

NOTE DE SYNTHÈSE

Il vous est demandé une note de 4 pages environs relative à la dignité humaine.

Vous disposez d'un dossier de 43 pages comprenant :

-CC , loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du même jour relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain , etc. , 27 juillet 1994 (5p)

-CE assemblée , commune de Morsang sur Orge, 27 juillet 1995 (4p), et conclusions Patrick Frydman (extraits, 14p)

-Bernard Edelman : la dignité de la personne humaine, un concept nouveau (chronique RDS 1997, 4p)

-Jean-Pierre Gridel : Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité. (RDS2001, 6p)

-Jean-Michel Bruguière : La dignité schizophrène ? (RDS 2005, 1p)

-Bernard Mathieu : De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique (RDS 2005, 1p)

-Marie-Pierre Peis-Hitier : Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine. (RDS 2005, 5p)

-Théo Hassler : Les progrès de la liberté de l'image des personnes en 2004 (RDS 2005, 3p).

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

27 juillet 1994

PERSONNE HUMAINE * Corps humain * Respect * Dignité * Inviolabilité * Loi * Constitutionnalité. — **SANTÉ PUBLIQUE** * Corps humain * Éléments et produits du corps humain * Don * Utilisation * Protection maternelle et infantile * Procréation médicalement assistée * Diagnostic prénatal * Loi * Constitutionnalité.

La loi n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain et la loi n° 94-654 du même jour relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de la vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ;

Les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ;

L'ensemble des dispositions de ces lois mettent en œuvre, en les conciliant et sans en méconnaître la portée, les normes constitutionnelles applicables ;

En conséquence, ces lois sont déclarées conformes à la Constitution [1].

(Seguin et autres) — DÉCISION

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : — (extraits) [...]

Sur les normes de constitutionnalité applicables au contrôle des lois déferées : — Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » ; qu'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 ; — Considérant que la liberté individuelle est proclamée par les art. 1^{er}, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'elle doit toutefois être conciliée avec les autres principes de valeur constitutionnelle ; — Considérant qu'aux termes du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » et qu'aux termes de son onzième alinéa : « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère..., la protection de la santé... » ;

Sur les dispositions contestées par les députés auteurs de la seconde saisine : — En ce qui concerne les art. 8 et 9 de la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal : [...].

Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que cette dernière disposition porte atteinte au droit à la vie des embryons qui selon eux possèdent dès la conception tous les attributs de la personne humaine ; qu'elle établit une discrimination rompant le principe d'égalité entre les embryons selon qu'ils auront été conçus avant ou après la date de la promulgation de la loi ; que de même la loi ne pouvait sans méconnaître le principe d'égalité entre embryons humains d'un couple autoriser les parents et le corps médical à « sélectionner » ceux des embryons qui seront réimplantés de ceux qui ne

le seront pas » et « à sélectionner ceux des embryons qui seront donnés à des couples tiers de ceux qui ne le seront pas » ; que la possibilité ménagée par la loi de mener des études sur les embryons porte atteinte au respect de l'intégrité de la personne et du corps humain ; que la sélection des embryons méconnaît le principe à valeur constitutionnelle de la protection du patrimoine génétique de l'humanité ; que la possibilité d'avoir des enfants dont le parent naturel est un « tiers donneur » met en cause les droits de la famille tels qu'ils ont été conçus et garantis par le Préambule de la Constitution de 1946 ; que l'interdiction faite aux enfants qui seront nés d'une fécondation *in vitro* faisant intervenir un « tiers donneur » de connaître leur identité génétique et leurs parents naturels porte atteinte au droit à la santé de l'enfant et au libre épanouissement de sa personnalité ; que le législateur ne pouvait reconnaître à la commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal un pouvoir d'avis conforme sans violer le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs d'autant plus qu'il a renvoyé au pouvoir réglementaire la détermination de la composition de cette commission ; Considérant que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés *in vitro* de nombreuses garanties ; que ; cependant, il n'a pas considéré que devait être assurée la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons ; Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur ; Considérant que, s'agissant de la sélection des embryons, il n'existe, contrairement à ce que soutiennent les saisissants, aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité ; qu'aucune disposition du Préambule de la Constitution de 1946 ne fait obstacle à ce que les conditions du développement de la famille soient assurées par des dons de gamètes ou d'embryons dans les conditions prévues par la loi ; que l'interdiction de donner les moyens aux enfants ainsi conçus de connaître l'identité des donneurs ne saurait être regardée comme portant atteinte à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par ce préambule ; qu'enfin, s'agissant des décisions individuelles relatives à des études à finalité médicale, l'exigence de l'avis conforme d'une commission administrative, dont les règles générales de composition sont définies par l'art. L. 184-3 nouveau c. santé publ. et qui doit notamment s'assurer qu'il n'est pas porté atteinte à l'embryon, pouvait être prévue par le législateur sans qu'il méconnaisse par là sa propre compétence ;

En ce qui concerne les art. 12 et 14 de la même loi :

Considérant que l'art. 12 de la loi insère au début du chapitre IV du titre I^{er} du livre II c. santé publ. un art. L. 162-16 ; que celui-ci organise un diagnostic prénatal ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité ; que l'art. 14 de la loi insère un art. L. 162-17 qui pose les conditions auxquelles peut être effectué un diagnostic biologique à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* ; — Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine prétendent que ces dispositions, qui faciliteraient le recours à l'interruption volontaire de grossesse, portent atteinte au droit à la vie ; — Considérant que l'art. L. 162-16 qui concerne le diagnostic prénatal *in utero* n'autorise aucun cas nouveau d'interruption de grossesse ; que l'art. L. 162-17 ne concerne que les diagnostics

Il vous est demandé une note de 4 pages environs relative à la dignité humaine.

Vous disposez d'un dossier de 43 pages comprenant :

-CC , loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du même jour relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain , etc , , 27 juillet 1994 (5p)

-CE assemblée , commune de Morsang sur Orge, 27 juillet 1995 (4p), et conclusions Patrick Frydman (extraits, 14p)

-Bernard Edelman : la dignité de la personne humaine, un concept nouveau (chronique RDS 1997, 4p)

-Jean-Pierre Gridel : Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité. (RDS2001, 6p)

-Jean-Michel Bruguière : La dignité schizophrène ? (RDS 2005, 1p)

-Bernard Mathieu : De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique (RDS 2005, 1p)

-Marie-Pierre Peis-Hitier : Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine. (RDS 2005, 5p)

-Théo Hassler : Les progrès de la liberté de l'image des personnes en 2004 (RDS 2005, 3p).

effectués à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* ; que dès lors le grief invoqué manque en fait.

En ce qui concerne l'art. 10 de la loi relative au respect du corps humain : — Considérant que l'art. 10 de la loi insère au chapitre I^{er} du titre VII du livre I^{er} c. civ. une section 4 intitulée « De la procréation médicalement assistée » comprenant deux articles nouveaux 311-19 et 311-20 ; que l'art. 311-19 dispose qu'en cas de procréation médicalement assistée avec « tiers donneur » aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation et qu'aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ; que l'art. 311-20 régit les conditions dans lesquelles les époux et concubins demandeurs doivent préalablement donner leur consentement à un juge ou un notaire qui les informe des engagements qu'ils prennent de ce fait au regard de la filiation ; Considérant que les députés auteurs de la saisine mettent en cause l'anonymat des donneurs de gamètes vis-à-vis de l'enfant à naître au regard du principe de responsabilité personnelle posé par l'art. 1382 c. civ. ; qu'ils font valoir en outre l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui procéderait des dispositions de la loi du 16 nov. 1912 permettant à l'enfant de rechercher la paternité hors mariage à certaines conditions ; Considérant que les dispositions de cette loi n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de régir les conditions d'attribution de paternité en cas d'assistance médicale à la procréation ; qu'aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don et d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci ; que par suite les griefs des requérants ne sauraient qu'être écartés ;

Sur l'ensemble des dispositions des lois soumises à l'examen du Conseil constitutionnel : — Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ; Considérant que l'ensemble des dispositions de ces lois mettent en œuvre, en les conciliant et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables.

Art. 1^{er}. — La loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal sont déclarées conformes à la Constitution.

CONS. CONST., 27 juill. 1994. — M. Badinter, prés.

NOTE

[1] La décision du Conseil constitutionnel concernant les lois n^{os} 94-653 et 94-654 du 29 juill. 1994 dites relatives à la bioéthique était très attendue. En effet, les projets de loi étaient en examen devant le Parlement depuis deux ans ; un certain nombre d'organisations internationales avaient décidé d'élaborer des conventions à ce sujet (1) et, surtout, les progrès considérables de la science bio-médicale ces dernières années, voire ces derniers mois, rendaient plus nécessaire encore qu'un cadre juridique de

(1) Convention européenne relative à la bioéthique (cf. *Le Monde*, 1^{er} juill. 1994) et Comité international de bioéthique créé par l'UNESCO (*Le Monde*, 16 sept. 1993).

niveau constitutionnel soit tracé. Encore fallait-il que le Conseil constitutionnel soit saisi de ces questions nouvelles (2).

En l'espèce, cette saisine a été non seulement le fait de plus de soixante députés, mais aussi du président de l'Assemblée nationale. Cette saisine est originale, en ce que la procédure est rarement utilisée par cette autorité, mais aussi par son objet. Elle vise « eu égard à la portée déterminante de ces textes pour la mise en œuvre de libertés et de droits fondamentaux qui procèdent de principes et de règles à valeur constitutionnelle » à ce que leur « conformité à la Constitution ne puisse être affectée d'aucune incertitude » et que « puisse être consacrée par les voies les plus appropriées la valeur de référence des règles principales qu'ils édictent » (3). Aucun grief spécifique d'inconstitutionnalité n'est invoqué par le président Seguin.

Cette décision présente sur le plan formel un certain nombre de caractéristiques qui peuvent être relevées. D'abord, cette décision unique, mais affectée de deux numéros (343 et 344), porte sur deux lois : l'une relative au respect du corps humain, l'autre au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (4).

Par ailleurs, comme dans la décision n^o 93-325 DC (5), un considérant, sous forme de prologue, à l'examen de la loi, énumère les normes de constitutionnalité applicables au contrôle de la loi déferée.

