimulaient sous le prétexte de la protection d'autrui, par exemple à propos du port d'un casque à moto ou d'une ceinture de sécurité en voiture, que le législateur justifiait par la nécessité de réduire le nombre des accidents de la route. Certes, une entité aussi vague que cet « autrui » renvoyait, pour finir, à une instance collective, mais qui n'allait pas au-delà de -- mettons -- la société : l'humanité entière et la dignité humaine n'étaient pas convoquées. Grâce à l'arrêt du lancer de nains, nous assure-t-on, les individus seront désormais clivés en deux instances dont l'une, vouée aux impératifs de l'humanité en eux, devra contraindre la liberté de l'autre.

Certains auteurs développent une stratégie argumentative sophistiquée qui enrobe l'atteinte aux libertés au nom de la dignité dans un projet global de refondation du droit⁴⁴. Ainsi, l'argumentation de Bertrand Mathieu qu'on peut résumer en trois opérations.

D'abord, une réécriture de l'histoire. La décision qui, la première, aurait livré la « substance » du principe de dignité est l'arrêt du Conseil d'Etat. En conséquence, la décision antérieure du Conseil constitutionnel doit être réinterprétée : « {...} la dignité de l'homme exige qu'il ne soit pas traité comme un objet, un moyen, mais qu'il soit reconnu comme un sujet. C'est d'ailleurs *en ce sens* qu'a été constitutionnalisé en

⁴² C'est ce que le Conseil d'Etat lui-même affirme dans une analyse non datée de son arrêt : cette « conception de l'homme » est d'autant plus obscure qu'il la distingue avec force de la notion de moralité publique (www.conseil.etat-fr/ce/jurisp/ « Analyse des grands arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge »).

⁴³ Olivier Cayla (*op. cit.*), l'un des rares critiques de l'arrêt, a développé ce point avec talent mais dans une problématique plus générale.

⁴⁴ L'idée que ces auteurs de doctrine visent une refondation du droit est amplement développée dans Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez, *op. cit.*, pp. 266-270.

France, le principe du respect de la personne humaine⁴⁵. » Joli coup de force rhétorique : le Conseil constitutionnel, on s'en souvient, s'était borné à énoncer le principe de dignité en se gardant bien de lui donner un contenu ; ce qu'a fait, par contre, l'arrêt sur le lancer de nains.

Ensuite, un remaniement de la hiérarchie des normes juridiques. Le nouveau principe -- la dignité de la personne humaine -- occupe d'emblée le sommet de l'édifice, tandis que les autres descendent d'un degré. Comme tous les principes « majeurs » ou « matriciels », il « engendre d'autres droits de portée et de valeur différentes », les droits de l'homme par exemple. A la manière de Dieu, le principe de dignité engendre sans être lui-même engendré. Dès lors, il devient « le droit des droits de l'homme », leur « raison d'être⁴⁶ » : sans lui, ils ne seraient rien. Leur sujétion généalogique entraîne une conséquence logique, qui est aussi juridique et politique : « Il peut être apporté des restrictions aux libertés individuelles au nom du principe de dignité, alors que la situation inverse n'est pas admise⁴⁷ ».

Enfin, une prise de pouvoir sur l'institution judiciaire. Le principe de dignité étant absolu, nul ne peut le limiter, ni l'individu, ni l'Etat, nous assure-t-on⁴⁸. Bertrand Mathieu proposerait-il l'instauration d'un gouvernement des juges, obsession à la mode pendant les années 1990 ? Pas du tout : il estime les magistrats trop souvent incapables de dégager « ce qui fait la substance même de la personne humaine » (voir « l'erreur » du Conseil constitutionnel à propos de l'embryon *in vitro*). Seule « la doctrine » est en situation d'évaluer « les bons et les mauvais usages » du principe de dignité dans la pratique judiciaire⁴⁹. Révolution considérable : jusqu'ici, « la doctrine » était censée

⁴⁵ C'est moi qui souligne. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, 2002, LGDJ, p. 506.

⁴⁶ Bertrand Mathieu, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais) usage en droit positif français d'un principe universel » in Alain Sériaux (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-en-Provence, 1996, PUAM, p. 230.

⁴⁷ Mais « pas admise » par qui, ce n'est pas dit. Bertrand Mathieu, « Bioéthique et droits fondamentaux : quelles réponses au niveau européen ? », *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, vol. 13, n° 1, p. 698.

