

COMITÉ SCIENTIFIQUE

- R. BADINTER, sénateur, ancien président du Conseil constitutionnel de France.
 V. BERGER, greffier de section à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur au Collège d'Europe à Bruges et à Varsovie.
 M. BOSSUYT, juge à la Cour d'arbitrage (b.) et professeur à l'Université d'Anvers (U.I.A.).
 J. CALLEWAERT, chef de division au greffe de la Cour européenne des droits de l'homme et chargé de cours à l'École supérieure allemande de sciences administratives.
 G. COHEN-JONATHAN, professeur à l'Université de Paris II et président de l'Institut international des droits de l'homme.
 J.-P. COSTA, vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme.
 J.-P. COT, professeur émérite à l'Université de Paris I, chercheur associé au Centre de droit international de l'Université de Bruxelles.
 V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, professeur à l'Université de Lille II.
 R. DANOVI, avocat au barreau de Milan, président du *Consiglio nazionale forense* italien.
 E. DECAUX, professeur à l'Université de Paris II.
 B. DEJEMPEPE, conseiller à la Cour de cassation (b.).
 M. DELMAS-MARTY, professeur à l'Université de Paris I et professeur au Collège de France.
 F. DELPÉRÉE, professeur à l'Université catholique de Louvain.
 M. del TUFO, professeur à l'Université de Naples II.
 R. ERGEC, avocat et professeur à l'Université de Bruxelles.
 R. ERREERA, conseiller honoraire au Conseil d'Etat (fr.) et ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature.
 J.-F. FLAUSS, professeur à l'Université de Lausanne et secrétaire général de l'Institut international des droits de l'homme.
 G. FLECHEUX, ancien bâtonnier du barreau de Paris, président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.
 P. DE FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.
 M. FRANCHIMONT, ancien bâtonnier du barreau de Liège et professeur émérite à l'Université de Liège.
 M. HOTTELLIER, professeur à l'Université de Genève.
 E. IAKHIAN, ancien bâtonnier du barreau de Bruxelles.
 G. MALINVERNI, professeur à l'Université de Genève.
 S. MARCUS-HELMONS, professeur émérite à l'Université catholique de Louvain.
 P. MARTENS, juge à la Cour d'arbitrage (b.) et chargé de cours aux Universités de Liège et de Bruxelles.
 M. MELCHIOR, président de la Cour d'arbitrage (b.) et professeur à l'Université de Liège.
 P. PARARAS, conseiller d'Etat (gr.), professeur à l'Université Démocrite de Thrace.
 F. RIGAUX, professeur émérite à l'Université catholique de Louvain.
 J. SACE, président de section émérite à la Cour de cassation (b.) et chargé de cours aux Universités de Bruxelles et de Mons.
 A. SPIELMANN, procureur général d'Etat honoraire de Luxembourg et ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme.
 F. SUDRE, professeur à l'Université de Montpellier I et directeur de l'Institut de droit européen des droits de l'homme.
 P. TAVERNIER, professeur à l'Université de Paris XI.
 F. TEITGEN, ancien bâtonnier du barreau de Paris.
 S. TRECHSEL, professeur à l'Université de Zürich et ancien président de la Commission européenne des droits de l'homme.
 F. TULKENS, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.
 J. VERHOEVEN, professeur à l'Université de Paris II.
 P. WACHSMANN, professeur à l'Université de Strasbourg.

REVUE TRIMESTRIELLE
DES DROITS DE L'HOMME

Comité de rédaction

Directeur

Pierre LAMBERT, avocat, président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles

Secrétaire de rédaction

Marc VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain

Membres

Jérôme BENZIMRA-HAZAN, ingénieur d'études en droit public à l'Université de Paris II, secrétaire général du Centre de recherches sur les droits de l'homme

Alessandra CAMBI-FAVRE-BULLE, avocat au barreau de Genève

Sébastien DEPRÉ, avocat au barreau de Bruxelles et chargé d'enseignement à l'Université catholique de Louvain

Hanspeter MOCK, conseiller à l'ambassade de Suisse à Paris

Christophe PETITI, avocat au barreau de Paris, secrétaire général de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris

Michel PUECHAVY, avocat au barreau de Paris
 Jacques REGNIER, premier auditeur au Conseil d'Etat de Belgique

Dean SPIELMANN, avocat au barreau de Luxembourg et chargé de cours au Centre universitaire de Luxembourg

Pierre VANDERNOOT, conseiller d'Etat (b.) et maître de conférences à l'Université de Bruxelles

Nathan WEINSTOCK, avocat au barreau de Bruxelles

Secrétaire administrative
 Viviane FRANÇOIS



HEMESIS

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 26 juillet
2002

Siég. : MM. et M^{mes} A. Amor, N. Ando, P.N. Bhagwati, L. Henkin,
A.T. Khalil, E. Klein, D. Kretzmer, R. Lallah, R.R. Posada,
M. Scheinin, I. Shearer, H.S. Yrigoyen, P. Vella et M. Yalden.
Plaid. : Me Serge Pautot.

(Wackenheim c. la France)

PACTE INTERNATIONAL relatif aux droits civils et politiques. — Article 26. — Discrimination. — Portée. — Non-violation.

L'article 26 du Pacte ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. L'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est donc pas limitée aux droits stipulés dans le pacte.

Toute distinction entre les personnes ne constitue pas obligatoirement une discrimination, interdite par l'article 26 du Pacte. Une distinction constitue une discrimination lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs objectifs et raisonnables.

La distinction entre les personnes visées par l'interdiction, à savoir les nains, et celles auxquelles elle ne s'applique pas, à savoir les personnes qui ne sont pas atteintes de nanisme, est fondée sur une raison objective et n'a pas d'objet discriminatoire. Le Comité considère que l'Etat partie a démontré, en l'espèce, que l'interdiction du lancer de nains tel que pratiqué par le requérant ne constituait pas une mesure abusive mais était nécessaire afin de protéger l'ordre public, celui-ci faisant notamment intervenir des considérations de dignité humaine qui sont compatibles avec les objectifs du Pacte.

Le simple fait qu'il puisse exister d'autres activités susceptibles d'être interdites ne suffit pas en soi à conférer un caractère discriminatoire à l'interdiction du lancer de nains.

(...)

(Extraits)

RAPPEL DES FAITS PRÉSENTÉS PAR LE REQUÉRANT

2.1. Le requérant, atteint de nanisme, se produisait depuis juillet 1991 dans des spectacles dits de « lancer de nains » produits par la Société Fun-Productions. Muni des protections nécessaires, il se faisait lancer à une courte distance sur un matelas

pneumatique par certains clients de l'établissement dans lequel le spectacle était organisé (discothèque).

2.2. Le 27 novembre 1991, le ministre français de l'Intérieur a publié une circulaire relative à la police des spectacles, en particulier à l'organisation de spectacles dits de « lancer de nains ». Celle-ci prescrivait aux préfets d'user de leur pouvoir de police pour demander aux maires une grande vigilance à l'égard des spectacles de curiosité organisés dans leur commune. La circulaire précisait que l'interdiction des « lancers de nains » devrait notamment se fonder sur l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2.3. Le 30 octobre 1991, le requérant a demandé l'annulation devant le tribunal administratif de Versailles d'un arrêté du 25 octobre 1991 par lequel le maire de Morsang-sur-Orge avait interdit le spectacle de « lancer de nains » prévu dans une discothèque de sa commune. Par jugement du 25 février 1992, le tribunal administratif a annulé l'arrêté du maire au motif que :

« Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le spectacle dont l'interdiction a été prononcée ait été de nature à porter atteinte au bon ordre, à la tranquillité ou à la salubrité publiques dans la ville de Morsang-sur-Orge; que la seule circonstance que certaines personnalités aient exprimé publiquement leur désapprobation de l'organisation d'un tel spectacle ne pouvait être de nature à laisser présager la survenance de trouble à l'ordre public; qu'à supposer même que ledit spectacle ait porté atteinte à la dignité humaine et ait revêtu un aspect dégradant ainsi que le soutient le maire, l'interdiction ne pouvait légalement être décidée en l'absence de circonstances locales particulières; qu'ainsi l'arrêté attaqué est entaché d'excès de pouvoir (...) ».

2.4. Le 24 avril 1992, la commune de Morsang-sur-Orge représentée par son maire en exercice a fait appel du jugement du 25 février 1992.

2.5. Par arrêt du 27 octobre 1995, le Conseil d'Etat a annulé ledit jugement au motif d'une part, que le « lancer de nains » est une attraction qui porte atteinte à la dignité de la personne humaine, dont le respect est une composante de l'ordre public, l'autorité investie du pouvoir de police municipale en étant la garante et, d'autre part, que le respect du principe de la liberté du travail et du commerce ne fait pas obstacle à ce que cette autorité interdise une activité même licite si elle est de nature à troubler l'ordre public. Le Conseil d'Etat précisait que cette attraction pouvait être interdite même en l'absence de circonstances locales particulières.

2.6. Le 20 mars 1992, le requérant a présenté une autre requête tendant à l'annulation de l'arrêté du 23 janvier 1992 par lequel le maire de la commune d'Aix-en-Provence avait interdit le spectacle du « lancer de nains » prévu sur le territoire de sa commune. Par jugement du 8 octobre 1992, le tribunal administratif de Marseille a annulé la décision du maire au motif que l'activité en cause n'était pas de nature à porter atteinte à la dignité humaine. Par requête datée du 16 décembre 1992, la ville d'Aix-en-Provence représentée par son maire, a fait appel de ce jugement. Par arrêt du 27 octobre 1995, le Conseil d'Etat a annulé ledit jugement pour les mêmes motifs que ceux développés ci-dessus. Depuis cet arrêt, la Société Fun-Productions a décidé d'abandonner ce type d'activité. Malgré son souhait de poursuivre cette activité, le requérant est depuis lors sans emploi en raison de l'absence d'organisateur de spectacles de « lancer de nains ».