Cette décision, attendue et souhaitée, est cependant décevante à certains points de vue. Notamment du fait que les normes constitutionnelles de référence, telles qu'elles sont dégagées par le juge constitutionnel, sont imprécises, et que la portée du contrôle opéré s'avère limitée.

I. — Les « nouveaux » principes applicables en matière de bioéthique.

Dans un considérant, préambule à sa décision, le Conseil constitutionnel fixe les normes de constitutionnalité applicables. Cette détermination présente un double intérêt, d'une part, et sur la base du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel dégage un nouveau principe constitutionnel : la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation, d'autre part, le Conseil utilise un principe souvent évoqué, la liberté individuelle, en le rattachant à un autre fondement que celui auquel il se réfère habituellement : la Déclaration de 1789. On remarquera cependant que l'explication de ces principes et de leur conciliation est assez sommaire et que d'autres principes constitutionnels auraient pu être évoqués, outre le droit de la famille et de l'individu à leur développement (6) et le droit à la santé, qui sont également cités par le Conseil constitutionnel parmi les normes de constitutionnalité applicables.

1. — Le droit à la sauvegarde de la dignité humaine.

Sur le fondement de la phrase liminaire du Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame qu'« 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... possède des droits inaliénables et sacrés », le Conseil déclare que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle (7).

(2) Ce qui n'était pas tout à fait évident alors que les débats n'avaient pas cristallisé les clivages habituels.

(3) Texte de la saisine, *JO* 29 juill. 1994, p. 11031.

(4) Une troisième loi, relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé, n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel.

(5) *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7^e éd., 1993, n^o 47 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*. Les étrangers en France, *Petites affiches*, n^o 108, 9 sept. 1994.

(6) Sur les droits de la famille, cf. not. : B. Mathieu, « Droit constitutionnel civil », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 1449.

(7) Dans la perspective, notamment de l'évolution du droit de l'éthique biomédicale, le Comité consultatif pour la révision de la

Fonder sur la phrase préliminaire du Préambule de 1946 le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine peut sembler quelque peu audacieux. Cependant la démarche est historiquement concevable. En effet, la dégradation de la personne humaine invoquée dans le Préambule de 1946 renvoie nécessairement, et entre autres, aux expériences « médicales » et eugéniques conduites sous l'égide de l'Allemagne nazie, et la condamnation constitutionnelle de la dégradation de la personne humaine entraîne nécessairement la reconnaissance de sa dignité.

A cette sauvegarde constitutionnelle de la dignité humaine, le Conseil constitutionnel rattache un certain nombre de principes dont la valeur est incertaine.

En effet la loi relative au respect du corps humain inscrit dans le code civil un certain nombre de principes que le législateur juge fondamentaux. Ces principes sont : la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain, l'intégrité de l'espèce humaine et l'interdiction de toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes.

Le Conseil constitutionnel ne leur reconnaît pas expressément valeur constitutionnelle. Dans un considérant final, il considère seulement qu'ils tendent à assurer le respect d'un principe constitutionnel, et qu'ils le mettent en œuvre de manière adéquate. Il s'agit de principes nécessaires à la mise en œuvre d'un droit constitutionnellement reconnu. Le flou entretenu sur la valeur de ces principes introduit encore plus de complexité dans la structure des droits et principes constitutionnels.

Si l'on regarde plus précisément le contenu de ces principes, l'ambiguïté ne se dissipe pas. Ainsi, par exemple, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie semble avoir valeur constitutionnelle depuis la décision du 15 janv. 1975 (n° 54 DC). Par ailleurs, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de l'inviolabilité, de l'intégrité et de l'absence de caractère patrimonial du corps humain serait particulièrement nécessaire, alors que le juge judiciaire a partiellement affirmé ces principes sur la base de l'art. 1128 c. civ. (8). *A contrario*, la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à l'intégrité de l'espèce humaine serait surprenante alors que le Conseil constitutionnel affirme que la protection du patrimoine génétique de l'humanité n'est consacré par aucun principe ou disposition à valeur constitutionnelle.

Enfin, alors que la loi interdit toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes, ce principe n'est pas relevé par le Conseil parmi les principes corollaires de la dignité de la personne humaine, pourtant, peut-être plus que tout autre, il s'y rattache (9). Mais on pourrait considérer qu'il relève de la protection de l'intégrité de l'espèce humaine. Pourtant, le juge constitutionnel admet implicitement que la sélection d'embryon n'est contraire à aucun principe constitutionnel.

Alors même que les principes énumérés se verraient reconnaître une valeur constitutionnelle comme consubstantiels au principe de dignité, leur protection sera plus faible.

Constitution avait souhaité inscrire dans le texte constitutionnel le droit de chacun à la dignité de sa personne, preuve, s'il en est besoin, que ce droit ne figurait pas déjà, de manière évidente, dans le bloc de constitutionnalité (cf. rapport JO 29 juill. 1994, p. 11031).

(8) Cass. ass. plén., 31 mai 1991, D. 1991.417, rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin ; JCP 1991.II.21752, commun. J. Bernard, concl. H. Dontenwille, note F. Terré ; cf. M. Gobert, Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, RTD civ. 1992.489. L'art. 1128 c. civ. précise qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être l'objet de conventions. — Dans la loi examinée, telle que s'y réfère le Conseil, ce n'est pas l'indisponibilité du corps humain qui est affirmée, mais sa non-patrimonialité. La notion d'indisponibilité est plus large que celle de non-patrimonialité. Ainsi il n'est pas interdit à l'homme de disposer de son corps, mais seulement le corps humain et ses éléments ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, autrement dit ils ne sont pas des marchandises et ne sauraient devenir des objets de commerce (cf. G. Cabanel, Les rapports du Sénat, n° 230, p. 24).

(9) Ce sont, en effet, en particulier les pratiques eugéniques qui ont, sous certains régimes, avant 1946, dégradé la personne humaine.

2. — Le principe de la liberté individuelle.

La reconnaissance de la liberté individuelle comme principe constitutionnel fait partie de la jurisprudence classique du Conseil constitutionnel. Elle est expressément affirmée dans la décision 75 DC du 12 janv. 1977 (10) ; les fondements de cette liberté sont les lois de la République (que le juge ne cite pas) et l'art. 66 de la Constitution de 1958 qui prescrit que sa protection est assurée par l'autorité judiciaire.

Dans la présente décision, le juge constitutionnel affirme que la liberté individuelle est proclamée par les art. 1^{er}, 2 et 4 de la Déclaration de 1789 (11). Cette substitution de sources n'est pas dépourvue d'effets potentiels et suscite un certain nombre d'interrogations.

L'art. 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame l'égalité en droit, l'art. 2 le caractère naturel et imprescriptible de la liberté et l'art. 4 définit la liberté comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Affirmer que la liberté dont il s'agit est la liberté individuelle conduit alors à ce que cette liberté englobe l'ensemble des libertés de l'individu, tout du moins celles qui ne sont pas expressément prévues par un autre texte constitutionnel, et perde toute spécificité, notamment quant à sa protection par le juge judiciaire. Ainsi, par exemple, la liberté d'entreprendre (12) et la liberté personnelle (13) devraient être incluses dans la notion de liberté individuelle (14).

Si l'on trace des perspectives, hasardeuses, à partir de cette nouvelle jurisprudence, on peut considérer qu'une interprétation stricte de l'art. 66 de la Constitution et une interprétation très large de la liberté individuelle pourraient, au terme d'une évolution jurisprudentielle imaginée, conduire à réserver au juge judiciaire la connaissance des atteintes graves à la liberté individuelle, comme le Conseil constitutionnel l'a déjà admis pour les étrangers (15), et comme il le fait en matière de propriété (16).

En revanche, l'affirmation selon laquelle la liberté individuelle doit être conciliée avec d'autres principes à valeur constitutionnelle est classique (17). Elle résulte généralement du fait qu'aucun principe constitutionnel n'est absolu et que le législateur doit opérer une conciliation entre eux. On relèvera cependant que ce rappel n'est formulé qu'en ce qui concerne la liberté individuelle et que le Conseil ne précise pas, dans la suite de sa décision, quels sont en l'espèce les autres principes en cause.

II. — La portée du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel.

« Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, en l'état des

(10) Cf. Les grandes décisions..., préc., n° 25-5.

(11) On relèvera qu'il existe une filiation entre la présente décision et celle du 15 janv. 1975 (54 DC) relative à l'IVG. Dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel avait affirmé que la loi soumise à son examen respecte la liberté des personnes, dès lors qu'elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé par l'art. 2 de la Déclaration de 1789. Mais alors, le Conseil constitutionnel parle de liberté et non de liberté individuelle.

(12) Sur cette notion cf. not. : B. Mathieu, Les sources du droit du travail, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1992, p. 27.

(13) Sur la distinction liberté individuelle-liberté personnelle, cf. B. Mathieu et M. Verpeaux, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, Petites affiches, n° 66, 2 juin 1993, p. 5, obs. sous Décis. n° 92-316 DC.

(14) Sur la remise en cause de la distinction liberté personnelle-liberté individuelle dans la décision n° 93-325 DC, cf. not. : Les grandes décisions..., préc., n° 47-48 ; F. Fines, L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, RFD adm. 1994.594 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, Les étrangers en France, op. cit., Petites affiches, 9 sept. 1994.

(15) Cf. Les grandes décisions..., préc., n° 47-48, mais il est vrai, comme le relèvent les éminents commentateurs, que la spécificité de la situation des étrangers peut justifier cette solution ; cf. également F. Fines, op. cit.

(16) Cf. entre autres : B. Mathieu, op. cit., J.-Cl. Administratif.

(17) Cf. not. Les grandes décisions..., préc., n° 31-18 ; Décis. 127 DC et 164 DC.

connaissances et des techniques, des dispositions ainsi prises par le législateur ».

Cette formule résume, en la matière, la position du Conseil. Elle est assez fréquemment usitée. Ici, cependant, ce contrôle est restreint au regard de l'état des connaissances et des techniques. La portée du contrôle est donc susceptible d'évoluer (cette référence à l'« état », qui justifie le contrôle minimum, se trouve déjà dans la décision de 1975 relative à l'IVG). L'arbitrage n'est donc pas définitif.