⁴⁸ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *op.cit.* p. 449.

⁴⁹ Bertrand Mathieu, in Alain Sériaux (dir.), *op. cit.* Mais aussi Cl. Neirinck, « La dignité humaine

exposer avec objectivité la jurisprudence, expliciter les décisions et montrer comment elles modifiaient insensiblement le droit. Dorénavant, le commentateur-théoricien énoncera, seul, les principes « matriciels » du droit : il sera enfin le juge des juges.

Au contraire de Bertrand Mathieu dont les références sont exclusivement juridiques, Bernard Edelman se donne pour un penseur du droit, les pieds dans la jurisprudence et la tête dans la philosophie et la psychanalyse: ses références vont de Freud, à Lacan, Legendre, Deleuze et Guattari ; de Heidegger à Hegel, Marx, Stirner et Husserl. Dès 1988, il a entrepris de critiquer « l'humanisme juridique » -- issu de la Déclaration des droits de l'homme -- selon trois axes : elle s'est révélée incapable de contraindre l'individu à tenir compte de ses semblables⁵⁰ ; elle a contribué au triomphe de la technoscience et de son complice politico-économique, le libéralisme⁵¹ ; elle a été paralysée chaque fois qu'il s'est agi de nous protéger contre « la barbarie moderne »⁵². Plutôt que de reprendre ces thèmes que Edelman ne renouvelle guère, je voudrais mettre en évidence son procédé rhétorique favori.

« La personne », nous dit-il, est particulièrement affectée par la grande transformation technoscientifique car celle-ci « nous entraîne dans un système de droits subjectifs signant la faillite d'une société qui serait digne de sa liberté » : le « sujet de droit » n'a-t-il pas « partie liée avec la technoscience », dont il serait « le meilleur soutien⁵³ » ? Frottons-nous les yeux. Edelman parle-t-il de droit ? Certainement pas, car les expressions juridiques qu'il emploie n'ont pas la signification que leur donnent les professionnels. D'abord, la « personne » edelmanienne désigne toujours un individu

ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in Philippe Pedrot (ed.), *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges offerts à Christian Bolze*, Paris, 1999, Economica.

⁵⁰ « Mais *qui ne voit alors* que la liberté de l'homme porte déjà sa toute-puissance ? *Qui ne voit* que les limites à cette toute-puissance reposent sur un postulat : le respect d'autrui ? Et *qui ne voit enfin* qu'un système qui serait fondé sur la toute-puissance narcissique du sujet {...} romprait cet équilibre ? » C'est moi qui souligne. Edelman (1989), republié en (1999), p. 403.

⁵¹ Edelman (1988), republié en (1999) pp. 7-24. Voir aussi Edelman (1989), republié en (1999), pp. 397-416 ; et enfin, Edelman (1996) republié en (1999) p. 534 : « Si nous interrogeons le type d'universalité qui soutient les droits de l'homme, on peut dire qu'il s'agit d'une universalité de l'égoïsme ». Marx et Stirner, avec raison, en ont fait « une extrapolation magnifiée de l'individu », le Bourgeois.

⁵² *Id.* p. 528.

⁵³ Edelman (1988) republié en (1999) p. 13.

concret, un être humain réel, et non pas ce point abstrait d'imputation des obligations et des droits qu'est une « personne » juridique -- point qui peut d'ailleurs, dans le cas d'une « personne morale » et en particulier d'une fondation, ne désigner aucun être humain⁵⁴. Ensuite, Edelman entend « droits subjectifs » dans un sens littéral, poétique. Loin de renvoyer, comme dans le vocabulaire juridique, à un droit de créance sur autrui garanti par la loi dans des circonstances précises (ou à un droit sur une chose, toujours dans des circonstances précises), son supposé « droit subjectif » est celui auquel le sujet narcissique moderne, le « sujet-roi » prétend en tout égoïsme⁵⁵. Enfin, selon notre auteur, le « sujet de droit » serait « la représentation juridique de l'homme occidental, laïc et humaniste, recherchant avidement son bonheur dans le progrès scientifique et technique, rebelle à toute 'moralité', représentant d'une liberté prométhéenne, et entraînant l'ordre juridique dans une aventure improbable ». Fort bien, mais alors, son « sujet du droit » n'est pas celui que manient les juristes, à savoir la personne juridique, physique ou morale, susceptible de droits et d'obligations.