TENEUR DE LA PLAINTE

3. Le requérant affirme que l'interdiction d'exercer son travail a eu des conséquences négatives sur sa vie et représente une atteinte à sa dignité. Il se déclare victime de la part de la France d'une violation de son droit à la liberté, au travail, au respect de la vie privée et à un niveau de vie suffisant ainsi que d'une discrimination. Il présume d'une part qu'en France il n'y a pas d'emploi pour les nains, et d'autre part que son travail ne constitue pas une atteinte à la dignité humaine car la dignité est de trouver un emploi. Le requérant invoque le paragraphe 1 de l'article 2, le paragraphe 2 de l'article 5⁽¹⁾, le paragraphe 1 de l'article 9, l'article 16⁽²⁾, le paragraphe 1 de l'article 17 et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

OBSERVATIONS DE L'ÉTAT PARTIE

4.1. Dans ses observations du 13 juillet 1999, l'Etat partie considère en premier lieu que les violations alléguées du paragraphe 1 de l'article 9 et de l'article 16 doivent être écartées d'emblée dans la mesure où ces griefs sont sans rapport avec les faits de l'espèce. L'Etat partie précise que le grief tiré de la violation du paragraphe 1 de l'article 9 est, en substance, identique à celui relatif à la violation de l'article 5 de la Convention européenne, qui a déjà été porté par le requérant devant la Commission européenne⁽³⁾. Il estime que ce grief doit être rejeté pour les mêmes raisons que celles invoquées par la Commission. Selon l'Etat partie, le requérant n'a en effet fait l'objet d'aucune privation de liberté. Concernant le grief de violation de l'article 16 du Pacte, l'Etat partie précise que le requérant ne développe aucune argumentation de nature à démontrer que l'interdiction de spectacles de lancer de nains aurait porté une quelconque atteinte à sa personnalité juridique. L'Etat partie affirme en outre que ces mesures d'interdiction ne comportent nullement en cause sa personnalité juridique du requérant et donc ne remettent nullement en cause sa liberté de sujet de droit. D'après l'Etat partie, au contraire, elles le reconnaissent titulaire d'un droit au respect de sa dignité en tant qu'être humain et assurent la jouissance effective de ce droit.

4.2. Au sujet de la violation alléguée du paragraphe 1 de l'article 17 du Pacte, l'Etat partie déclare que les votes de recours internes n'ont pas été épuisés. Il estime que la communication, étant fondée sur les mêmes faits et procédures que ceux portés à la connaissance de la Commission européenne, l'absence d'invoication du grief de violation du droit au respect de la vie privée et familiale devant les juridictions nationales a ici également pour conséquence de rendre la communication irrecevable.

(1) Le requérant ne développe pas d'argumentation quant à la violation alléguée de cet article.
(2) Le requérant ne développe pas d'argumentation quant à la violation alléguée de cet article.

(3) Il ressort des pièces du dossier que, le 4 février 1994, la Commission européenne des droits de l'homme a été saisie par M. Manuel Wackenheim de sa plainte contre la France. Le 16 octobre 1996, la Commission a déclaré la plainte irrecevable au motif, d'une part, que le requérant n'avait pas épuisé les voies de recours internes relativement aux violations alléguées des articles 8 et 14 (discrimination dans l'exercice du droit au travail) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et d'autre part, que les griefs du requérant au regard du paragraphe 1 de l'article 5, et de l'article 14 de la Convention étaient incompatibles *ratione materiae*.

vable. A titre subsidiaire, s'agissant du droit du requérant au respect de sa vie privée, l'Etat partie explique que l'interdiction litigieuse n'a emporté aucune violation du paragraphe 1 de l'article 17 du Pacte. Selon l'Etat partie, dans un premier temps, il apparaît que le droit dont se prévaut le requérant — et qui lui permettrait de se faire « lancer » publiquement et à titre professionnel — n'appartient pas à la sphère de la vie privée et familiale. Il n'est pas davantage certain qu'il ressortisse au domaine de la vie privée. L'Etat partie argue que la pratique du lancer de nains est une pratique publique et constitue pour le requérant une véritable activité professionnelle. Pour ces raisons, l'Etat partie conclut qu'il semble exclu qu'elle puisse être protégée au nom de considérations tirées du respect dû à la vie privée. Elle relève d'ailleurs, comme le souligne la motivation retenue par le Conseil d'Etat, de la liberté du travail ou de la liberté du commerce et de l'industrie. Dans un second temps, l'Etat partie ajoute qu'en admettant même, au nom d'une conception particulièrement extensive de cette notion, que la possibilité de se faire « lancer » à titre professionnel relève bien du droit au respect de la vie privée du requérant, la limitation apportée à ce droit ne serait pas contraire aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 17 du Pacte. Ladite limitation est en effet, d'après l'Etat partie, justifiée par des considérations supérieures tirées du respect dû à la dignité de la personne humaine. Elle repose donc sur un principe fondamental et ne constitue dès lors ni une atteinte illégale, ni une atteinte arbitraire au droit des individus au respect de leur vie privée et familiale.

4.3. En ce qui concerne la violation alléguée du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, l'Etat partie estime que les dispositions de cet article sont voisines de celles figurant à l'article 14 de la Convention européenne et rappelle que la Commission avait considéré que cet article, invoqué par le requérant dans sa requête devant cette instance, ne trouvait pas à s'appliquer en l'espèce, car le requérant n'invoquait pas par ailleurs le bénéfice d'aucun droit protégé par la Convention. L'Etat partie fait valoir qu'il en est de même dans la présente communication au motif que le requérant ne démontre pas davantage que le droit de se faire lancer professionnellement, dont il se prévaut, serait reconnu par le Pacte ou qu'il se rattacherait à l'un des droits qui y figurent. L'Etat partie ajoute qu'à supposer que le requérant entende se prévaloir de tels droits, il convient de rappeler que la liberté du travail et la liberté du commerce et de l'industrie ne sont pas au nombre des droits protégés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

4.4. Au sujet de la violation alléguée de l'article 26 du Pacte, l'Etat partie souligne que le Conseil d'Etat considère que la clause de non-discrimination de cet article est le pendant de celle figurant au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, et que comme c'est le cas pour ce dernier article, son champ d'application se limite aux droits protégés par le Pacte (*). Cette interprétation conduit, selon l'Etat partie, à la conclusion déjà exposée relativement à la violation alléguée du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, que le droit pour un nain de se faire lancer à titre professionnel ne se rattache à aucun des droits protégés par le Pacte, et que dès lors, la question de la non-discrimination ne se pose pas. L'Etat partie ajoute que, si pour les besoins du raisonnement, l'on suppose que la clause de non-discrimination de l'article 26 du Pacte vaut pour l'ensemble des droits consacrés dans le Pacte et dans l'ordre juridique interne, se pose alors la question du caractère discriminatoire de l'interdiction litigieuse. L'Etat partie affirme qu'à l'évidence, cette interdiction n'est pas discriminatoire. Par définition, elle ne s'applique qu'aux personnes atteintes de nanisme, car elles sont seules susceptibles d'être concernées par l'activité interdite et l'indignité de

(4) Conseil d'Etat, *Vue Doukouré*, avis de section du 15 avril 1996, N. 176399.

cette activité résulte tout particulièrement des particularités physiques de ces personnes. D'après l'Etat partie, il ne peut lui être fait grief de traiter différemment les nains et ceux qui ne le sont pas, puisqu'il s'agit là de deux catégories différentes d'individus, dont l'une ne peut être concernée par le phénomène du « lancer » pour d'évidentes raisons physiques. L'Etat partie note par ailleurs que la question de l'indignité d'une activité consistant à lancer des personnes de taille normale, c'est-à-dire non affectées d'un handicap particulier, se poserait dans des termes très différents (*). L'Etat partie conclut que la différence de traitement repose sur une différence objective de situation entre les personnes atteintes de nanisme et celles qui ne le sont pas, et à ce titre et compte tenu de l'objectif de préservation de la dignité humaine sur lequel elle repose, elle est légitime et, en tout état de cause, conforme à l'article 26 du Pacte.

4.5. Concernant la violation alléguée du paragraphe 2 de l'article 5 du Pacte, l'Etat partie déclare que le requérant ne développe aucune argumentation en vue de démontrer en quoi l'interdiction du lancer de nains serait contraire aux dispositions en cause. D'après l'Etat partie, il est difficile de percevoir en quoi les autorités nationales auraient, en se fondant sur le Pacte, indûment restreint l'exercice des droits reconnus en droit interne. Mentionnant que peut-être le requérant considère que les autorités ont manifesté une conception trop extensive de la notion de dignité humaine, qui l'a empêché de jouir de ses droits au travail et à exercer l'activité qu'il librement choisie, l'Etat partie argue que le droit de la personne humaine au respect de sa dignité n'est pas au nombre des droits figurant dans le Pacte, même si certaines dispositions qui y figurent s'inspirent bien de cette notion — et notamment celles relatives à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. Pour cette première raison, l'Etat partie conclut que le paragraphe 2 de l'article 5 ne trouve pas à s'appliquer ici. L'Etat partie ajoute qu'à supposer que l'on retienne, par pure hypothèse, l'applicabilité de cet article, ses dispositions ne seraient pas méconvenues. L'Etat partie explique que la démarche des autorités ne procède pas de la volonté de restreindre abusivement la liberté du travail et la liberté du commerce et de l'industrie en invoquant le respect dû à la personne humaine. Cette démarche consiste, d'après l'Etat partie, de façon très classique en matière de police administrative, à concilier l'exercice de libertés économiques avec le souci de faire respecter l'ordre public, dont l'une des composantes est la moralité publique. L'Etat partie précise que la conception retenue ici ne présente aucun caractère excessif puisque, comme l'a relevé le Commissaire du Gouvernement Frydman dans ses conclusions, d'une part l'ordre public intègre de longue date des considérations de moralité publique et, d'autre part, il serait choquant que le principe fondamental du respect dû à la personne humaine cède devant des considérations matérielles propres au requérant — et par ailleurs peu répandues — portant ainsi préjudice à l'ensemble de la communauté à laquelle il appartient.

4.6. Pour tous ces motifs, l'Etat partie conclut que la communication doit être rejetée comme étant dépourvue de fondements en tous ses griefs.

COMMENTAIRES DU CONSEIL DU REQUÉRANT AUX OBSERVATIONS DE L'ÉTAT PARTIE

5.1. Dans ses commentaires datés du 19 juin 2000, le conseil du requérant considère que l'Etat partie se retranche tout d'abord derrière deux arrêts identiques ren-

(5) Conclusions du Commissaire du Gouvernement Patrick Frydman, *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 664.

das le 27 octobre 1995 par le Conseil d'Etat qui reconnaît aux maires le droit d'interdire les spectacles de « lancer de nains » dans leur commune, au motif que « la dignité humaine est une composante de l'ordre public », même en l'absence de circonstances locales particulières, et malgré l'accord de la personne concernée. Le Conseil rappelle les faits, objet de la communication et notamment l'annulation des arrêtés municipaux d'interdiction de spectacles par les tribunaux administratifs ainsi que la circulaire du Ministre de l'intérieur.