De manière générale, le contrôle opéré, dans cette décision, par le Conseil constitutionnel est limité ; en particulier, certaines dispositions législatives, dont la constitutionnalité mérite d'être au moins discutée, ne sont pas examinées. Ainsi, à titre d'exemple, à propos de l'interdiction d'établir une filiation entre un enfant né d'un don d'embryon et ses ascendants génétiques, le juge constitutionnel aurait pu s'interroger sur la question de savoir s'il existe un droit à connaître ses origines qui pourrait être rattaché au droit de mener une vie familiale normale et qui pourrait devoir être concilié avec un droit à la stabilité familiale déduit de la même source. Le Conseil aurait pu se prononcer sur la constitutionnalité du consentement présumé en matière de dons d'organe *post mortem*, alors que le Conseil d'État considère que le respect dû à la personne humaine se prolonge au-delà de la mort (18), et que pourrait être invoqué un principe de solidarité (19). Les examens génétiques ne sont pas pris en considération au regard du respect dû à la vie privée (20). Il en est de même des différences de conditions, pour qu'il puisse être procédé à une assistance médicale à la procréation, entre les couples mariés et les couples non mariés (21), au regard du principe d'égalité entre la famille naturelle et la famille légitime. Enfin, la disposition législative interdisant la réimplantation d'un embryon conçu par un couple, en cas de décès du père, aurait mérité d'être examinée au regard du principe de la liberté individuelle (22).

Si le Conseil constitutionnel affirme que l'ensemble des dispositions de ces lois « mettent en œuvre en les conciliant, et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables », cette affirmation manque pour le moins d'un étayage suffisant.

La manière dont le Conseil apprécie *in concreto* la constitutionnalité des dispositions législatives qu'il examine, au regard des principes posés, conduit également à relever la grande prudence du juge constitutionnel et le caractère souvent elliptique de son raisonnement. Deux affirmations essentielles peuvent cependant s'appuyer sur la décision commentée : l'embryon non implanté n'est pas reconnu comme un sujet de droits constitutionnels et il existe un nouveau modèle de famille, conforme à la notion constitutionnelle de famille : la famille « artificielle ».

1. — L'embryon non implanté n'est pas reconnu comme sujet de droits constitutionnels.

A l'encontre d'une disposition législative prévoyant que certains embryons congelés, produits en surnombre dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, peuvent, dans certains cas (23), être détruits, les députés requérants invoquaient le droit à la vie tel qu'il est, selon eux, reconnu implicitement par les textes constitutionnels (Déclaration de 1789 et Préambule de 1946) et par le juge constitutionnel en 1975, ainsi que par les constitutions de plusieurs États occidentaux et la Convention européenne des droits de l'homme. Ils arguaient également de l'in-

constitutionnalité, pour le même motif, de l'autorisation d'opérer des diagnostics prénataux afin de déceler des affections d'une particulière gravité, ces diagnostics pouvant déboucher sur un recours à l'avortement et à une sélection par destruction d'êtres humains potentiellement handicapés. Une telle disposition aurait, par ailleurs, été affectée d'une inconstitutionnalité tenant à la rupture de l'égalité entre des êtres humains selon leur héritage génétique et leur capital de santé (24).

Le Conseil constitutionnel, après avoir relevé que la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés *in vitro* sont assorties de nombreuses garanties, considère que le législateur a pu estimer que ne doit pas être assurée en toute circonstance et pour une durée indéfinie la conservation de tous les embryons déjà formés, que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable, non plus par conséquent que le principe d'égalité, et ce, sans violer aucun principe constitutionnel. Il remarque également que les dispositions relatives au diagnostic prénatal n'autorisent aucun cas nouveau d'interruption volontaire de grossesse.

Le Conseil constitutionnel, pas plus qu'en 1975 (Décis. 54 DC) (25), n'indique expressément que le droit de tout être humain au respect de sa vie dès le commencement (26) est un principe constitutionnel. Il est cependant permis de penser qu'il est reconnu comme tel (27).

En revanche, le Conseil constitutionnel admet que le législateur écarte l'embryon non implanté du champ d'application de ce principe. Ces embryons ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle, le législateur peut donc théoriquement tout prévoir les concernant (28). En l'espèce, l'embryon n'est écarté de la protection constitutionnelle que sous deux conditions : la première concerne l'état des connaissances et des techniques (29) ; la seconde tient à ce que le Conseil constitutionnel, sans se prononcer sur d'autres cas, ne vise que les embryons conçus *in vitro* et non implantés.

La reconnaissance de la nécessité d'une protection pour l'embryon, potentialité de personne, est très présente dans les travaux préparatoires de la loi. En revanche, le législateur refuse d'accorder un statut à l'embryon, essentiellement car il est soutenu que la vie est un processus continu qui conduit à ne pas donner à l'embryon un statut spécifique, pas plus qu'à l'enfant ou au vieillard (30).

Il est alors quelque peu paradoxal de reconnaître un droit à la protection de la vie dès son commencement, d'affirmer que la vie est un processus continu dont l'origine est la fécondation d'un ovule par un spermatozoïde, et d'écarter certains embryons de ce droit.

A partir du moment où existent des embryons surnuméraires, il convient de s'interroger sur leur destinée. Si le législateur permet la destruction, sous certaines conditions, d'embryons qui ne font plus l'objet d'un projet parental, c'est donc qu'il considère, comme le relève implicitement le Conseil constitutionnel, que ces embryons ne sont pas des sujets de droit, mais des objets.

(24) La rupture du principe d'égalité est également invoquée entre les embryons qui seront réintroduits, ceux qui ne le seront pas et ceux qui seront, ou non, donnés à des couples tiers, ainsi qu'entre ceux qui, conçus avant l'entrée en vigueur de la loi, peuvent être détruits et ceux qui, conçus postérieurement, verront leur sort dépendre d'une prochaine loi.

(25) Sur la jurisprudence française cf. not. : D. Turpin, *AJJC* ; B. Mathieu, *op. cit.*, *J.-Cl. Administratif*, n° 100.

(26) « Sa » vie est substitué dans la loi à « la » vie afin que ce principe puisse concerner chaque être humain dans sa singularité (cf. Cabanel, *op. cit.*). Le Conseil constitutionnel semble reprendre à son compte cette nouvelle formulation.

(27) Entre autres raisons car ce droit est mis sur le même pied que l'égalité en ce qui concerne sa non-application à l'embryon *in vitro*.

(28) La remarque du juge constitutionnel qui relève que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation de ces embryons fécondés *in vitro* est alors dépourvue de portée.

(29) En effet, il résulte des débats parlementaires que la procréation médicalement assistée nécessite encore que des embryons potentiellement surnuméraires soient conçus.

(30) Cf., en particulier, *JOAN CR*, 15 avr. 1994.

(18) CE, 2 juill. 1993, *Milhaud*, *RFD adm.* 1993.1003, concl. D. Kessler ; *D.* 1994.74, note J.-M. Peyricat ; *JCP* 1993.II.22133, note P. Gonod.

(19) Sur ce principe, cf. B. Mathieu, *La République sociale*, colloque « La République en droit français », Dijon, 1994, actes à paraître.

(20) Principe auquel le Conseil constitutionnel se refuse toujours à reconnaître valeur constitutionnelle.

(21) Dans cette hypothèse le couple doit être formé depuis plus de deux ans.

(22) En effet la volonté d'assurer à un enfant un cadre familial normal ne suffit pas à justifier cette mesure ; on n'oblige pas une femme enceinte, devenue veuve, à avorter !

(23) Abandon de la demande parentale, accueil par un couple tiers impossible et durée de conservation au moins égale à cinq ans.

Alors même que l'on admet la création d'embryons surnuméraires et d'autre part leur destruction, le raisonnement du Conseil constitutionnel aurait pu être autre. Afin, tout à la fois, de ne pas priver d'effets le droit au respect de la vie dès son commencement et de préserver le pouvoir de décision du législateur, il aurait pu, dans la logique de sa décision de 1975 relative à l'avortement, qui reconnaît à l'embryon implanté le droit au respect de la vie, tout en considérant que ce droit n'est pas absolu, étendre la portée de ce principe à tout embryon, mais graduer la protection constitutionnelle dont il bénéficie.

En ce qui concerne la protection de l'intégrité de l'embryon, le Conseil constitutionnel ne répond pas directement aux députés auteurs de la saisine, il relève seulement que le législateur prévoit que les études qui pourront être menées, sous certaines conditions, sur des embryons non implantés ne pourront pas porter atteinte à l'embryon. En effet, il peut difficilement reconnaître à ces embryons le droit à l'intégrité alors qu'il ne les considère pas comme constitutionnellement sujets de droit (31).

2. — Un nouveau modèle de famille, conforme à la notion constitutionnelle de famille : la famille « artificielle ».

Un certain nombre des dispositions de la loi sont contestées en ce qu'elles portent atteinte au droit de la famille. Il en est ainsi des dispositions qui concernent la possibilité pour un couple d'accueillir l'embryon de tiers donneurs. Cette disposition est attaquée en ce qu'elle serait contraire à la conception de la famille telle qu'elle est reconnue par le Préambule de 1946. L'anonymat du don d'embryon tant à l'égard des parents biologiques et des parents d'accueil, que de l'enfant, est considéré comme contraire au droit de l'enfant à son développement et au droit de l'enfant à connaître sa filiation, le droit à l'identité étant un droit fondamental, nécessaire au libre épanouissement de la personnalité de l'enfant et donc à sa santé.

L'interdiction d'établir un lien de filiation en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation, est également contestée en ce qu'elle serait contraire au principe de la responsabilité personnelle issue de l'art. 1382 c. civ. (responsabilité de celui qui donne la vie) et à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, acquis depuis la loi du 16 nov. 1912, selon lequel l'enfant peut toujours rechercher la paternité hors mariage si les conditions légales sont réunies.

Le Conseil constitutionnel rejette tous ces griefs en considérant d'une part qu'aucune disposition du Préambule de 1946 ne fait obstacle à ce que les conditions du développement de la famille soient assurées par des dons de gamètes ou d'embryons dans les conditions prévues par la loi que, d'autre part, l'interdiction faite aux enfants ainsi conçus de connaître l'identité des donneurs n'est pas contraire à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par le Préambule de 1946, et, enfin, que la loi ne régit pas les conditions d'attribution de la paternité en cas de procréation médicalement assistée et qu'aucune disposition constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don, et d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci.