En somme, ce procédé consiste à effacer les frontières entre des ordres de réalités auxquelles, par décision de méthode, nous reconnaissons d'ordinaire une autonomie relative. On pourrait dire aussi bien de Edelman qu'il psychologise le juridique ou qu'il entend assujettir à la loi les désirs des individus ; qu'il le sociologise ou qu'il le considère comme le fondement du social ; qu'il l'anthropologise ou qu'il en fait le siège du lien humain. Cela est publié dans des revues juridiques spécialisées, et repris en un volume chez un éditeur universitaire, dans une collection « Doctrine ». De qui tient-il l'autorisation de procéder ainsi, de Freud en personne comme il le laisse entendre, de Legendre, ou de l'air du temps lacanien ? Sans doute cet homme est-il un juriste réputé (il publie dans les revues canoniques). Reste qu'il est aussi un idéologue, doté d'un projet explicite.

⁵⁴ Yann Thomas, 1998, *op. cit.* Cet article constitue une formidable critique du courant de pensée représenté par Edelman.

⁵⁵ Ce sujet, caractérisé par « l'affirmation hallucinatoire d'un 'je veux' », l'« inflation, proprement stupéfiante, des droits subjectifs et l'exigence fantasmatique qu'elle supporte : le droit au bonheur, le droit à la culture, le droit au diplôme, le droit de rencontrer l'âme sœur... que sais-je encore ! ». Edelman (1989), republié en 1999, p. 405.

« Il se peut, avance-t-il, que le concept juridique d'Humanité – et son corollaire, la dignité – jouisse au XXI^e siècle de la même fortune exceptionnelle que les Droits de l'homme aux XIX^e et XX^e siècles. {...} l'Humanité constitue peut-être une réponse adéquate à la mondialisation politique, économique, et scientifique⁵⁶. » Car « les hommes, en tant qu'ils constituent l'humanité, sont désormais en danger : ce ne sont plus les individus eux-mêmes qui méritent protection, mais la communauté humaine, rassemblée autour de valeurs -- le respect et la dignité --, de biens communs et d'une mémoire⁵⁷. » Aussi faut-il construire un «concept juridique» de l'Humanité, qui fasse droit à sa « stupéfiante nouveauté »⁵⁸. Laquelle échapperait à la plupart des juristes : les uns (les critiques de gauche de Edelman) se cramponneraient à la logique périmée des droits de l'homme ; les autres (Bertrand Mathieu par exemple), voudraient en sortir sans y parvenir, et ils se réfugient dans des formules creuses du genre « la dignité est l'essence de l'humanité ».

Or la dignité se situerait sur un tout autre « plan » que les droits de l'homme, dans un tout autre « paradigme », « système » ou « point de vue » : les mots importent peu à cet égard, car Edelman entend poser une séparation radicale entre les « plans » et, pour une fois, l'impossibilité de traduire les termes de l'un dans ceux de l'autre. Dans le nouveau « système », l'Humanité est devenue le « sujet » (à la place de l'individu), et la dignité (à la place de la liberté), sa modalité principale: « Si tous les êtres humains composent l'humanité, c'est qu'il ont tous cette même qualité de dignité dans le 'plan' de l'humanité : nous disons qu'ils sont tous humains et dignes de l'être⁵⁹. » En conséquence, ils ont tous, sinon des droits au sens juridique du terme, du moins le droit d'aspirer à un logement décent, et nous avons tous le devoir de le leur reconnaître : « un homme à la rue est exclu de l'humanité⁶⁰ ».

⁵⁶ Edelman (1999), p. 503.

⁵⁷ Edelman (1996) republié en 1999, p. 528.

⁵⁸ Edelman (1997), republié en 1999, pp. 505-514.

⁵⁹ *Id.* p.509. Voir aussi p. 504, « le sujet de l'humanité est un individu qui est partie intégrante de l'humanité et qui ne saurait en être exclu ».

⁶⁰ *Ibid.*, p.510. Noter la différence avec la position de Bertrand Mathieu.