5.2. Le conseil déclare que les décisions importantes prises sur le plan des principes dans le cas de M. Waackenheim sont décevantes. Il note qu'à la conception classique de la trilogie de l'ordre public français, le bon ordre (la tranquillité), la sûreté (la sécurité), la salubrité publique, on ajoute la moralité publique, le respect de la dignité humaine entrant dans cette quatrième composante. D'après le conseil, cette jurisprudence, à l'aube du XXI^e siècle, réactive la notion d'ordre moral en direction d'une activité aussi marginale qu'innoffensive comparée aux nombreux comportements réellement violents et agressifs que tolère actuellement la société française. Il ajoute qu'il s'agit de la consécration d'un nouveau pouvoir de police risquant d'ouvrir la porte à tous les abus, et pose la question de savoir si le maire va s'engager en censeur de la moralité publique et en protecteur de la dignité humaine. Il se demande également si les tribunaux vont décider du bonheur des citoyens. Selon le conseil, jusqu'à présent le juge pouvait prendre en compte la protection de la moralité publique en tant qu'elle a des répercussions sur la tranquillité publique. Or, le conseil affirme que cette condition n'était pas réunie pour le spectacle du lancer de nains.

5.3. Le conseil maintient les éléments fondant sa plainte et souligne que le travail est un élément de la dignité de l'homme et que priver un homme de son travail revient à lui ôter une partie de sa dignité.

DÉLIBÉRATIONS DU COMITÉ SUR LA RECEVABILITÉ

6.1. Avant d'examiner une plainte soumise dans une communication, le Comité des droits de l'homme doit, conformément à l'article 87 de son règlement intérieur, déterminer si cette communication est recevable en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte.

6.2. Bien que la France ait une réserve à l'article 5, paragraphe 2a, le Comité constate que l'Etat-partie n'a pas invoqué cette réserve et que dès lors, il n'est pas fait obstacle à l'examen de la communication par le Comité.

6.3. Relativement aux plaintes de violations du paragraphe 1 de l'article 9 et de l'article 16 du Pacte, le Comité a pris note des arguments de l'Etat partie concernant l'incompatibilité *ratione materiae* de ces allégations avec les dispositions du Pacte. Il considère que les éléments présentés par le requérant ne permettent pas d'invoquer une violation des dispositions incriminées et d'établir la recevabilité des griefs au titre de l'article 2 du Protocole facultatif.

6.4. En ce qui concerne les allégations de violation du paragraphe 1 de l'article 17 du Pacte, le Comité relève qu'à aucun moment le grief de violation du droit au respect de la vie privée et familiale n'a été invoqué par le requérant devant les juridictions nationales. Le requérant n'a donc pas épuisé en l'espèce tous les recours dont il aurait pu user. Le Comité déclare en conséquence cet aspect de la communication irrecevable au regard du paragraphe 2 b de l'article 5 du Protocole facultatif.

6.5. Pour ce qui est du grief de violation du paragraphe 2 de l'article 5 du Pacte, le Comité note que l'article 5 du Pacte constitue un engagement général des Etats

parties et ne peut être invoqué par des particuliers pour fonder à lui seul une communication au titre du Protocole facultatif. Par conséquent, cette plainte est irrecevable au titre de l'article 3 du Protocole facultatif. Par conséquent, cette plainte est irrecevable au titre de l'article 3 du Protocole facultatif. Néanmoins, cette conclusion n'empêche pas le Comité de prendre en considération l'article 5 dans l'interprétation et l'application d'autres dispositions du Pacte

6.6. En ce qui concerne l'allégation de discrimination au titre de l'article 26 du Pacte, le Comité a pris note de l'observation de l'Etat partie d'après laquelle le Conseil d'Etat considère que le champ d'application de l'article 26 se limite aux droits protégés par le Pacte. Le Comité souhaite cependant rappeler sa jurisprudence qui a établi que l'article 26 ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. L'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est donc pas limitée aux droits stipulés dans le Pacte. L'Etat partie n'ayant pas soulevé d'autres arguments contre la recevabilité, le Comité déclare la communication recevable dans la mesure où elle semble soulever des questions au regard de l'article 26 du Pacte et procède à l'examen de la plainte sur le fond, conformément au paragraphe 2 de l'article 5 du Protocole facultatif.

EXAMEN SUR LE FOND

7.1. Le Comité des droits de l'homme a examiné la présente communication en tenant compte de toutes les informations écrites communiquées par les parties, conformément au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole facultatif.

7.2. Le Comité doit déterminer si l'interdiction par les autorités de l'activité de « lancer de nains » constitue une discrimination au regard de l'article 26 du Pacte, comme l'affirme le requérant.

7.3. Le Comité rappelle sa jurisprudence selon laquelle toute distinction entre les personnes ne constitue pas obligatoirement une discrimination, interdite par l'article 26 du Pacte. Une distinction constitue une discrimination lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs objectifs et raisonnables. La question, en l'espèce, est de savoir si la distinction entre les personnes visées par l'interdiction prononcée par l'Etat partie et celles auxquelles cette interdiction ne s'applique pas peut être valablement justifiée.

7.4. L'interdiction du lancer prononcée par l'Etat partie dans la présente affaire s'applique uniquement aux nains (comme décrit au paragraphe 2.1.). Toutefois, si ces personnes sont visées à l'exclusion des autres, la raison en est qu'elles sont seules susceptibles d'être lancées. Ainsi, la distinction entre les personnes visées par l'interdiction, à savoir les nains, et celles auxquelles elle ne s'applique pas, à savoir les personnes qui ne sont pas atteintes de nanisme, est fondée sur une raison objective et n'a pas d'objet discriminatoire. Le Comité considère que l'Etat partie a démontré, en l'espèce, que l'interdiction du lancer de nains tel que pratiqué par le requérant ne constituait pas une mesure abusive mais était nécessaire afin de protéger l'ordre public, celui-ci faisant notamment intervenir des considérations de dignité humaine qui sont compatibles avec les objectifs du Pacte. En conséquence, le Comité conclut que la distinction entre le requérant et les personnes auxquelles l'interdiction prononcée par l'Etat partie ne s'applique pas reposait sur des motifs objectifs et raisonnables.

7.5. Le Comité n'ignore pas qu'il existe d'autres activités qui ne sont pas interdites mais qui pourraient l'être éventuellement sur la base de motifs analogues à

ceux qui justifient l'interdiction du lancer de nains. Toutefois, le Comité est d'avis que, compte tenu du fait que l'interdiction du lancer de nains est fondée sur des critères objectifs et raisonnables et que le requérant n'a pas établi que cette mesure avait une visée discriminatoire, le simple fait qu'il puisse exister d'autres activités susceptibles d'être interdites ne suffit pas en soi à conférer un caractère discriminatoire à l'interdiction du lancer de nains. Pour ces raisons, le Comité estime qu'en prononçant ladite interdiction, l'Etat partie n'a pas violé, en l'espèce, les droits du requérant tels qu'ils sont énoncés à l'article 26 du Pacte.

7.6. Le Comité des droits de l'homme, agissant en vertu du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, estime que les faits dont il est saisi ne font apparaître aucune violation du Pacte.

OBSERVATIONS

Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du « lancer de nains » devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies

« Comme la mauvaise monnaie chasse la bonne, la morale la moins sévère sape la plus exigeante » (1).

1. En estimant que les faits dont il était saisi, dans l'affaire *Wackenheim c. la France*, ne faisaient apparaître aucune violation de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques le Comité des droits de l'homme des Nations Unies clôt, en ce 15 juillet 2002 (2), un contentieux fort médiatisé dont les étudiants des facultés de droit ne cessent de débattre depuis quelques années. Pour autant, il ne signe certainement pas le terme de l'intense controverse doctrinale opposant les thuriféraires de la primauté du principe du respect de la dignité humaine (3) aux contempteurs du

(1) C. ARLAS et D. LINORTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Dalloz*, 1977, Chron. XXXIV, p. 251.

(2) *Wackenheim c. France*, communication n° 854/1999, CCPR/C/75/D/854/1999, Nations Unies, Ass. gén., Doc. off., 57^e session, suppl. n° 40 (A/57/40, vol. II, pp. 167-174). En l'absence de son invocation en l'espèce, le Comité ne se trouve pas entravé par l'effet de la réserve française à l'article 5, § 2 a) du Protocole facultatif (sur cette question, voy. : F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., 5^e éd., 2001, n° 290; J. DHOMBEAUX, « La recevabilité des communications individuelles par le Comité des droits de l'homme », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies — Les communications individuelles*, IDEDH, Université de Montpellier I, 1995, pp. 19-21).

(3) Voy., notamment : B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz* 1997, *Chron.*, pp. 185-188; F. HAMON, « La protection de

prétendu retour à l'ordre moral (4), voire à ceux qui y voient le triomphe du « jurnaturalisme radical » (5) sinon le germe du totalitarisme (6) — débat sans fin possible puisqu'il renvoie à l'interrogation sur le fondement même des droits de l'homme et, plus généralement, de la liberté.

2. Né en 1967, atteint de nanisme, Manuel Wackenheim participait depuis le mois de juillet 1991 à des spectacles de *lancer de nains*, produits par la *Société Fun-Productions*. Venues des pays anglo-saxons, particulièrement d'Australie, ces attractions hautement édifiantes se déroulaient dans des discothèques et consistaient pour certains clients de l'établissement à accomplir l'exploit de projeter, en s'en saisissant par une poignée, le plus loin possible, un nain muni des protections nécessaires — copiées sur celles des costumes des joueurs de football américain —, sur un matelas pneumatique. Usant de leur pouvoir de police générale, les maires de Morsang-sur-Orge et d'Aix-en-Provence interdisent, les 25 octobre 1991 et 23 janvier 1992, ces manifestations sur le territoire de leurs communes, les jugeant incompatibles avec le respect de la dignité de la personne humaine. Un temps désavouée par les tribunaux administratifs de Versailles (25 févr. 1992) (7) et de Marseille (8 oct. 1992) (8), leur initiative reçoit la consécration du Conseil d'Etat dans deux arrêts d'Assemblée, le 27 octobre 1995, rendus conformé-

← La dignité humaine par la police municipale », *JCP G* 1996, II, 22630; B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la CEDH*, La documentation française, 1999, pp. 105-114.