La famille est une entité reconnue par le Préambule de 1946. A plusieurs reprises le Conseil constitutionnel s'est référé à ce texte (32).

(31) Pour être complet, on relèvera qu'à propos d'une disposition de la loi prévoyant que ces études doivent faire l'objet d'un avis conforme d'une commission administrative, le Conseil constitutionnel rejette l'argumentation des requérants selon laquelle la délégation de tels pouvoirs à cette commission portait atteinte au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Il relève en particulier que les règles générales de composition de cette commission sont définies par la loi. Sur cette question, cf. : déc. 76-88 L (RJC.II.65) selon laquelle, s'agissant de la composition d'une commission administrative, le législateur ne peut renoncer à la fixer lui-même, dès lors que les pouvoirs conférés à la commission concernent l'exercice d'une liberté publique.

(32) Cf. par exemple Décis. 216 DC, RJC I-135.

A la différence du code civil, la Constitution reconnaît de la même manière la famille légitime et la famille naturelle (33). En admettant que les conditions du développement de la famille soient assurées par des dons de gamètes ou d'embryons, le Conseil constitutionnel reconnaît que la notion de famille, constitutionnellement protégée, concerne également la famille « artificielle », c'est-à-dire celle où les enfants n'ont pas de liens génétiques avec leurs parents. Cette analyse est difficilement contestable à partir du moment où l'adoption crée un système familial, sur ce point, similaire et ce, d'autant plus que la procréation médicalement assistée s'inscrit dans le cadre d'un projet parental entre un homme et une femme, formant un couple stable, vivant et en âge de procréer.

Le droit de la filiation est particulièrement bouleversé par l'impossibilité légale d'établir un lien de filiation entre un enfant issu d'une procréation médicalement assistée par tiers donneurs (gamètes ou embryon) et ses parents génétiques.

Deux types d'argument sont invoqués à l'encontre de cette disposition : ceux qui concernent le droit de la filiation et ceux qui concernent le droit de l'enfant à la santé et à obtenir les conditions nécessaires à son développement.

Le Conseil constitutionnel ne rejette pas expressément (ni ne reconnaît) l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République permettant à l'enfant de rechercher sa paternité hors mariage (34). Il considère que la loi soumise à son examen n'a eu ni pour effet, ni pour objet de régir les conditions d'attribution de la paternité. Mais, même si la loi ne concerne pas directement les conditions d'attribution de la paternité, il n'en reste pas moins que l'interdiction d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don, et la règle de l'anonymat interdisent, en fait et en droit, à l'enfant de rechercher sa paternité.

En ce qui concerne la responsabilité civile (35) du ou des géniteurs, cette responsabilité est nécessairement exclue à partir du moment où l'anonymat a pour corollaire une irresponsabilité.

Le deuxième type d'arguments tient au droit à l'épanouissement et à la santé de l'enfant. Le rejet par le Conseil constitutionnel de ces motifs d'inconstitutionnalité, invoqués à l'encontre de certaines dispositions votées par le législateur, est un peu rapide. Il ne s'agit pas, ici, de contester la solution retenue, mais seulement de relever qu'elle n'est pas d'une évidence aussi caractérisée que peut le laisser penser la rédaction de la décision.

Dans une étude présentée en 1993 au II^e Congrès français de droit constitutionnel (36), nous avons souhaité une constitutionnalisation de certains principes relatifs à la bioéthique qui permette ensuite au législateur et au juge d'adapter ces principes généraux aux évolutions de la science et aux exigences de l'amélioration de la condition humaine.

Les droits de l'homme dans leur sens traditionnel sont insuffisants à protéger l'homme en tant que membre d'une espèce. Comme la Déclaration de 1789 a proclamé les droits de l'individu, comme le Préambule de 1946 a fixé certains droits sociaux, il convient aujourd'hui de déterminer les droits de la personne humaine. L'on regrette que l'occasion n'ait pas été pleinement saisie.

Bertrand MATHIEU,

Professeur agrégé des Facultés de droit,
Coresponsable du Groupe d'études constitutionnelles
appliquées et comparées (Dijon).

(33) Sur cette question cf. B. Mathieu, *op. cit.*, *J.-Cl. Administratif*, n° 67 et 68.

(34) On relèvera que l'art. 340 c. civ., issu de la loi n° 93-22 du 8 janv. 1993, supprime la liste limitative des cas d'ouverture d'une telle action.

(35) Sur la portée constitutionnelle de ce principe, cf. : B. Mathieu, *op. cit.*, *J.-Cl. Administratif*, n° 116 s.

(36) *Petites affiches*, n° 70, 11 juin 1993, p. 4.

Assemblée
1995-10-27
136727

A

Commune de Morsang-sur-Orge
M. Denoix de Saint Marc, pdt.
Mlle Laigneau, rapp.
M. Frydman, c. du g.

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Assemblée)

Vu la requête enregistrée le 24 avril 1992 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la commune de Morsang-sur-Orge, représentée par son maire en exercice domicilié en cette qualité en l'hôtel de ville ; la commune de Morsang-sur-Orge demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler le jugement du 25 février 1992 par lequel le tribunal administratif de Versailles a, à la demande de la société Fun Production et de M. Wackenheim, d'une part, annulé l'arrêté du 25 octobre 1991 par lequel son maire a interdit le spectacle de "lancer de nains" prévu le 25 octobre 1991 à la discothèque de l'Embassy Club, d'autre part, l'a condamnée à verser à ladite société et à M. Wackenheim la somme de 10 000 F en réparation du préjudice résultant dudit arrêté ;

2°) de condamner la société Fun Production et M. Wackenheim à lui verser la somme de 10 000 F au titre de l'article 75-I de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des communes et notamment son article L. 131-2 ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de Mlle Laigneau, Maître des Requêtes,

- les observations de Me Baraduc-Bénabent, avocat de la commune de Morsang-sur-Orge et de Me Bertrand, avocat de M. Wackenheim,

- les conclusions de M. Frydman, Commissaire du gouvernement ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 131-2 du code des communes : "La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique" ;

Considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine ;

Considérant que l'attraction de "lancer de nain" consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération ;

Considérant que, pour annuler l'arrêté du 25 octobre 1991 du maire de Morsang-sur-Orge interdisant le spectacle de "lancer de nains" prévu le même jour dans une discothèque de la ville, le tribunal administratif de Versailles s'est fondé sur le fait qu'à supposer même que le spectacle ait porté atteinte à la dignité de la personne humaine, son interdiction ne pouvait être légalement prononcée en l'absence de circonstances locales particulières ; qu'il résulte de ce qui précède qu'un tel motif est erroné en droit ;

Considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat saisi par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens invoqués par la société Fun Production et M. Wackenheim tant devant le tribunal administratif que devant le Conseil d'Etat ;

Considérant que le respect du principe de la liberté du travail et de celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public ; que tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause ;

Considérant que le maire de Morsang-sur-Orge ayant fondé sa décision sur les dispositions précitées de l'article L. 131-2 du code des communes qui justifiaient, à elles seules, une mesure d'interdiction du spectacle, le moyen tiré de ce que cette décision ne pouvait trouver sa base légale ni dans l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni dans une circulaire du ministre de l'intérieur, du 27 novembre 1991, est inopérant ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a prononcé l'annulation de l'arrêté du maire de Morsang-sur-Orge en date du 25 octobre 1991 et a condamné la commune de Morsang-sur-Orge à verser aux demandeurs la somme de 10 000 F ; que, par voie de conséquence, il y a lieu de rejeter leurs conclusions tendant à l'augmentation du montant de cette indemnité ;

Sur les conclusions de la société Fun Production et de M. Wackenheim tendant à ce que la commune de Morsang-sur-Orge soit condamnée à une amende pour recours abusif ;

Considérant que de telles conclusions ne sont pas recevables ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 :

Considérant qu'aux termes de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 : "Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut même d'office, pour des raisons tirées de ces mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation" ;

Considérant, d'une part, que ces dispositions font obstacle à ce que la commune de Morsang-sur-Orge, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, soit condamnée à payer à la société Fun Production et M. Wackenheim la somme qu'ils demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions au profit de la commune de Morsang-sur-Orge et de condamner M. Wackenheim à payer à cette commune la somme de 10 000 F au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de condamner la société Fun Production à payer à la commune de Morsang-sur-Orge la somme de 10 000 F au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Versailles du 25 février 1992 est annulé.

Article 2 : Les demandes de la société Fun Production et de M. Wackenheim présentées devant le tribunal administratif de Versailles sont rejetées.

Article 3 : L'appel incident de la société Fun Production et de M. Wackenheim est rejeté.

Article 4 : La société Fun production est condamnée à payer à la commune de Morsang-sur-Orge la somme de 10 000 F en application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991.

Article 5 : Les conclusions de la société Fun-Production et de M. Wackenheim tendant à l'application de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la commune de Morsang-sur-Orge, à la société Fun Production, à M. Wackenheim et au ministre de l'intérieur.

Assemblée

Séance du 13 octobre 1995

Lecture du 27 octobre 1995

Commune de Morsang-sur-Orge, n°136727

Ville d'Aix-en-Provence, n°143578

Conclusions de Patrick FRYDMAN

Commissaire du gouvernement

I

Par des arrêtés en date respectivement des 25 octobre 1991 et 23 janvier 1992, les maires des communes de Morsang-sur-Orge (Essonne) et d'Aix-en-Provence prononcèrent l'interdiction de spectacles dits de « lancer de nains » qui devaient se dérouler, à l'initiative de la société Fun Production, dans des discothèques de ces deux villes.

Venus des pays anglo-saxons et, en particulier, d'Australie, ces spectacles consistent à lancer le plus loin possible, au-dessus d'un tapis de réception, un *nain* vêtu d'un costume de protection copié sur celui des joueurs de football américain. Apparus en France au début des années quatre-vingt-dix, ils ont aussitôt donné lieu à une vive polémique, dont les organes de presse se sont abondamment fait l'écho. Une grande partie de l'opinion publique n'a, en effet, pas manqué de voir dans cette étrange attraction une atteinte à la dignité de la personne humaine intolérable dans notre société contemporaine. Aussi bien le ministre de l'intérieur de l'époque avait-il d'ailleurs été amené à prescrire aux préfets, par une circulaire du 27 novembre 1991, d'intervenir auprès des maires pour en recommander l'interdiction systématique.