Pourtant, Edelman y insiste, cette équivalence entre dignité et non- discrimination ne vaut pas dans le cas du lancer de nains⁶¹. Certes, Manuel Wackenheim a représenté au juge que « les arrêtés {municipaux} d'interdiction portaient atteinte à sa dignité en faisant de lui un exclu », mais « le Conseil d'Etat n'en a eu cure : il faut défendre la dignité des hommes fût-ce contre eux- mêmes, c'est-à-dire préserver leur qualité d'être humain». Devons-nous comprendre que les opinions de l'intéressé sur sa propre dignité n'ont aucun poids ? Sans doute, puisque l'auteur illustre cette idée par l'exemple d'êtres sans parole : « autrement dit, la dignité est 'hors-commerce', tout comme le corps et les embryons humains. Il n'est pas concevable qu'on puisse y renoncer et, le voudrait-on, cette renonciation serait frappée de nullité. Le sens profond de cette décision {du Conseil} est donc clair : un individu ne peut s'exclure, de lui-même, de l'humanité ; son consentement est, en quelque sorte, subordonné à sa qualité d'être humain. En deux mots, un homme n'est pas *libre* de renoncer à sa qualité d'homme⁶² ».

Pour finir, Edelman n'a donc pas pu éviter de postuler une forte disparité entre les deux « plans » -- « systèmes », « points de vue » et autres « paradigmes » -- de la dignité et de la liberté : l'un commande l'autre et même, l'un doit se substituer à l'autre. C'est pourquoi il n'est pas étonnant qu'il salue, dans l'arrêt du Conseil d'Etat, le début d'une ère nouvelle : « Dorénavant, {...} la dignité humaine est la nouvelle transcendance laïque ». Faute de pouvoir en appeler à Dieu, autorité trop discréditée pour nous convaincre de lui sacrifier nos égoïsmes, voilà qu'il promeut l'Humanité, telle au surplus qu'imaginée par la Doctrine en moderne Père Fouettard.

On peut comprendre qu'un certain 27 octobre 1995, une certaine assemblée du Conseil d'Etat ait pris une décision mal motivée à propos d'un étrange spectacle pour discothèques : cela peut arriver, même aux juristes les plus sagaces. On peut aussi admettre que cette décision insatisfaisante devienne néanmoins un « grand arrêt » pour avoir provisoirement résolu une question épineuse de droit administratif, celle des

⁶¹ Edelman, 1996 et 1997, republiés en 2009, pp. 512-513 et 524-525 d'où viennent les citations ci-après. Il envisage ce cas sous l'angle des nécessaires « contrepois au marché », le principe de dignité construit par le Conseil d'Etat jouant « comme un rempart contre un libéralisme sauvage ».

⁶² C'est l'auteur qui souligne. Pour ma part, j'aurais plutôt souligné « corps » et « embryons ».

composantes de l'ordre public. Par contre, on a beaucoup de mal à expliquer autrement que par la passion idéologique le fait que tant d'auteurs de doctrine juridique, après avoir critiqué la décision du Conseil Constitutionnel de 1994, s'entichent en 1995 de l'arrêt sur le lancer de nains et qu'ils en fassent une application exemplaire du principe de dignité. Et moins encore le fait que cette forme-là de dignité – celle qui permet de condamner un individu au nom des exigences supposées de sa propre dignité – soit l'occasion de postuler une nouvelle transcendance, dont le juriste aurait la gestion exclusive.

Or le triomphe de cette nouvelle notion fut si éclatant qu'au bout de deux ans, certains auteurs se plaignaient déjà qu'elle ait « envahi l'ordre juridique ». Ce n'était pas tout à fait vrai, car elle n'avait envahi que la doctrine : les juges se gardaient bien d'y appuyer leurs décisions, continuant, comme par le passé, à sanctionner les atteintes à la dignité publique, et donnant un peu plus d'existence à la dignité invoquée par le Conseil constitutionnel, la protection des plus fragiles contre les abus des plus forts⁶³. Surtout, l'on vit bientôt ces doctrinaires, demandeurs d'une refondation morale, anthropologique et juridique de la nation, participer énergiquement aux débats de société, et parfois même y faire triompher leur point de vue auprès d'une opinion médusée, contribuant ainsi à faire voter des lois illibérales.

Deleuze et Guattari n'étaient plus là pour protester d'avoir été enrôlés dans cette croisade. Freud non plus.

⁶³ C'est l'apport décisif du travail de Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez, *op. cit.*