(4) Voy., les nombreuses notes et études critiques suscitées par les arrêts du Conseil d'Etat du 27 octobre 1995, évoqués ci-après, notamment : G. LEBRETON, *Dalloz* 1996, J., 177; N. DEFFAINS, *Rev. trim. dr. h.* 1996, pp. 673-693; M. GROS et J.-C. FROMENT, *RD P* 1996, pp. 536-564.

(5) O. CAYLA, « Le coup d'Etat de droit ? », *Le Débat*, 1998, pp. 122-132; « Jeux de nains, jeux de vilains », in G. LEBRETON (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, L'Harmattan, 1998, pp. 151-164. L'auteur reprend son argumentaire dans un ouvrage récent : O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Ferruche*, Le débat/Gallimard, 2002, pp. 56-59.

(6) J. MOURGEON, « Les droits de l'être humain, destructeurs de sa liberté », *Mélanges Madiot*, Bruylant, 2000, pp. 404-405.

(7) Le tribunal administratif de Versailles estime « qu'à supposer même que ledit spectacle ait porté atteinte à la dignité humaine et ait revêtu un aspect dégradant ainsi que le soutient le maire, l'interdiction ne pouvait légalement être décidée en l'absence de circonstances locales particulières... » (voy., la note de J.-F. FLAUS, « L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. fr. dr. adm.*, 1995, pp. 1027-1031).

(8) Selon ce dernier, l'activité visée n'était pas de nature à porter atteinte à la dignité humaine.

ment aux conclusions du commissaire du Gouvernement Patrick Frydman⁽⁹⁾. Ces décisions sonnent le glas des activités de l'organisateur de tels spectacles. Elles privent également l'intéressé de l'emploi qu'il souhaitait continuer à exercer mais ne le dissuadent pas d'adresser, d'abord, une requête à la Commission européenne des droits de l'homme devant laquelle il invoque une violation des articles 5, § 1, 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁽¹⁰⁾, puis, ultime espoir, à la suite de la décision d'irrecevabilité de celle-ci⁽¹¹⁾, de transmettre une communication au Comité des droits de l'homme des Nations Unies⁽¹²⁾.

3. Écarté à Strasbourg, l'argument de l'existence d'une discrimination dans l'exercice du droit au travail rencontrait un terrain *a priori* bien plus favorable dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En effet, de jurisprudence

(9) *Rev. trim. dr. h.*, 1996, pp. 657-673 (les conclusions en question ont aussi été publiées in *Rev. fr. dr. adm.*, 1995, pp. 1204-1215).

(10) Au titre de l'article 5, § 1 (sic), M. Wackenheim argue d'une violation de son droit à la liberté d'exercer un emploi qu'il a choisi; il voit également dans l'interdiction d'exercer cette profession une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée ainsi qu'une discrimination dans l'exercice du droit au travail.

(11) Déc. 16 oct. 1996, *Manuel Wackenheim c. France*, req. n° 29961/96. La Commission écarte, à l'évidence, ses arguments : l'intéressé n'a fait l'objet d'aucune privation de liberté et n'a invoqué une atteinte au droit au respect de sa vie privée ni formellement ni en substance devant le juge interne; quant au recours à l'article 14, il suppose — ce qui n'est pas le cas en l'occurrence — l'existence d'un grief relevant de la compétence de l'organe de contrôle au regard d'un autre article.

(12) Les moyens développés dans la requête présentée devant la Commission européenne des droits de l'homme sont reproduits devant l'organe ousten. Certains d'entre eux (privation arbitraire de liberté, art. 9, § 1 PIDCP; immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, art. 17, § 1) sont, pour les mêmes motifs, déclarés irrecevables (§§ 6.3 et 6.4). Il en va de même de celui tiré de la violation de l'article 5, § 2 du Pacte, lequel « constitue un engagement général des Etats parties et ne peut être invoqué par des particuliers pour fonder à lui seul une communication au titre du Protocole facultatif ». Le Comité des droits de l'homme précise néanmoins que pareille conclusion ne saurait l'empêcher de « prendre en considération » cette disposition « dans l'interprétation et l'application d'autres dispositions du Pacte » (§ 6.5). Cette position est également la sienne à propos du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, inscrit dans l'article 1 : l'incompétence du Comité à l'égard de toute communication individuelle alléguant une infraction de celui-ci (M. LEVINET, « Le droit des minorités », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le CDH*, op. cit., pp. 84-88), ne lui interdit pas de l'interpréter, « lorsque ceci est pertinent afin de déterminer si les droits protégés dans les parties II et III du Pacte ont été violés » (Constatations du 15 juillet 2002, *Mlle Marie-Hélène Gillot et a. c. France*, Communication n° 932/2000, CCPR/C/75/D/932/2000, § 13.4, à propos de restrictions dans l'exercice du droit — garanti par l'article 25 du PIDCP — de participer aux scrutins d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie).

constante⁽¹³⁾, le Comité des droits de l'homme consacre l'autonomie de la clause de non-discrimination de l'article 26 (« *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi* »). Dans ces conditions, le droit garanti par cette disposition « s'analyse en un droit à la non-discrimination dans la jouissance de tout droit individuel, que celui-ci soit énoncé par le Pacte ou par tout autre instrument international »⁽¹⁴⁾. La constatation ici commentée ne manque pas de le rappeler. Contre l'Etat défendeur, qui entendait limiter l'applicabilité de l'article 26 aux seuls cas de violation concomitante d'un autre article du Pacte⁽¹⁵⁾ — et, partant, exclure l'invocation de la liberté du travail et celle du commerce et de l'industrie, absentes de ce dernier (§§ 4.3 et 4.4) —, le Comité réaffirme « sa jurisprudence qui a établi que l'article 26 ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome » (§ 6.6). Il lui appartient donc de « déterminer si l'interdiction par les autorités de l'activité de 'lancer de nains' constitue une discrimination au regard de l'article 26 du Pacte » (§ 7.2), celle-ci étant consommée dès lors que la distinction entre les personnes visées par la mesure controversée et celles auxquelles elle ne s'applique pas ne repose pas sur « des motifs objectifs et raisonnables ». Mais ce n'est pas le cas en l'espèce : épousant totalement les arguments de l'Etat partie (§ 4.4), le Comité estime, d'une part, que si les personnes atteintes de nanisme sont les seules concernées, « la raison en est qu'elles sont seules susceptibles d'être lancées » et, d'autre part, que la prohibition critiquée « ne constituait pas une mesure abusive mais était nécessaire afin de protéger l'ordre public, celui-ci faisant notamment intervenir des considérations de dignité humaine qui sont compatibles avec les objectifs du Pacte » (§ 7.4).

4. La tâche de l'organe de contrôle des Nations Unies n'était pas aisée dans la mesure où il affrontait des conceptions fort peu conciliables du « principe premier et impératif de la dignité

(13) F. SUDRE, « Le droit à la non-discrimination », in F. SUDRE (dir.), op. cit., pp. 34-43.

(14) F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., 5^e éd., 2001, n° 195.

(15) Le Comité des droits de l'homme rappelle ici la jurisprudence du Conseil d'Etat (Ass., Avis du 15 avril 1996, *M^{me} Doukouré*, AJDA, 1996, p. 565). Pour une analyse critique de cette position, voy. : F. SUDRE, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'Assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996 », *M^{me} Doukouré*, à l'arrêt de la Cour eur. dr. h. du 16 septembre 1996, *Grygusuz c. Autriche*, *Rev. fr. dr. adm.*, 1997, pp. 966 et s.

humaine»⁽¹⁶⁾. L'essentiel de la thèse défendue par Manuel Wackenheim consistait à prétendre que, loin de représenter une atteinte à la dignité humaine, en lui procurant « un niveau de vie suffisant », la poursuite de l'activité professionnelle de son choix en assurait, au contraire, la pleine réalisation (§ 3). A son tour, l'Etat défendeur mettait en avant « des considérations supérieures tirées du respect dû à la dignité de la personne humaine » (§§ 4.2 et 4.5). Ici, la dignité revendiquée résidait dans le fait de « trouver un emploi » (§ 3) ; là, « l'indignité » de l'activité litigieuse justifiait son interdiction absolue (§ 4.4). L'importance de l'enjeu méritait donc une analyse argumentée de la part du gardien du Pacte international. Celle-ci s'avère pourtant largement escamotée. Le commentateur est en droit de le déplorer tout comme, à l'instar de certains membres de la doctrine⁽¹⁷⁾, il peut regretter que le juge interne n'ait pas exploité les ressources de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou encore que le défaut d'épuisement des voies de recours internes n'ait pas donné au Comité des droits de l'homme sur le fondement de l'article 17, § 1 du Pacte ou à la Commission européenne des droits de l'homme l'occasion de se prononcer sur le terrain du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8, notamment, s'agissant de cette dernière, en raison de l'interprétation extensive dont ce dernier fait l'objet dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁽¹⁸⁾.

5. « Moralement embarrassante » et « pathétique », aux dires du commissaire du Gouvernement Patrick Frydman⁽¹⁹⁾, la thèse avancée par le requérant appelait une récusation autrement plus étoffée que celle délivrée par le Comité des droits de l'homme. Les critiques, parfois très virulentes, d'une partie de la doctrine à l'égard des arrêts du 27 octobre 1995 la rendaient également nécessaire. Outre l'atteinte à sa dignité personnelle résultant de la privation de son emploi, Manuel Wackenheim fustigeait, en effet, l'élargissement de

(16) G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 11.

(17) J.-F. FLAUS, *op. cit.* L'auteur présente les « trois séries d'interrogations fondamentales » qu'appelait une solution du litige conforme au principe de la hiérarchie des normes : « 1° Le lancer de nains est-il assimilable à un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la CEDH ? ; 2° L'interdiction du traitement dégradant est-elle un droit 'renonçable' dans le cadre de la CEDH ? ; 3° L'autorité nationale est-elle habilitée à se réclamer de l'article 3 de la CEDH pour édicter une réglementation de protection des individus contre eux-mêmes ? » (p. 1028).

(18) F. SUDRE, « Les aléas de la notion de 'vie privée' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges L.E. Pettiti*, Bruylant, 1998, pp. 687-705.