Cependant, la société Fun Production et le nain qu'elle emploie, M. Manuel Wackenheim, qui affirment ne voir pour leur part rien de choquant dans un tel spectacle, ne manquèrent pas de contester les arrêtés précités des maires de Morsang-sur-Orge et d'Aix-en-Provence devant la juridiction administrative. Or, par des jugements en date des 25 février et 8 octobre 1992 - auxquels la doctrine a d'ailleurs réservé d'abondants commentaires-, les tribunaux administratifs de Versailles et de Marseille annulèrent effectivement ces arrêtés, en se fondant à cet effet sur des terrains juridiques au demeurant distincts. Le second considéra en effet que le spectacle en cause ne portait aucune atteinte à la dignité de la personne humaine, cependant que le premier estima pour sa part qu'à supposer même qu'une telle atteinte eût bien existé en l'espèce, celle-ci ne pouvait cependant légalement justifier une mesure d'interdiction en l'absence de circonstances locales particulières. Ces tribunaux condamnèrent en outre les communes à verser aux demandeurs dans chaque

affaire, une indemnité de 10 000 F en réparation du préjudice commercial résultant de l'interdiction des spectacles envisagés. Tels sont les deux jugements dont, sous les n° 136727 et 143578, les communes de Morsang-sur-Orge et d'Aix-en-Provence ont respectivement interjeté appel devant vous - étant observé que la société Fun Production et M. Wackenheim vous ont pour leur part demandé, par la voie de l'appel incident, de porter le montant des condamnations de première instance à 50 000 F.

II

Avant d'examiner la légalité des arrêtés litigieux, il convient d'abord de préciser que ceux-ci ont été pris, ainsi qu'en témoignent d'ailleurs leurs visas, dans le cadre des pouvoirs de police générale que le maire tient des articles L. 131-1 et L. 131-2 du code des communes.

(...)

III

Nous indiquerons par ailleurs, à ce stade, que le fondement des arrêtés précités ne saurait davantage être recherché directement dans l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, aux termes duquel « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

S'il est vrai que la circulaire du ministre de l'intérieur du 27 novembre 1991, déjà évoquée, préconisait de motiver les mesures d'interdiction de spectacles de lancer de nains par référence à cette stipulation et si les arrêtés en cause dans nos espèces mentionnent bien cette dernière dans leurs visas, il est clair que les maires n'ont pas entendu faire de ce texte la base légale de leur décision.

Au demeurant et contrairement à ce que soutiennent devant vous, là encore, les communes, il ne nous apparaît pas que cet article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme eût pu servir, en lui-même, de fondement à de telles mesures.

Sans doute peut-on certes penser - et cette question n'est pas ici, en soi, indifférente - que le lancer de nains entre effectivement dans le champ d'application du principe de prohibition des traitements dégradants ainsi posé. D'une part, il est acquis que la Convention trouve bien à s'appliquer aux hypothèses où les violations des droits qu'elle institue sont commises - comme ce serait le cas en l'espèce - dans le cadre de rapports *interindividuels* et non à l'initiative de la puissance publique elle-même. La Cour européenne des droits de l'homme en a, en effet, ainsi jugé à propos des carences de la législation pénale d'un État partie à la Convention empêchant de poursuivre l'auteur d'un viol sur une mineure handicapée mentale, par un arrêt du 26 mars 1985, *X et Y. c/ Pays-Bas* (série A, n° 91). D'autre part et comme l'avait notamment souligné le Professeur Flauss dans un commentaire du jugement du tribunal administratif de Versailles qui vous est aujourd'hui déféré (RFDA 1992.1026), on peut raisonnablement penser que les spectacles dégradants pour la personne humaine comptent effectivement au nombre des activités contraires à l'article 3. Bien que les organes de Strasbourg n'aient jamais eu à ce jour à se prononcer sur ce point précis, il convient en effet d'observer que, dans la célèbre affaire *Tyrer c/ Royaume-Uni*, du 25 avril 1978 (série A, n° 26), qui concernait les châtiments judiciaires corporels de l'île de Man - et dont la problématique n'était pas sans lien avec la question ainsi soulevée -, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas manqué de sanctionner de tels châtiments comme constitutifs de traitements dégradants pour la personne qui

les subissait. Or, s'il est vrai que cet arrêt avait été rendu dans une affaire où la victime n'était évidemment pas consentante à ces traitements, cet élément ne semble pas déterminant au regard de la solution ainsi retenue. De fait, la Commission européenne des droits de l'homme a, pour sa part, eu l'occasion d'admettre, dans un rapport du 14 décembre 1973, *Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume-Uni*, qu'un traitement devait être regardé comme dégradant « lorsqu'il provoque un abaissement de rang, de la situation ou de la réputation de celui qui en est l'objet *aux yeux d'autrui* (aussi bien qu'à) ses propres yeux ». Et, si la jurisprudence de la Cour reconnaît bien par ailleurs à toute personne la faculté de renoncer au bénéfice de certains des droits qu'elle garantit, il ne semble pas qu'une telle possibilité puisse trouver matière à s'appliquer s'agissant de droits *substantiels* tels que ceux mentionnés à l'article 3.

Mais, si on sait que la Convention est certes d'applicabilité directe dans les États qui y sont parties (cf. par ex., en ce sens, votre décision d'Assemblée, 11 juill. 1984, *Subrini*, Rec. p.259), il nous semble que celle-ci ne saurait pour autant avoir pour effet de déroger aux règles de compétence résultant des textes de droit interne. Il n'est, en effet, guère possible d'admettre qu'une autorité soit habilitée à prendre une décision dans un domaine étranger à ses pouvoirs au seul motif que cet acte viserait à mieux assurer le respect de telle ou telle des stipulations de ladite Convention - ce qui ruinerait toute votre théorie de la compétence administrative et aurait d'ailleurs des conséquences pratiques absurdes. Ainsi, s'il appartenait bien aux maires de Morsang-sur-Orge et d'Aix-en-Provence de tenir compte, dans leur décision, de la nécessité de faire respecter l'article 3, ceux-ci n'auraient cependant pas pu légalement se fonder sur cette stipulation pour intervenir en dehors du domaine de leurs pouvoirs de police. C'est donc bien dans ces seuls pouvoirs, tels qu'ils sont définis aux articles L. 131-1 et L. 131-2 du code des communes, que réside la base légale des arrêtés litigieux.

IV

Cependant, si le fondement des mesures de police en cause est ainsi le plus classique qui soit, les motifs qui ont inspiré celles-ci le sont pour leur part beaucoup moins.

Si l'article L. 131-2 du code dispose, comme on sait, que « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques » et si le paragraphe 3° du même article précise d'ailleurs que celle-ci comprend notamment « le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les [...] spectacles, jeux, cafés [...] et autres lieux publics », ces dispositions sont généralement entendues, en matière de police des établissements de spectacles, comme

visant seulement à garantir *la sécurité du public* ou à prévenir d'éventuels *troubles matériels à l'ordre public*.

Or, force est de constater que les arrêtés qui nous occupent ne se rattachaient - autrement que de manière très marginale - à aucune de ces missions traditionnelles de la police municipale.

Ainsi, si les communes font, certes, valoir que le spectacle litigieux aurait présenté un danger pour le nain lui-même et pour le public, il n'apparaît pas qu'un tel motif ait été véritablement au nombre de ceux qui ont justifié ces décisions lorsqu'elles ont été prises. Du reste, nous avons déjà indiqué que M. Wackenheim disposait, pendant le spectacle, d'équipements de protection appropriés. Et, s'il a parfois été avancé que la configuration osseuse spécifique des nains pouvait rendre leurs chutes particulièrement dangereuses, cet argument d'ordre médical n'a en tout état de cause jamais été invoqué par les communes concernées dans le cadre des présentes affaires. Enfin, les prétendus risques d'accident que le spectacle occasionnerait pour le public apparaissent des plus ténus, lorsqu'on sait que la longueur des lancers n'excède pas, si l'on s'en tient à ce qui a été présenté par la presse comme le « record de France » de cette spécialité, une distance de 3,30 mètres.

Quant aux risques de troubles matériels à l'ordre public, qui ne sont d'ailleurs véritablement invoqués que par la seule commune de Morsang-sur-Orge, ils ne sauraient être regardés en l'espèce comme de nature à justifier une mesure d'interdiction. Sans doute cette commune s'efforce-t-elle de soutenir que le maire avait été saisi, à l'annonce du spectacle, de diverses protestations émanant de particuliers et que le député de la circonscription, M. Julien Dray, avait lui-même publiquement fustigé l'organisation d'un tel événement, qualifié à cette occasion de « retour insupportable au Moyen Âge ». Mais le principe en la matière, tel qu'il résulte de votre célèbre jurisprudence *Benjamin du 19 mai 1933* (Rec. CE, p.541), est que la légalité d'une mesure d'interdiction se trouve subordonnée à l'existence de risques d'une ampleur telle que les forces de l'ordre ne seraient pas en mesure d'y faire face. Or, il est clair que ces conditions exceptionnelles n'étaient en l'espèce pas réunies, en l'absence notamment de toute manifestation de protestation concrète envisagée dans l'éventualité où le spectacle aurait eu lieu. Il ne suffit évidemment pas de quelques témoignages d'indignation isolés pour autoriser un maire à interdire un spectacle - faute de quoi l'exercice du pouvoir de police ne manquerait d'ailleurs pas de devenir le terrain d'intervention privilégié des groupes de pression de tous bords...

V

Aussi le motif essentiel des arrêtés attaqués tient-il bien évidemment - et leurs auteurs n'en font d'ailleurs pas mystère - à ce que le spectacle en cause a été considéré comme *attentatoire à la dignité de la personne humaine*.

À cet égard, se pose d'abord une question préalable, qui ne peut d'ailleurs trouver sa solution que dans l'intime conviction de chacun, et qui est de déterminer si le lancer de nains encourt effectivement ou non, par sa nature même, un tel reproche.

Mais nous n'aurons, pour notre part, guère de doute à vous proposer de répondre par l'affirmative.