(19) *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 665.

la notion d'*ordre public*, opérée, selon lui, par le Conseil d'Etat et, partant, une « jurisprudence » qui, non seulement, « à l'aube du XXI^e siècle réactive la notion d'ordre moral en direction d'une activité aussi marginale qu'inoctive comparée aux nombreux comportements réellement violents et agressifs que tolère actuellement la société française », mais permet à l'autorité municipale de « s'ériger en censeur de la moralité publique et en protecteur de la dignité humaine » et aux tribunaux de « décider du bonheur des citoyens » (§ 5.2). La réponse du Comité des droits de l'homme est plutôt sommaire : il accepte, sans s'expliquer, que l'ordre public intègre « des considérations de dignité humaine » (§ 7.4) et, s'il concède que d'autres activités non prohibées « pourraient l'être éventuellement sur la base de motifs analogues à ceux qui justifient l'interdiction du lancer de nains », ce « simple fait... ne suffit pas en soi à conférer un caractère discriminatoire » à celle-ci (§ 7.5). En tout et pour tout, une formulation elliptique, là où le Conseil d'Etat et son commissaire du Gouvernement — en insistant sur « la nature de l'attraction en cause », laquelle primait le respect du principe de la liberté du travail comme celui de la liberté du commerce et de l'industrie — s'étaient appliqués à dégager une solution argumentée.

6. Pour autant, le résultat auquel parvient l'organe onusien paraît bien peu contestable. A n'en pas douter, comme les remarquables conclusions de Patrick Frydman l'avaient démontré, le spectacle visé était vulgaire, malsain et, au total, scandaleux. Les critiques des arrêts du 27 octobre 1995 le reconnaissent volontiers⁽²⁰⁾ : il s'avère difficile de voir dans une attraction où l'intéressé est traité en raison de son handicap comme un simple projectile, rabaisé au rang d'objet, et qui ramène l'humanité aux jeux du cirque de l'Antiquité, un élément d'épanouissement personnel. Le lancer de nains bafoue d'ailleurs, non seulement la dignité de son principal acteur mais aussi celle des personnes atteintes de nanisme⁽²¹⁾ comme la dignité des spectateurs qui y participaient ou

(20) « Nul ne saurait contester le caractère profondément affligeant du spectacle de lancer de nains qui laisse méditatif sur les progrès de la civilisation dans un pays encore supposé être développé » (J.-P. THERON, « Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable », in *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 302). De même : N. DEFFAINS, *op. cit.*, p. 693.

(21) La réaction de la comédienne Mimie MATHY, rapportée par P. FRYDMAN, est, à cet égard, exemplaire.

y assistaient⁽²²⁾. Dans ces conditions, peu importent et les mesures de protection prises pour assurer la sécurité de la personne « lancée », et son consentement à pareille exhibition. Puisqu'il s'agit de la sauvegarde d'une « exigence morale particulièrement solennelle »⁽²³⁾, l'inclusion du respect de la dignité de la personne humaine — « concept absolu s'il en est »⁽²⁴⁾ — parmi les « composantes de l'ordre public » paraît parfaitement légitime. Il en va de même de la possibilité pour les autorités publiques compétentes d'interdire une telle manifestation, « même en l'absence de circonstances locales particulières »⁽²⁵⁾. Par conséquent, le cantonnement de l'exercice du pouvoir de police à la préservation de la *moralité publique*, de crainte de voir l'autorité publique imposer un *ordre moral*⁽²⁶⁾ semble être une fausse bonne solution dans la mesure où l'ordre public renvoie ici à un ordre objectif de valeurs, à une « conception de l'Humanité », à « une certaine anthropologie qui se tient au fondement de notre Droit »⁽²⁷⁾. L'ordre public est un simple vecteur de la *fondamentalité*⁽²⁸⁾ : il « ne peut s'épuiser dans une définition ni même dans une détermination écrite »⁽²⁹⁾; il « ne vaut qu'en raison de sa fonction, qui est de sauvegarder les droits fondamentaux ou leurs conditions générales »⁽³⁰⁾ et « comprend donc tous les motifs de nature à justifier » qu'ils soient limités « dans

(22) Ce qui explique que Paul MARTENS ait pu écrire que les arrêtés du Conseil d'Etat désignent « comme titulaire du droit au respect de la dignité humaine, non la personne concernée, mais la communauté humiliée des personnes de petite taille et, en sous-entendant que la dignité des spectateurs était aussi en cause, l'humanité toute entière » (« Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, pp. 571-572).

(23) P. FRYDMAN, *Rev. trim. dr. h.* 1996, p. 668.

(24) « *Ibid.* », p. 665.

(25) Ce qui rend encore plus dépassée l'affirmation, maintes fois citée, de Maurice Hauriou selon laquelle « l'ordre public, au sens de la police, est l'ordre matériel et extérieur » (*Précis de droit administratif*, Sirey, 1927, p. 445).

(26) G. LEBRETON, « Le juge administratif face à l'ordre moral », in *Mélanges G. Peiser*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 375 : « Alors que la moralité publique vient d'en bas et constitue un facteur de paix sociale, l'ordre moral vient d'en haut et se veut un moyen de conquérir les âmes et d'opprimer les consciences ».

(27) E. FIGARD, « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis/Bruylant (Coll. « Droit et justice » n° 29), 2001, p. 41.

(28) Car « il ne faut pas confondre la cause de la fondamentalité et son vecteur, qui peut être constitutionnel, mais qui peut être aussi infra-constitutionnel ou encore supranational selon les besoins : ce qui importe à la fondamentalité c'est simplement de prévaloir » (« *Ibid.* », p. 44).

(29) « *Ibid.* », p. 61.

(30) « *Ibid.* », p. 50.

l'intérêt même de leur conservation ou de leur réalisation »⁽³¹⁾. A ce titre, il « peut protéger les personnes contre elles-mêmes »⁽³²⁾ ⁽³³⁾.

7. Si le visa de la Convention européenne des droits de l'homme figure dans les arrêtés municipaux contestés ainsi que dans les deux arrêtés du 27 octobre 1995, la motivation retenue par le Conseil d'Etat n'en tire pas de conséquences, alors même que dans sa circulaire du 27 novembre 1991 (Circulaire n° NOR/Int./D/91/00252/C), le ministre de l'Intérieur préconisait de fonder les mesures d'interdiction des spectacles de lancer de nains « notamment... sur l'article 3 » du texte européen. Tout au plus, le commissaire du Gouvernement Patrick Frydman admet-il que « le lancer de nains entre effectivement dans le champ d'application du principe de prohibition des traitements dégradants », inscrit dans cette disposition, et qu'il « appartenait bien aux maires » concernés « de tenir compte, dans leur décision, de la nécessité de (la) faire respecter »⁽³⁴⁾, dès lors qu'ils se trouvaient en présence de « traitements dégradants infligés à une personne handicapée »⁽³⁵⁾. L'article 3 de la Convention présente pourtant, en la matière, un intérêt évident, notamment lorsque, comme en l'occurrence, il s'agit de lui faire produire un *effet horizontal*⁽³⁶⁾. Sans doute, ni la Commission ni la Cour européennes des droits de l'homme n'ont-elles été confrontées à ce type de contentieux. Mais, « eu égard à l'adaptabilité de la notion de traitement dégradant à des contextes variés, il ne serait pas totalement

(31) « *Ibid.* », p. 48.

(32) « *Ibid.* », p. 53.

(33) Pour une démonstration tout aussi brillante du même point de vue par l'auteur, voy. : « L'émergence des droits fondamentaux en France », juill. août 1998, spéc., pp. 29-30, 37 et 42.

(34) « *Op. cit.* », p. 662. Cette concession le conduit à explorer la jurisprudence des organes de la Convention en la matière, notamment celle relative à son application dans les relations interindividuelles. Il estime néanmoins que les maires « n'ont pas entendu faire de ce texte la base légale de leur décision » (p. 661) et, qu'en surplus, ils « n'auraient... pas pu légalement se fonder sur cette stipulation pour intervenir en dehors du domaine de leurs pouvoirs de police » (p. 662). Pour le Conseil d'Etat également, les dispositions de l'article L. 131.2 du Code des communes « justifiaient, à elles seules, une mesure d'interdiction du spectacle ».

(35) « *Ibid.* », p. 671.

(36) Sur cette notion dans la jurisprudence de la Cour eur. dr. h., voy. : F. SUPRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENORE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2003, n° 3; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Nemesis/Bruylant (Coll. « Droit et justice » n° 14), 1995; D. SPIELMANN, « Obligations positives » et « effet horizontal » des dispositions de la Convention », in F. SUPRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis/Bruylant (Coll. « Droit et justice » n° 21), 1998, pp. 133-174.

incongru d'envisager son extension à des situations telles que celle des spectacles de curiosité attentatoires à la dignité humaine » (37), comme ceux de lancers de nains. Le *traitement dégradant* est, en effet, non seulement celui qui « humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience » (*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 29, châtiment judiciaire de la fustigation infligé dans l'île de Man) (38), mais aussi, sous réserve d'atteindre « un certain degré de gravité », celui qui « provoque un abaissement de rang, de la situation ou de la réputation de celui qui en est l'objet aux yeux d'autrui » (39) ou à ses propres yeux » (*Affaire Patel c. Royaume-Uni* dite des *Asiatiques d'Afrique orientale*, Comm. Rapp. 14 déc. 1973, traitements discriminatoires fondés sur des motifs raciaux) (40). Rien ne permet, par ailleurs, de penser que le droit protégé par l'article 3 — insusceptible de déchéance au titre de la clause de l'article 17 (41) — constitue un droit auquel il serait possible de renoncer. En effet, sans exclure la faculté de renoncer à certains droits garantis par la Convention, la Cour européenne « a parallèlement affirmé qu'il existait des droits revêtant une importance capitale s'opposant à ce que leur exercice puisse dépendre de (leurs) seuls bénéficiaires » (42), que le droit en

(37) J.-F. FLAUSS, *op. cit.*, p. 1029.

(38) L'affaire concernait un ressortissant britannique résidant dans l'île de Man, condamné par un tribunal local pour enfants à trois coups de verge pour voies de fait contre un élève de son école. Pour la Cour, l'absence de lésions graves ou durables ne fait pas disparaître le fait que l'intéressé a été traité « en objet aux mains de la puissance publique » et, partant, l'atteinte à sa dignité et à son intégrité physique « dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 » (§ 33). Si, en l'espèce, comme l'observe à juste titre, dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Frydman, la victime n'était pas consentante à un tel traitement, « cet élément ne semble pas déterminant au regard de la solution ainsi retenue » (*op. cit.*, p. 662).

(39) Souligné par nous. Cette précision donne un relief particulier au § 32 de l'arrêt *Tyrer* (préc.). Dans ce dernier, l'Etat défendeur ayant « mis l'accent sur le fait que la peine a été administrée dans un local clos et sans divulgation du nom du délinquant », la Cour s'interroge sur les modalités d'exécution du châtiment corporel infligé au requérant et n'exclut pas qu'un traitement dégradant puisse exister lorsqu'il intéressé se trouve humilié, non seulement à ses propres yeux, mais également aux yeux d'autrui : « La publicité peut constituer un élément pertinent pour apprécier si une peine est 'dégradante' au sens de l'article 3, mais la Cour ne croit pas que son absence empêche nécessairement une peine déterminée d'entrer dans cette catégorie; il peut fort bien suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux, même si elle ne l'est pas aux yeux d'autrui ».

(40) *DR*, 78-B, 5, § 188.

(41) F. SUDRE, *droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 5^e éd., 2001, n° 110.

(42) J.-F. FLAUSS, *Ibid.* Voy. aussi P. FRUMER, *La renonciation aux droits et*

cause soit le droit à un tribunal (*Pfeifer et Plankl c. Autriche*, 25 févr. 1992, §§ 37-39) ou le droit à la liberté et à la sûreté (*De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 juin 1971, § 65). La réticence ainsi manifestée (43) « vaut pour tous les droits substantiels, et a fortiori pour les droits substantiels 'non dérogeables', tels que ceux inscrits à l'article 3 de la Convention » (44). Sans doute, la seconde phrase de l'article 7 du Pacte international (« *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique* ») pourrait-elle être ici invoquée. Mais, outre que demeurerait entière la question de savoir « si la renonciation à l'interdiction du traitement dégradant est ouverte au-delà du domaine de l'expérimentation médicale et scientifique » (45), il semble difficile — pour peu qu'elle soit lue à la lumière de l'ensemble de l'article, ainsi que du corpus normatif propre au droit international des droits de l'homme en matière de protection de l'intégrité physique et morale de l'être humain (46) — d'y voir une faculté générale de consentir à un traitement inhumain et / ou dégradant (47).

8. Le défaut d'utilisation de la Convention européenne des droits de l'homme est d'autant plus regrettable, qu'après un usage plutôt parcimonieux (48), la Cour de Strasbourg multiplie désormais les références au principe de dignité (49) et, plus généralement, consi-

(43) Les termes utilisés au § 37 de l'arrêt *Pfeifer et Plankl* (préc.) sont significatifs : « D'après la jurisprudence de la Cour, la renonciation à un droit garanti par la Convention — pour autant qu'elle soit licite — doit se trouver établie de manière non univoque ».

(44) J.-F. FLAUSS, *Ibid.*

(45) *Ibid.*, p. 1030.

(46) M. LEVINET, « Droit au développement et intégrité physique de l'être humain. Propos hétérodoxes sur le Droit des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEH*, n° 7, Université de Montpellier I, 1999, pp. 11-57.

(47) M. LEVINET, « L'adaptation des techniques de régulation aux contraintes internationales dans le domaine des applications de la médecine et de la biologie. Espoirs et désillusions de la régulation internationale », in J.-P. COLSON et D. LEMIEUX (dir.), *Le droit national et les techniques contractuelles*, Institut québécois des hautes études internationales, Université Laval, 1997, pp. 96-97.

(48) B. MAURER, *op. cit.*

(49) C'est particulièrement le cas à propos du traitement des personnes privées de liberté (*Kudla c. Pologne*, 26 oct. 2000, § 94) (Voy. également : *Ribitsch c. Autriche*, 22 nov. 1995; *Hülal c. Royaume-Uni*, 6 mars 2001; *Dougoz c. Grèce*, 6 mars 2001; *Pevcs c. Grèce*, 19 avr. 2001; *Vatasnas c. Lituanie*, 24 juill. 2001; *Iwaniczuk c. Pologne*, 15 nov. 2001). Sur cette question, voy. : B. ECOCHARD, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. fr. dr. adm.*, 2003, pp. 99-108.

dère que « l'essence même de la Convention est le respect de la dignité et de la liberté humaines » (S.W. et C. c. *Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, §§ 44 et 42), formulation réitérée solennellement dans certaines de ses décisions les plus retentissantes, des arrêts *Pretty c. le Royaume-Uni* (29 avr. 2002, § 65) et *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* (11 juill. 2002, § 90) au déjà célèbre arrêt *Refah Partisi et a. c. la Turquie* (31 juill. 2001, § 42)⁽⁵⁰⁾, ou encore estime que les dispositions de l'article 3 « comptent », avec celles de l'article 2, « parmi... les plus fondamentales de la Convention » (Z. et a. c. *Royaume-Uni*, 10 mai 2001, § 109; *Pretty*, préc., § 49) (voy. aussi : *Kaya c. Turquie*, 19 févr. 1998, § 107). Cette jurisprudence n'implique pas qu'en toute hypothèse le respect de la dignité humaine doive être imposé contre la liberté. Le juge de Strasbourg l'a clairement précisé dans son arrêt fondamental *Pretty c. le Royaume-Uni* : « la mesure dans laquelle un Etat permet ou cherche à régler la possibilité pour les individus en liberté de se faire du mal ou de se faire faire du mal par autrui peut donner lieu à des considérations mettant en conflit la liberté individuelle et l'intérêt public qui ne peuvent trouver leur solution qu'au terme d'un examen des circonstances particulières de l'espèce » (§ 41). Il n'empêche, la même décision le rappelle : un traitement peut être qualifié de dégradant « s'il humilie ou avilit un individu, s'il témoigne d'un manque de respect pour sa dignité humaine » (§ 52). Ce qui correspond pleinement à l'affaire ici analysée. *Quid* alors de la dignité revendiquée par Manuel Wackenheim ? La solution consacrée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ne signifie-t-elle pas qu'il « ne peut plus dire qu'aucune atteinte à sa dignité n'a été commise », dans la mesure où « on lui dit de l'extérieur que sa dignité est atteinte » et, *in fine*, qu'« il n'est pas juge de ce qui est ou non conforme à sa dignité »⁽⁵¹⁾ ? Ne revient-elle pas à faire prévaloir le respect de la « dignité humaine » sur celui de la « dignité sociale »⁽⁵²⁾ ? Ne légitime-t-elle pas une approche qui « introduit net-

(50) « La Convention européenne des droits de l'homme doit se comprendre et s'interpréter comme un tout. Les droits de l'homme constituent un système intégré visant à protéger la dignité de l'être humain ». L'arrêt a été confirmé en Grande Chambre le 13 février 2003.

(51) O. CAVLA, « Jeux de nains, jeux de vilains », in G. LEBRETTOX (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, L'Harmattan, 1998, p. 154.

(52) S. EVAÏN, *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l'identité de la personne humaine en droit public français*, thèse doct., Univ. Cergy-Pontoise, 1999, p. 388 : « La résolution de l'opposition entre le respect de la dignité et de l'intégrité physique et la dignité sociale recouvrée par l'obtention d'un emploi et des conditions de vie décentes se soldait par l'indifférence à l'égard de la conception de la dignité sociale ».

tement, sans toutefois la nommer, l'idée de *faute*... dans la perspective morale du caractère absolument sacré d'une Humanité transcendante et indisponible »⁽⁵³⁾, autrement dit, un « purisme » qui aboutit « à faire de la disposition de son corps, à laquelle s'adonnait le nain dans ses évolutions aériennes (*sic*), c'est-à-dire à faire d'un strict rapport de soi à soi, délimitant la sphère étroite de l'intimité par excellence, une question d'ordre public »⁽⁵⁴⁾ ? Certainement. Face à un enjeu aussi crucial, il n'est guère de transaction possible, et la constatation du Comité des droits de l'homme aurait certainement gagné en force de conviction si celui-ci l'avait clairement affirmé. Le caractère sacré de la personne, l'impossibilité de dissocier la personne et le corps — car « la personne n'a pas la 'propriété' de son corps... (elle) ne possède pas un corps, elle est son corps »⁽⁵⁵⁾ — dictent pareil arbitrage favorable à une approche de la dignité qui — pourquoi le nier ? — « marque une rupture avec la conception individualiste des droits de l'homme »⁽⁵⁶⁾. Au risque assumé, de passer, selon la formule du juge Martens, pour un « just-naturaliste béat »⁽⁵⁷⁾, il faut reconnaître que la dignité constitue « l'instrument privilégié d'une moralisation du droit, d'une entreprise antilibérale d'assignation de l'individu au respect de l'Humanité qui est en lui et le transcende »⁽⁵⁸⁾. Elle « ne relève pas de la

(53) O. CAVLA, « Le coup d'Etat de droit ? », *Le Débat*, 1998, p. 126.

(54) *Ibid.*, p. 129.

(55) R. ANDORNO, *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, 1997, p. 35. Et l'auteur d'ajouter : « C'est pourquoi l'idée d'un droit sur le propre corps (*ius in se ipsum*) est normalement refusée par les juristes, car elle est contradictoire : le droit implique par définition une relation d'altérité. Là où il n'y a qu'une seule personne, il n'y a pas de lien juridique. Ainsi, la notion de propriété sur le corps est contraire à la nature de l'homme, qui est une unité. L'être humain ne peut se diviser à l'intérieur de soi-même entre un 'sujet du droit' et un 'objet du droit' sans que son unité la plus radicale soit brisée ». Voy. de même : S. TZIRZIS, *Esthétique de la violence*, PUF, 1997, pp. 80 et s.

(56) P. MARTENS, « Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*. — *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 572.

(57) *Ibid.*, p. 572.