En effet, le but du lancer de nains - et ce qui fait tout son intérêt pour le spectateur - n'est évidemment pas de lancer un poids le plus loin possible, mais de lancer avec violence et sans aucun égard pour elle une *personne humaine*, qui se trouve ainsi traitée comme un simple projectile, c'est-à-dire rabaisée au rang d'objet. En outre, ce n'est pas n'importe quelle personne qui est lancée, mais, spécifiquement et exclusivement, un *nain*. Or, cet état de fait ne s'explique pas seulement, bien entendu, par le faible poids d'un tel individu, qui rend possible l'exercice. Il tient essentiellement, ainsi qu'en attestent d'ailleurs sans fard les documents publicitaires de présentation du spectacle, à l'intérêt que suscite, chez un certain public, la mise en évidence d'anomalies physiques telles que l'achondroplasie ou d'autres formes de nanisme. Aussi cette attraction renvoie-t-elle - fût-ce, chez la plupart des spectateurs, inconsciemment - au sentiment obscur et profondément pervers selon lequel certaines personnes constitueraient, du fait de leur handicap ou de leur apparence physique, des êtres humains de *second rang* et susceptibles, dès lors, d'être traités comme tels.

Cette connotation de mépris se trouve d'ailleurs renforcée par la circonstance - sur laquelle il convient tout particulièrement d'insister - que les lancers sont pratiqués, non par des artistes professionnels, mais par des spectateurs eux-mêmes, auxquels est ainsi donnée la possibilité de *se défouler* en manipulant brutalement une personne handicapée, avec toute la cruauté inhérente à une telle démarche. Cette observation prend toute son importance lorsqu'on connaît le contexte concret dans lequel s'insèrent les spectacles incriminés. Ceux-ci sont, en effet, habituellement organisés dans des *discothèques* à forte capacité, où les clients, plus ou moins ivres, sont invités à projeter le nain à la chaîne en s'en saisissant par une poignée à la manière d'une vulgaire valise - tous éléments qui ne manquent pas d'aggraver encore, à nos yeux, le caractère scandaleux de cette attraction.

Sans aller jusqu'à évoquer ici les *Untermenschen* ou « sous-hommes » stigmatisés comme tels par l'Allemagne nazie -encore qu'il ne soit pas inutile de rappeler que les nains en faisaient précisément partie-, on ne peut qu'être frappé par la parenté unissant un tel spectacle avec les jeux du cirque de l'Antiquité, dont on connaît le rôle de canalisation des pulsions sadiques de la population. On ne peut davantage s'empêcher de comparer le sort du nain ainsi

exhibé avec celui réservé aux phénomènes de foire, tels que les frères siamois, victimes de régressions génétiques ou autres monstres en tous genres, qui tendent aujourd'hui fort heureusement à disparaître, mais dont un film comme *Elephant Man*, de David Lynch, a pu souligner, à juste titre, la situation de profonde détresse.

Aussi êtes-vous bien ici en présence, comme pouvait l'écrire un commentateur critique du jugement du tribunal administratif de Versailles, M. Christophe Vimbert (AJDA 1992.525), d'un spectacle « indigne (et) malsain ». Il n'est, à notre sens, guère possible de voir dans celui-ci, comme voudraient vous en convaincre les défenseurs, un simple numéro de cascades ou de variétés, comparable à celui de l'« homme-obus » parfois pratiqué dans certains cirques.

Au demeurant, il convient de souligner que les réactions des responsables politiques, face au développement des spectacles de lancer de nains, se sont avérées unanimement hostiles. Sans revenir sur la prise de position du ministre de l'intérieur, telle qu'elle s'est matérialisée par la circulaire déjà citée, on relèvera ainsi que le secrétaire d'État aux handicapés avait pris soin de féliciter le maire de Morsang-sur-Orge pour son arrêté d'interdiction, en qualifiant alors cette attraction, dans une lettre du 3 décembre 1991, de « spectacle indigne, [...] vulgaire et dégradant [...] fait pour une population voyeuriste ». En outre et pour prendre ici un exemple étranger, il convient de signaler qu'aux États-Unis, le lancer de nains a notamment été interdit par le gouverneur de l'État de New-York comme attentatoire à la dignité de la personne humaine.

Enfin - et ce n'est pas là l'élément d'appréciation le moins éclairant -, on observera que les réactions à ce spectacle chez les *nains eux-mêmes*, ne sont, mise à part bien entendu celle de M. Wackenheim, pas moins défavorables. C'est ainsi que l'Association nationale des personnes de petite taille a fait connaître publiquement son indignation à ce sujet, en soulignant -de manière effectivement frappante- que la protestation de l'opinion publique face à une telle attraction serait unanime si c'était à *un animal* qu'on infligeait le traitement ainsi subi par le nain. Quant à la comédienne Mimie Mathy, artiste renommée et naine elle-même, qui s'est publiquement insurgée contre ce spectacle, elle n'a pas manqué d'en dénoncer également le caractère profondément dégradant à l'égard des personnes victimes de nanisme.

Au total et bien que l'absence, à ce jour, de toute jurisprudence tant administrative que judiciaire ayant précisément défini les contours de cette notion vous prive ici d'éléments de comparaison utiles, il nous apparaît que le spectacle critiqué doit bien être regardé comme portant atteinte à la *dignité de la personne humaine*. Aussi étendue que soit la liberté d'expression, une attraction consistant ainsi, en vue de flatter les plus vils instincts, à ravalier au

rang d'objet une personne handicapée à raison même de son handicap, ne nous paraît en effet pas pouvoir trouver sa place dans une société civilisée. Les réactions du corps social précédemment évoquées, qui montrent à quel point ce spectacle a été ressenti comme une régression par rapport aux efforts d'intégration sociale des handicapés déployés dans les dernières décennies, ne font que renforcer cette analyse. Du reste, on pourrait être tenté de se demander si une attraction aussi méprisable que le lancer de nains ne porte pas, à la vérité, tout autant atteinte à la dignité des spectateurs qui y participent ou y assistent qu'à celle des nains eux-mêmes...

VI

Il est vrai que l'argumentation que développe, de son côté, M. Wackenheim, telle qu'elle s'est notamment exprimée au travers de divers articles de presse contemporains des arrêtés d'interdiction, n'en donne pas moins à réfléchir. L'intéressé fait en effet valoir qu'alors qu'il vivait précédemment dans la solitude et se trouvait au chômage, son engagement par la société Fun Production lui avait permis de s'intégrer à une troupe de spectacle, de s'assurer un revenu mensuel de 20 000 F, et ainsi de nourrir pour la première fois de sa vie de véritables ambitions, tant personnelles que professionnelles, avant que le rêve ne se brise, par l'effet précisément de la multiplication des mesures d'interdiction du spectacle, et qu'il ne soit alors rendu à son état initial. Aussi l'intéressé a-t-il beau jeu de faire valoir que le souci de protéger la dignité humaine qui lui est ainsi opposé a, en ce qui le concerne, plutôt pour effet d'y porter atteinte, et que le ministre de l'Intérieur, indirectement responsable de la perte de son emploi par l'effet de sa circulaire de 1991, serait maintenant bien en mal de lui en procurer un autre -alors surtout que l'accès à certains des corps administratifs placés sous son autorité, tels que la police, est précisément subordonné à une condition de taille minimale...

Mais, pour moralement embarrassante qu'elle soit, cette argumentation pathétique n'entame en rien la valeur des considérations qui précèdent. Le respect de la dignité de la personne humaine, concept absolu s'il en est, ne saurait en effet s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet. De même, par exemple, que la soumission délibérée d'une victime à des actes de violence n'a nullement pour effet, selon la jurisprudence judiciaire, de retirer à ceux-ci leur caractère pénalement répréhensible, le consentement du nain au traitement dégradant qu'il subit nous paraît donc ici juridiquement indifférent. Du reste, cette observation rejoint celles que nous avons déjà formulées quant à l'applicabilité en la matière, malgré ce consentement, de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, et on relèvera que tout autre raisonnement conduirait d'ailleurs, en l'occurrence, à faire prévaloir de manière assez choquante un avantage procuré à un seul individu sur la nécessité de prévenir l'humiliation d'une communauté entière. Enfin, la circonstance que la participation de l'intéressé aux spectacles incriminés donne lieu au versement d'un salaire ne nous paraît nullement de nature - nous serions

tentés d'ajouter au contraire - à infléchir cette conclusion. De par sa nature même, la dignité de la personne humaine doit en effet être placée hors commerce et, sur un plan moral, nous croyons précisément pouvoir déceler, pour notre part, une circonstance aggravante, plutôt qu'atténuante, dans le fait qu'une personne acceptant de se prêter à une attraction à caractère dégradant le fasse à titre de prestation rémunérée dans le cadre d'une exploitation commerciale.

Enfin, on ajoutera, dans le même ordre d'idées, que nous ne pourrions accueillir l'argumentation des défenseurs selon laquelle les pouvoirs de police du maire ne sauraient ici trouver à s'appliquer, dès lors que, compte tenu là encore du consentement de M. Wackenheim, les mesures prises à ce titre reviendraient à tenter de protéger un administré contre lui-même. Il est en effet, précisément, tout à fait admis que des mesures de police administrative puissent légalement avoir un tel objet, comme le montrent, entre autres, l'obligation du port de la ceinture de sécurité pour les automobilistes, celle du port du casque pour les motocyclistes ou, encore, pour prendre l'exemple d'une police municipale, la police des baignades et des activités nautiques prévue à l'article L. 131-2-1 du code des communes.

VII

Mais il vous restera alors à trancher une question de droit essentielle, qui est celle ayant plus particulièrement justifié le renvoi des présentes affaires devant votre Assemblée, et qui tient à juger si le maire d'une commune peut légalement décider, sur le fondement de son pouvoir de police générale, d'interdire un spectacle au seul motif que celui-ci porte atteinte à la dignité de la personne humaine.

Or, cette question, qui revient en définitive à déterminer si le respect de la dignité humaine figure ou non au nombre des *composantes de l'ordre public* prises en compte pour l'exercice de la police municipale, pourrait *a priori* sembler devoir appeler une réponse négative. La notion d'ordre public ne saurait en effet, bien entendu, être abusivement tirée vers celle d'*ordre moral*. Et, selon la conception classique de la police municipale, telle que l'entendait à l'origine la doctrine, la « moralité publique » était en principe envisagée comme un facteur externe à l'ordre public proprement dit, sur lequel elle n'était susceptible de rejaillir que par le biais de risques de désordres matériels. C'est ainsi que Hauriou pouvait écrire, par exemple, dans l'édition de 1927 de son *Précis de droit administratif* (p. 445), que « l'ordre public, au sens de la police, est l'ordre matériel et extérieur [...]. La police [...] n'essaie point d'atteindre les causes profondes du mal social, elle se contente de rétablir l'ordre matériel [...] ». En d'autres termes, elle ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées ».

VIII

Mais un raisonnement en deux temps nous conduira cependant à vous proposer très fermement d'admettre la possibilité de faire usage des pouvoirs de police municipale en cas d'atteinte à la dignité de la personne humaine.

En premier lieu, nous soulignerons ici combien il apparaît nécessaire, si vous nous avez suivi pour estimer indigne le spectacle litigieux, que vous adoptiez cette solution.

Il est à peine besoin de souligner, en effet, que l'impératif de respect de la dignité de la personne humaine compte au nombre de ceux placés au sommet des exigences de notre système juridique. C'est ainsi que, par une décision du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel, appelé à se prononcer sur la constitutionnalité des premières lois sur la bioéthique, a solennellement érigé en principe à valeur constitutionnelle « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation », à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ce principe s'est même trouvé depuis lors à nouveau réaffirmé par une autre décision du Conseil constitutionnel du 19 janvier 1995 relative à la loi sur la diversité de l'habitat.

En outre et sans même revenir ici sur les obligations qui s'imposent à la France en vertu de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, le respect de la dignité de la personne humaine, sous toutes ses formes, est posé en principe par d'innombrables textes et décisions de jurisprudence, qu'il s'agisse, par exemple, du respect de la dignité de la femme (cf., en ce sens, la Convention de New York du 1er mars 1980), de la dignité de l'élève (à laquelle se réfère notamment votre avis d'Assemblée générale du 27 novembre 1989 relatif à l'affaire dit du « foulard islamique », même s'il est vrai que les conséquences jurisprudentielles de cette affirmation de principe sont d'ailleurs restées assez timides), de la dignité de l'enfant (protégée par la Convention de New York du 26 janvier 1990), de celle du malade (visée à l'article 2 du nouveau code de déontologie médicale issu du décret du 6 septembre 1995), de celle du salarié (cf., sur ce point, votre décision du 11 juill. 1990, *Ministre des Affaires sociales c/ Syndicat CGT de la société Griffine-Maréchal*, Rec. p.215), ou encore de celle du déteriu (sur laquelle insistent les articles D. 189 et D. 275 du code de procédure pénale).

Enfin et dans un domaine assez voisin de celui qui nous occupe, on relèvera que la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication prévoit expressément, en son article 1er que l'exercice de cette liberté par les diffuseurs de programmes audiovisuels peut se trouver limité « dans la mesure requise [...] par le respect de la dignité de la personne humaine » - restriction qui figure d'ailleurs également, sous une forme analogue, dans la Convention européenne sur la télévision transfrontières du 5 mai 1989.

Or, l'objectif de sauvegarde de la dignité de la personne humaine qui se

dégage ainsi de ce *corpus* juridique serait, s'agissant des spectacles de curiosités, purement et simplement anéanti, si vous vous refusiez à reconnaître aux maires la possibilité d'interdire de tels spectacles sur le fondement de leur pouvoir de police.

Il faut bien voir, en effet, que, contrairement à ce qu'il en est notamment en matière de spectacles cinématographiques -où un contrôle préventif des oeuvres est organisé, sous l'égide du ministère de la culture, par le biais du visa d'exploitation prévu à l'article 19 du code de l'industrie cinématographique -, il n'existe pas, en matière de spectacles vivants tels que celui qui nous occupe, de police exercée au niveau national. Cet état de fait - dont nous aurons plus loin l'occasion de souligner les inconvénients - a ainsi pour conséquence de faire peser le contrôle de tels spectacles sur les seuls *maires*. Le rôle de ces derniers ne se limite donc pas ici, comme c'est le cas en -matière de cinéma, à vérifier si des circonstances locales justifient des mesures plus restrictives que celles prononcées au niveau national - ainsi que l'autorise votre célèbre jurisprudence de Section *Société « Les films Lutetia »* du 18 décembre 1959 (*Rec. CE*, p.693), mais les conduit, en tant cette fois qu'autorité de police *exclusive*, à contrôler que les spectacles en cause ne sont pas intrinsèquement de nature à troubler l'ordre public.

Par ailleurs, il convient en l'occurrence de souligner qu'aussi immorale qu'elle apparaisse, l'organisation de spectacles de lancer de nains n'entre pour autant dans le champ d'aucune incrimination pénale. La chancellerie, qui semble avoir un temps envisagé de faire engager des poursuites par les parquets compétents à l'encontre des responsables de tels spectacles, a d'ailleurs rapidement dû renoncer à cette initiative en conséquence de ce constat.

Or, il résulte ainsi des effets combinés de l'absence de toute autre autorité de police compétente en la matière, d'une part, et de l'impossibilité de réprimer de tels agissements au niveau pénal, d'autre part, que l'organisation de spectacles de lancers de nains ne saurait être prévenue autrement que par une mesure d'interdiction prononcée par le maire. Aussi voyons-nous mal, dans ce contexte, comment vous pourriez dénier à ce dernier la possibilité de prendre une telle décision, alors que l'enjeu est précisément ici de sauvegarder l'exigence morale particulièrement solennelle que constitue le respect de la dignité de la personne humaine.

Or - et c'est là la seconde étape de notre raisonnement -, le but qu'il s'avère ainsi impératif d'atteindre n'apparaît nullement inaccessible, en dépit peut-être de certaines idées reçues, au regard de l'état actuel du droit.

D'une part, en effet, il faut bien voir que, même dans sa pureté d'origine - qui, comme on le verra dans un instant n'a au demeurant jamais coïncidé avec la jurisprudence -, la conception doctrinale de la police administrative n'excluait pas, en réalité, certaines incursions dans le domaine des acquis fondamentaux de la morale sociale. Dans la célèbre thèse qu'il a consacrée en 1934 à *La police municipale*, M. Pierre-Henri Teitgen admettait ainsi l'existence

d'une « police de la moralité publique » ayant pour objet de prévenir « les scandales publics, (c'est-à-dire) les atteintes publiques au minimum d'idées morales naturellement admises, à une époque donnée, par la moyenne des individus ». Or, même en nous plaçant dans ce cadre relativement restrictif, il nous apparaît que le respect de la dignité de la personne humaine constitue bien, précisément, l'une de ces « idées morales naturellement admises » dans la société française contemporaine, ainsi que suffisent à en témoigner les différents textes et décisions de jurisprudence que nous avons précédemment mentionnés.

D'autre part et surtout, il est clair que, bien qu'elle ne soit pas formellement comprise dans la trilogie traditionnelle définissant l'objet de la police municipale -à savoir sécurité, tranquillité et salubrité publiques -, *la moralité publique* constitue bien également, selon votre jurisprudence, un des buts en vue desquels cette police peut trouver à s'exercer.

C'est ainsi que vous avez toujours reconnu que les atteintes portées à la décence, sous toutes ses formes, justifiaient l'édiction par le maire de mesures de police, qu'il s'agisse de décisions frappant les lieux de débauche ou de prostitution (cf. par ex. : CE, 17 déc. 1909, *Chambre syndicale de la corporation des marchands de vins et liquoristes de Paris*, Rec. p.990; 11 déc. 1946, *Dames Hubert et Crepelle*, Rec. p.300 ou 30 sept. 1960, *Jauffret*, Rec. p.504), de la réglementation de la tenue des baigneurs sur les plages (cf. CE, 30 mai 1930, *Beaugé*, Rec. p.582), du contrôle du caractère décent des inscriptions portées sur les monuments funéraires (cf. CE, Ass., 4 févr. 1949, *Dame veuve Moulis*, Rec. p.52) ou encore de la vérification de la conformité aux bonnes moeurs de la dénomination des voies, publiques ou privées, dans la commune (cf. CE, 18 juill. 1919, *Dame Magnier*, Rec. p. 646 et, plus récemment, 19 juin 1974, *Sieur Broutin*, Rec. p.,346).

De même et s'agissant cette fois précisément, comme en l'espèce, d'un spectacle de curiosité, vous avez jugé, par votre arrêt du 7 novembre 1924, *Club indépendant sportif châlonnais*, déjà cité, qu'un maire avait pu à bon droit interdire un combat de boxe en se fondant sur le fait qu'une telle exhibition présentait un « caractère brutal, [...] parfois sauvage (et) contraire à l'hygiène morale ». Or, si l'appréciation de fait ainsi exprimée a certes, en elle-même, quelque peu vieilli, la possibilité d'interdire un spectacle de curiosité à raison de son immoralité n'en a pas moins, pour sa part, survécu dans son principe, ainsi qu'en a notamment témoigné depuis lors une décision du 13 février 1953, *Hubert de Ternay*, au *Recueil Dalloz* de 1953 (p.753).

Enfin, en ce qui concerne les spectacles cinématographiques, il convient de rappeler que l'innovation essentielle de votre jurisprudence *Société « Les films Lutetia »* de 1959, précitée, par rapport au droit antérieur, tenait précisément à ce que vous avez alors jugé que l'interdiction de la diffusion d'un film par un

maire était possible, *même en l'absence de tout risque de troubles matériels*, lorsque la projection de celui-ci était « préjudiciable à l'ordre public [...] à raison du caractère *immoral* dudit film et de circonstances locales ». L'idée prévalant à cet arrêt était donc que, pour des raisons tenant à des *seules considérations de moralité*, il pouvait par exemple y avoir trouble à l'ordre public à diffuser une oeuvre blasphématoire dans une ville de pèlerinage, ou un film évoquant une affaire criminelle dans la localité où celle-ci s'était déroulée. Et encore votre jurisprudence se montrait-elle, en un premier temps, particulièrement libérale dans l'appréciation de la spécificité des circonstances locales invoquées à ce titre. Du reste, celles admises par votre Section comme valables dans l'affaire *Société Lutetia* elle-même tenaient en l'occurrence « à une vague d'immoralité qui avait déferlé sur la ville de Nice en 1954 », ce qui -en espérant que cette vague ait depuis lors reflué, ce que l'actualité judiciaire tend parfois à infirmer - témoigne en tout cas d'un faible degré d'exigence à cet égard. Or, si vous en avez certes fait par la suite une application plus nuancée, vous n'avez cessé depuis lors de vous en tenir aux principes de cette jurisprudence (cf., par ex., pour une série de décisions rendues à propos de la diffusion du film *Les liaisons dangereuses* 1960 : CE, Ass., 19 avr. 1963, *Ville de Salon-de-Provence et autres*, Rec. p. 228, ou, plus récemment, s'agissant de la projection du film *Le pull-over rouge* : CE, 26 juill. 1985, *Ville d'Aix-en-Provence c/ Société Gaumont-Distribution*, Rec. p.236).