(58) O. CAVLA, « Jeux de nains, jeux de vilains », préc., p. 155. Dans un autre de ses nombreux écrits sur le sujet, l'auteur fustige fermement une « conception 'humaniste' et 'antimoderne' de la dignité » (« Le coup d'Etat de droit ? », préc., p. 125). Un point de vue similaire est développé par Jacques MOURGÉON qui considère la dignité ainsi conçue comme « une notion incompatible avec la liberté », qui « ne voit plus dans l'être humain qu'une créature en perdition et donc à sauvegarder même à son débriment » et s'adresse à un homme auquel est apportée « afin de l'apaiser, la satisfaction reconfortante d'une dignité prétendue intrinsèque et dépendant imposée » (« Les droits de l'être humain, destructeurs de sa liberté », in *Mélanges Y. Madiot*, Bruylant, 2000, p. 405).

seule décision du sujet », mais « se partage entre les humains comme la conviction commune caractéristique de leur Humanité »⁽⁵⁹⁾. Manuel Wackenheim faisait valoir devant le Comité que le travail étant « un élément de la dignité de l'homme », « priver un homme de son travail revient à lui ôter une partie de sa dignité » (§ 5.2). Et d'indiquer aussi qu'« il n'y a pas d'emploi en France pour les nains » (§ 3). A l'évidence, l'exercice d'un métier participe de l'accomplissement de la destinée singulière de chaque personne — et les devoirs de la société sont essentiels à cet égard comme en matière de droit au logement⁽⁶⁰⁾ ou, plus généralement, de droit à des conditions décentes d'existence⁽⁶¹⁾. Pour autant, cela peut-il faire oublier qu'en la circonstance, l'intéressé était l'auteur de la propre dégradation de l'Humanité dont il est porteur ? L'autre partie de son argumentaire — sur lequel le Comité des droits de l'homme le suit, un instant — portait sur la marginalité du lancer de nains en regard d'autres activités bien plus douteuses et, malgré tout, acceptées. Sa communication ne les énumère pas, mais — et, ici, les auteurs circonspicue vis-à-vis du principe de dignité peuvent être sollicités — leur identification n'est pas difficile : prostitution, strip-tease, combats de catch féminins dans la boue, films et spectacles pornographiques... La liste est fournie, mais la mobilisation d'une imagination moyenne permettrait aisément de l'étoffer davantage : combats de boxe, corridas, certaines émissions de jeux télévisés ou de *réalité* (*C'est mon choix d'être indigne* ou de désigner... *Le maillon faible*)... En l'occurrence, l'usage de la dignité se révèle pour le moins électrique et dévoile, « loin du ciel des principes », un « concept évolutif, selon les conceptions changeantes de l'opinion »⁽⁶²⁾ et, en fin de compte, une valeur dont la sauvegarde « dépend de notre tolérance ou de notre complaisance »⁽⁶³⁾. Au point où Olivier Cayla peut écrire : « (d)u même argument de la

(59) X. DJON, *Droit naturel*, PUF/Thémis, 1998, p. 157.(60) P. LAMBERT, « Le droit de l'homme à un logement décent », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 47-54.(61) M. LEVINET, « La juridicité problématique du droit au développement de la personne humaine dans la jurisprudence récente des organes de la Convention européenne des droits de l'homme », in J.-Y. MORIN et G. OTIS (dir.), *Les défis des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, pp. 95-125.(62) F. BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine », in *Mélanges C. Bolze*, Economica, 1999, p. 35. Et de citer l'exemple de la prostitution que « la conscience sociale... tolère comme une exception inévitable ».(63) C. NEURINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in *Mélanges C. Bolze*, Economica, 1999, p. 47.

dignité découlent toutes les attitudes normatives »⁽⁶⁴⁾. Curieux raisonnement néanmoins que celui qui revient à justifier une infamie par d'autres infamies ! Le Comité des droits de l'homme n'est pas loin de le penser (§ 7.5).

9. *Last but not least*, l'annotateur de la présente constatation ne peut que déplorer que la revendication de Manuel Wackenheim, présentée sur le terrain du droit au respect de la vie privée, n'ait pas abouti à l'examen au fond qu'elle méritait. Et, notamment, de permettre l'éventuelle transposition de la solution retenue dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. le Royaume-Uni*⁽⁶⁵⁾, en dépit de la différence évidente existant entre la pratique du sadomasochisme et celle du lancer de nains. Dans les deux hypothèses, en effet, se posait la question de l'invocation du droit au respect de la vie privée pour légitimer des comportements attentatoires au principe de dignité de la personne humaine au motif de l'acquiescement des individus concernés. Dans l'affaire jugée le 19 février 1997, les requérants arguaient du caractère secret, discipliné et responsable des actes qu'on leur reprochait et prétendaient que, se rapportant à « des questions d'orientation sexuelle plutôt que de violence » (§ 39), ils relevaient de la morale privée exclusive de toute intervention de l'Etat (§ 45). L'argument visait à masquer le caractère avilissant des pratiques sadomasochistes qui sont autant d'atteintes intentionnelles à l'intégrité physique, empreintes de cruauté, motivées par la volonté d'humilier et la recherche d'un plaisir fondé sur le spectacle de la souffrance d'autrui⁽⁶⁶⁾. Tout en rappelant que le droit au respect de la vie privée « comprend l'expression de la personnalité sur le plan sexuel » (§ 36), la Cour européenne affirme que « l'un des rôles incontestablement dévolu à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages » : il appartenait bien à l'Etat, dans le cadre de sa marge

(64) « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janv. 2003, p. 14.(65) M. LEVINET, « La légitimité de la répression par l'Etat des pratiques sadomasochistes. Commentaire de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* (19 février 1997) », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 738-745. En l'espèce, les requérants avaient été condamnés à des peines d'emprisonnement et d'amendes pour des actes sadomasochistes jugés constitutifs de coups et blessures et avaient perdu leur emploi à la suite de la large médiatisation de l'affaire. Les pratiques en cause, impliquant, au total, une quarantaine de personnes, s'étaient étalées sur une dizaine d'années et s'étaient déroulées dans divers lieux privés, spécialement aménagés en chambres de torture.(66) S. TZITZIS, « La douleur sadienne et sa justification par les lois naturelles », in B. DURAND, J. POIRIER, J.-P. ROYER (dir.), *La douleur et le droit*, P.U.F., 1997, pp. 119-133.

d'appréciation, de déterminer le « choix du niveau de dommage que la loi doit tolérer lorsque la victime est consentante » et donc d'arbitrer entre « considérations de santé publique » et « libre arbitre de l'individu » (§ 44). Par ailleurs, en présence de comportements « au caractère extrême » (§§ 41 et 47), sans préjudice du « droit de l'Etat de chercher à détourner de l'accomplissement de tels actes au nom de la morale » (§ 51), les autorités nationales pouvaient prendre en compte, outre le préjudice réel, « le préjudice potentiel » qui leur était « inhérent » (§ 46) (67). Rendue à l'unanimité, cette décision comporte un enseignement majeur : l'inviolabilité du corps humain fonde naturellement le devoir de prévenir les violences illicites contre les personnes, y compris quand elles sont consentantes. Il incombe aux organes internationaux chargés de veiller à la sauvegarde des droits de l'homme de contenir les débordements qu'induirait inéluctablement une conception absolutiste de la vie privée. Si le droit au respect de la vie privée inclut le droit à la liberté de la vie sexuelle — mener sa vie sexuelle en fonction de l'orientation et des préférences sexuelles —, celui-ci ne saurait s'exercer que sous réserve des exigences de l'intérêt général et des droits légitimes d'autrui. La morale sexuelle ne se réduisant pas à une simple morale privée, les dispositions légales « édictées pour réglementer le comportement sexuel sont des facteurs formateurs très importants dans l'élaboration des institutions culturelles et sociales » (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, opinion dissidente du juge Walsh, § 15). Certes, l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* ne contient pas de référence explicite à la dignité humaine mais cette dernière est manifestement sous-jacente à la solution adoptée. Dans sa percutante opinion concordante, le juge Pettiti a l'immense mérite de le préciser : « La protection de la vie privée est la protection de l'intimité et de la dignité de la personne et non la protection de (son) indignité ». Le droit au respect de la dignité humaine se définit donc comme un droit auquel nul ne peut renoncer et qui, justifiant la protection de l'individu contre lui-même, conduit à faire prévaloir le principe de la dignité sur celui de la liberté individuelle. Plus généralement, l'arrêt britannique rappelle que la fonction du droit « n'est pas seulement d'interdire ou de réglementer des comportements potentielle-

(67) Le juge de Strasbourg réaffirme l'existence d'un tel pouvoir de l'autorité publique dans l'arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni* (31 juill. 2000, § 36. M. LEVINET, « La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, 346-368). Elle fait de même dans son arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* : « Les États ont le droit de contrôler, au travers de l'application du droit pénal national, les activités préjudiciables à la vie et à la sécurité d'autrui » (préc., § 74).

ment nuisibles à autrui ou à la société, mais aussi de poser des interdits au nom de valeurs considérées comme fondamentales » (68).

10. *Quid* de l'exemplarité de la décision de 1997 dans l'affaire *Wackenheim* alors qu'il était établi que des précautions suffisantes protégeaient l'intégrité physique de l'intéressé et la sécurité de tous les participants ? Manuel Wackenheim ne pouvait-il pas légitimement invoquer le libre exercice du droit à l'autonomie personnelle, autrement dit le droit d'opérer des choix personnels concernant son propre corps ? Il est vrai, qu'à l'époque des faits, les organes de la Convention européenne des droits de l'homme n'avaient pas clairement consacré une telle lecture de l'article 8 de la Convention (69). C'est désormais chose faite (70) avec les arrêts *Pretty* (71) et *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* (préc.). Aux yeux du juge européen, ce dernier « comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel ». Et d'ajouter, que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » (*Pretty*, § 61). Cette dernière indication figure aussi dans la décision du 11 juillet 2002 — en l'occurrence, s'agissant du « droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain » (72) — non sans que soit précisée la corrélation de la

(68) D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 19.

(69) Outre la jurisprudence bien connue de la Cour sur la pénalisation de l'homosexualité, il existait une jurisprudence « ancienne » de la Commission, à propos du vœu exprimé par un individu de faire disperser ses cendres dans son jardin après sa mort (déc. 10 mars 1981, X. c. R.F.A., req. n° 8741/79, DR. 24, p. 137). Cependant, dans cette affaire, la Commission admet l'applicabilité de l'article 8, dans la mesure où « certaines personnes peuvent ressentir le besoin d'exprimer leur personnalité par la manière dont elles décident de disposer de leur corps », le corps en cause est celui d'un défunt.

(70) La remarquable opinion dissidente du juge néerlandais Martens, dans l'affaire *Cossey c. Royaume-Uni* (27 sept. 1990) est, à cet égard, prémonitrice : « Le principe qui se trouve à la base des droits de l'homme et qui sous-tend les divers droits spécifiques énoncés dans la Convention est le respect de la dignité et de la liberté des hommes. Ces deux éléments impliquent qu'un individu doit être libre de se façonner lui-même et de choisir la destinée qui lui semble le mieux convenir à sa personnalité. Et d'appliquer ce raisonnement à la situation des transsexuels : « Un transsexuel... est prêt à se façonner lui-même et à choisir sa destinée. A cet effet, il passe par un traitement médical long, douloureux et coûteux, afin de faire adapter, dans la mesure humainement possible, ses organes sexuels au sexe auquel il est convaincu d'appartenir » (§ 2.7).

(71) Obs. A. KLEBES-PELISSIER, *L'Europe des libertés*, 2002, pp. 8-13.

(72) Voy., également, les arrêts *Mikulic c. Croatie* (7 févr. 2002, § 53, JCP G 2002, I, 157, n° 13, chélon. F. SUDRE) et *Odièvre c. France* (Gd. ch., 13 févr. 2003, § 29, JCP G 2003, I, 120. P. MALAURIE, « La Cour EDH et le "droit" de connaître ses origines » ; JCP G 2003, II, 10049. A. GOUTTENORE et F. SUDRE, « La compatibilité avec la

notion d'autonomie personnelle avec « la dignité et la liberté de l'homme (qui) sont l'essence de la Convention » (*Christine Goodwin*, § 90). Dans ces conditions, « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne » (*Pretty*, § 62) (73); pour autant, alors même que la question « est depuis longtemps débattue, tant en morale qu'en jurisprudence », l'Etat conserve la possibilité de « recourir à la contrainte ou au droit pénal pour prémunir des personnes contre les conséquences du style de vie choisi par elles » (*Pretty*, § 62).

11. L'utilisation d'une telle jurisprudence — à la fois audacieuse et mesurée (74) —, à propos d'une pratique comme celle du lancer de nains, s'avère assez délicate. Il semble néanmoins difficile d'y trouver un fondement de nature à conduire à la condamnation d'un Etat décidé à la prohiber. La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies sont-ils prêts, au nom de l'autodétermination personnelle, à consacrer le droit absolu de choisir son mode d'être et, partant, à souscrire à une conception de la liberté qui est celle de l'hédonisme post-moderne ? La revendication de l'émancipation de l'homme à l'égard de l'indisponibilité du corps a beau mobiliser l'argument de la nécessaire adaptation de la norme juridique à l'évolution des mentalités collectives, voire à celle des subjectivités (75), elle trouve ici une limite

← CEDH de l'accouchement sous X » (voy. aussi : J. POUSSON-FERTT (dir.), *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, 2002).

(73) A ce titre, la Cour indique qu'« une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie » (§ 63).

(74) Dans l'affaire *Christine Goodwin*, la Cour précise que le revirement de jurisprudence que réalise l'arrêt ne vaut que pour « les transexuels opérés » (§§ 89-92). L'arrêt *Pretty* ne déduit pas de l'article 8 de la Convention un quelconque droit à l'euthanasie active (§§ 76-78). Cette solution, qui doit être approuvée, permet de résoudre l'ambiguïté qui affecte la question de l'euthanasie active puisque celle-ci « est tout à la fois revendiquée comme le droit de mourir dans la dignité et refusée au nom de cette même dignité car l'homme diminué demeure toujours un être unique dans la vulnérabilité duquel se retrouve l'humanité » (C. NEIRINCK, *op. cit.*, p. 41).

(75) B. LEMENNICIER, « Le corps humain, propriété de l'Etat ou propriété de soi ? », *Droits*, 13, 1991, pp. 111-122. *Contra* : M.-T. MEULDERS-KLEIN (avec la collaboration de B. MAINGAIN), « Le droit de disposer de soi-même. Etendue et limites en droit comparé », in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, X^e Journées d'études juridiques Jean DABIN, Bruylant, 1982, pp. 215-288.

objective. Préservant l'exercice de la justice (76), l'invocation de la dignité permet alors de repousser le « vertige de l'auto-recréation » (77), d'éviter que « chacun se re-nature soi-même » comme s'il était possible de « faire n'importe quoi de l'homme, mais à condition que cela se réalise dans la liberté » (78).

Conclusion

12. Le recours à la dignité de l'être humain n'a rien d'une solution miracle. Le fait d'être un « concept que le juriste découvre et utilise facilement, avec une certaine délectation » (79) ne lève pas, comme par enchantement, toutes les ambiguïtés dont il se trouve affecté (80). C'est que, susceptible, « tout à la fois », d'être « placée en dehors et simultanément au fondement même du droit » (81), la dignité humaine s'est muée d'une notion méta-juridique en un « droit fondamental de valeur absolue et de portée relative », en raison de sa « mise en concurrence avec d'autres droits » (82). Comment, dans ces conditions la concilier avec eux, alors qu'elle « touche à l'essence des droits de l'homme » (83) ? En dépit de ces incertitudes,

(76) J. HERVADA, *Introduction critique au droit naturel*, Ed. Bière, Bordeaux, 1991, pp. 24-38.

(77) C. DELSOL, *Eloge de la singularité. Essai sur la modernité tardive*, La Table Ronde, 2000, p. 77.

(78) *Ibid.*, p. 57. De même, voy. S. TZITZIS, *La personne, l'humanisme et le droit*, Presses de l'Université Laval, 2001, pp. 16-20; « Stigmates du corps et dignité personnelle », in *Il corpo de-formato. Nuovi percorsi dell'identità personale. A cura di Francesco d'Agostino*, Università degli studi di Roma 'Tor Vergata', Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, nuova serie, 9, Milano, Ed. A. Giuffrè, 2002, pp. 263-281.

(79) C. NEIRINCK, *op. cit.*, p. 39.

(80) A. SERIAUX, « La dignité humaine, principe universel du droit ? », *Acta Philosophica. Rivista internazionale di filosofia*, vol. 6 (1997), pp. 289-301; S. TZITZIS, « Corps meurtri, dignité blessée », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, oct.-nov. 2002, pp. 565-588.

(81) H. MOUTOUH, « La dignité de l'homme en droit », *RDP* 1999, p. 159.

(82) B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », in A. SERIAUX et A. B. MATHIEU, *La médecine et l'être humain. propos hétérodoxes sur quelques enjeux vécus du XX^e siècle*, PUAM, 1996, pp. 224 et s.

(83) B. MATHIEU, B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *Dalloz* 1999, Chron., p. 282. Un exemple emblématique d'une telle impasse apparaît dans le raisonnement adopté par le Conseil constitutionnel français, dans sa décision du 27 juin 2001, à propos de l'extension de l'IVG de déresse de 10 à 12 semaines : « la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute tentative de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des

l'utilisation qu'en fait le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Wackenheim* ne saurait être contesté : « porter atteinte à sa propre dignité fondamentale, c'est outrager l'ensemble de l'Humanité »⁽⁸⁴⁾, quand bien même « l'atteinte à la dignité fondamentale est, sans doute, ce qu'il y a de plus difficile à déterminer »⁽⁸⁵⁾. Cinquante-quatre ans plus tôt, avant même que la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ne soit adoptée, un texte bien trop méconnu rapelaît que « (s)i les droits exaltent la liberté individuelle, les devoirs expriment la dignité de cette liberté »⁽⁸⁶⁾.

Michel LEVINET

*Professeur de droit public,
Institut de droit européen
des droits de l'homme (IDEDH),
UMR CNRS 5815, Université de Montpellier I*

☆

Cons. Etat fr., ass., 11 juillet 2001

Rapp. : M. Lenica.

Comm. du gvt : M^{me} Bergeal.

Plaid. : Scp Boré, Xavier et Boré.

(*Ministre de la Défense c. Préaud*)

CONVENTION EUROPÉENNE. — Article 6, 1^o. — Puissance publique. — Militaires. — Non-applicable. — PROTOCOLE n^o 1. — Article 1^{er}. — Primes de qualification et de service. — Créances constitutives d'un « bien » au sens de la disposition.

Les stipulations de l'article 6, 1^o de la Convention européenne des droits de l'homme qui sont relatives aux « droits et obligations de caractère civil » ne s'appliquent pas aux personnes qui, comme c'est le cas pour les militaires, participent, par leurs fonctions, à l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat.

Les primes de qualification et de service que perçoivent les militaires constituent des créances qui doivent être regardées comme des biens au sens des stipulations de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel.

(Extraits)

Vu le recours, enregistré le 24 mars 2000 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté par le ministre de la Défense ; le ministre de la Défense demande au Conseil d'Etat d'annuler l'arrêt en date du 30 décembre 1999 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a confirmé le jugement en date du 23 février 1998 par lequel le tribunal administratif de Nantes a 1^o) annulé la décision du 18 octobre 1993 par laquelle le ministre de la Défense a refusé de verser à M. Préaud le montant des primes de qualification et de service que celui-ci réclamait au titre de ses services à l'étranger et condamné l'Etat à verser à ce dernier, dans la limite de 51 000 F, les montants acquis par celui-ci et échus postérieurement au 1^{er} janvier 1989, majorés des intérêts au taux légal à compter du 15 novembre 1993 ; 2^o) renvoyé ce dernier devant l'administration pour liquidation et mandatement des sommes en question ; 3^o) condamné l'Etat à verser à M. Préaud une somme de 5 000 F au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

Vu les autres pièces du dossier ; Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble le premier protocole additionnel à cette convention ; Vu la loi n^o 72-662 du 13 juillet 1972 modifiée portant statut général des militaires ; Vu la loi n^o 94-1163 du 29 décembre 1994 portant loi de finances rectificative pour 1994 ; Vu le décret n^o 67-290 du 28 mars 1967 ; Vu le décret n^o 68-349 du 19 avril 1968 ; Vu le décret n^o 76-1191 du 23 décembre 1976 ; Vu le décret n^o 94-1052 du 2 décembre 1994 ; Vu le code de justice administrative, (...)

Considérant que le ministre de la Défense demande l'annulation de l'arrêt du 30 décembre 1999 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a confirmé le

droits de l'homme et du citoyen » (déc. n^o 2001-446 DC, *JORF* 7 juill. 2001, p. 10828) (voy., la remarquable note critique de B. MATHIEU, *Dalloz* 2001, pp. 2533 et s.).

(84) B. MAURER, *op. cit.*, p. 467.

(85) *Ibid.*, p. 468.

(86) *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*, 30 avril 1948, Préambule, al. 2.