Au total et même si, compte tenu de l'évolution générale des moeurs, votre attention est moins souvent attirée sur ce point qu'elle ne l'était il y a quelques décennies, il est donc possible d'affirmer, comme le fait le Professeur Chapus, dans son *Traité de droit administratif général* (p.596), que « selon la jurisprudence, la moralité publique est la *quatrième composante* de la notion d'ordre public ». Cette conclusion est d'ailleurs unánimement partagée par les commentateurs autorisés en la matière (cf., par ex., en ce sens, l'opinion du Professeur Moreau, *J.-Cl. adm.*, fasc. « Polices administratives », n°128, ou encore celle du Professeur Picard dans son ouvrage de référence sur *La notion de police administrative*, t. 1, p. 217). Or, il n'est pas douteux, à notre sens, et eu égard à nos développements antérieurs, que le respect de la dignité de la personne humaine constitue lui-même l'une des composantes essentielles de la moralité publique. Aussi la légalité des interdictions de spectacles de lancer de nains prononcées par les maires sur ce fondement nous semble-t-elle devoir être admise.

IX

Il est vrai que la solution que nous vous proposons ainsi d'adopter ne va pas sans soulever quelques difficultés, qu'il convient à ce stade d'examiner et qui nous paraissent être de deux types.

(...)

23 Quant à la seconde série de difficultés que suscite notre proposition, celles-ci tiennent au risque de déviation vers certaines formes de *censure* que vous pourriez sans doute être tentés d'y déceler.

De fait, les contours du concept d'atteinte à la dignité de la personne humaine, auquel nous vous proposons de vous référer, sont loin d'être parfaitement intangibles ou immuables. L'exemple de la solution que vous aviez pu adopter, s'agissant des combats de boxe, par votre décision de 1924, *Club indépendant sportif châlonnais*, précitée, suffit d'ailleurs à en témoigner. De manière plus générale, on observera, pour nous en tenir à un exemple frappant, que nos ancêtres d'il y a un siècle étaient très certainement plus choqués par les spectacles d'inspiration érotique que par l'exhibition de phénomènes de foire, alors que l'ordre des valeurs à cet égard, dans la société contemporaine, nous paraît s'être très certainement inversé.

Or, même à une époque donnée - et c'est bien entendu là que réside toute la difficulté -, la notion d'atteinte à la dignité de la personne humaine est également susceptible de varier, dans une certaine mesure, suivant les conceptions éthiques et les appréciations subjectives de chacun. Aussi le danger d'une éventuelle utilisation abusive de votre jurisprudence d'aujourd'hui par certains maires, qui ne manquerait pas de mettre en péril la liberté d'expression, doit-il être sérieusement pris en considération.

Mais, en premier lieu, il nous apparaît que la notion précise d'« atteinte à la dignité de la personne humaine » s'avère en elle-même, si les mots ont un sens, assez restrictive. Si l'hypothèse de la présente espèce - à savoir celle de traitements dégradants infligés à une personne handicapée nous paraît pouvoir s'y rattacher sans difficulté, tel ne serait ainsi sans doute notamment pas le cas de spectacles d'inspiration érotique ou pornographique qui, aussi peu délicats qu'ils soient, ne sauraient pour autant être considérés, selon

nous, comme à proprement parler attentatoires à la dignité de la personne humaine. Votre jurisprudence, qui aura à se prononcer progressivement, au cas par cas, sur les différents types de spectacles soulevant une difficulté d'appréciation à cet égard, conservera évidemment la possibilité de *maîtriser la notion ainsi utilisée* en maintenant le caractère restrictif.

En deuxième lieu, on observera que l'article 1er de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, qui comme on l'a vu, se réfère également à la notion de respect de la dignité de la personne humaine, n'a jusqu'ici soulevé que peu de difficultés d'application. Il semble donc que les contours de cette notion admis par les diffuseurs coïncident bien, pour l'essentiel, avec ceux retenus par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, ce qui tend à montrer que ceux-ci sont, en pratique, assez faciles à délimiter.

En troisième lieu, il convient de souligner que les pouvoirs d'interdiction que nous vous proposons aujourd'hui de reconnaître aux maires s'établissent en réalité, à bien des égards, *en deçà* de ceux déjà admis par votre jurisprudence. Ainsi qu'il ressort de nombreux arrêts que nous avons précédemment cités, celle-ci permet en effet notamment d'ores et déjà à l'autorité municipale de s'opposer à de simples manquements à la décence somme toute assez bénins. Et le risque d'une éventuelle déviation vers l'ordre moral - à le supposer véritablement prononcé - ne naîtra donc pas, en tout état de cause, avec votre décision d'aujourd'hui, mais lui préexistait en fait de longue date.

En quatrième lieu, il nous apparaît tout de même possible de faire confiance aux maires pour user de leur pouvoir de police avec la modération requise. Au demeurant, l'expérience qu'a constituée, dans le domaine voisin des spectacles cinématographiques, votre jurisprudence *Société « Les films Lutetia »* s'est avérée à cet égard pleinement satisfaisante, puisque les mesures d'interdiction prononcées à ce titre, loin de se banaliser, n'ont cessé de se *rarefier* progressivement.

(10)

Enfin et en tout état de cause, les éventuelles décisions interdisant la tenue de spectacles jugés attentatoires à la dignité de la personne humaine seront évidemment soumises au *contrôle du juge de l'excès de pouvoir*, auquel sera ainsi donnée la possibilité de censurer celles de ces mesures qui procéderont d'une appréciation de fait abusive.

Si vous nous suivez pour censurer ainsi les motifs d'annulation des deux jugements attaqués, vous vous trouverez alors saisis, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, des autres moyens de première instance de la société Fun Production et de M. Wackenheim.

Mais, d'une part, si ceux-ci avaient alors fait valoir que les arrêtés litigieux portaient atteinte à la liberté du travail, ainsi qu'à la liberté du commerce et de l'industrie, on sait que votre jurisprudence admet qu'une mesure de police

puisse avoir de tels effets, pour peu qu'il n'ait pas été possible de sauvegarder ou de rétablir l'ordre public par des mesures moins contraignantes (cf., sur ce point, le *Cours* du Président Odent, p. 1718 et CE, 26 févr. 1960, *Ville de Rouen*, *Rec.* p. 179 ou *Sect.*, 7 déc. 1979, *Société « Les fils de Henri Ramel »*, *Rec.* p. 456). Or, en l'espèce, il est clair que seule une mesure d'interdiction pure et simple était de nature à prévenir le trouble à l'ordre public occasionné par le spectacle litigieux.

D'autre part, les intéressés soutenaient également que les arrêtés attaqués ne pouvaient trouver de base légale ni dans l'article 3 précité de la Convention européenne des droits de l'homme, ni dans la circulaire ministérielle du 27 novembre 1991, à laquelle ils reprochaient - d'ailleurs à tort, selon nous, eu égard à son caractère purement indicatif - d'être entachée d'incompétence. Mais, dans la mesure où ces arrêtés reposaient en réalité, comme on l'a vu, sur les dispositions de l'article L. 131-2 du code des communes, qui suffisaient à elles seules à fonder une mesure d'interdiction du spectacle, les moyens ainsi formulés s'avèrent en tout état de cause inopérants.

Aussi les arrêtés litigieux devront-ils, au total, être confirmés.

La dignité de la personne humaine, un concept nouveau(*)

Bernard EDELMAN,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour de Paris.

1 - En droit, la dignité est un *concept nouveau* : il vient à peine de naître. Non pas que le mot nous fut inconnu, car on le rencontrait aussi bien dans des textes internationaux⁽¹⁾ que dans des textes européens⁽²⁾ mais le concept ne s'était pas encore vraiment établi — à supposer, d'ailleurs, qu'il le soit.

En effet, nous le savons bien, pour qu'un « mot » devienne un « concept », il doit établir son espace propre, fonder son ordre ; il a une « histoire », qui le fait passer par d'autres concepts ou sur des plans divers, et on y trouve « le plus souvent des morceaux ou des composantes venus d'autres concepts, qui répondaient à d'autres problèmes et supposaient d'autres plans » ; il a un « devenir », qui concerne son rapport avec des concepts situés sur le même plan et, ici, « les concepts se raccordent les uns avec les autres, se recoupent les uns les autres, coordonnent leurs contours, composent leurs problèmes respectifs... »⁽³⁾.

2 - En droit, nous rencontrons la même *topographie*. Un concept juridique a lui aussi une *histoire*. Songeons, par exemple, au concept de « personne » qui se constitue de philosophie (le kantisme), d'économie (le libéralisme), de politique (le rousseauisme) pour aboutir à la notion juridique complexe de « personne », qui se raccorde — et là est son *avenir* — aux concepts de « capacité », de « volonté libre », pour se situer sur le même plan que les droits de l'homme. Ou bien au concept de « biens intellectuels » pour qui on pourrait faire une semblable analyse.

Or, concernant le concept de *dignité*, nous assistons, sur le vif, à l'élaboration de son propre « plan » c'est-à-dire, d'une part, à sa constitution « historique » et, d'autre part, à son « devenir ».

3 - En France, tout au moins, ce concept a surgi, en tant que tel, mais sous forme d'ébauche, d'esquisse, en deux occurrences : à propos de *crimes contre l'humanité* il a contribué à spécifier, juridiquement, le concept d'humanité qui, on le verra, permet à la dignité de se réaliser⁽⁴⁾ ; à propos des lois sur la bioéthique, le Conseil constitutionnel lui a

donné l'onction, en l'insérant dans le « bloc de constitutionnalité »⁽⁵⁾.

Mais la théorie reste à faire, en ce sens qu'il nous faut établir son « plan » ou, si l'on préfère, son « espace juridique », ou encore son « objet », pour le relier à l'ensemble du système. Or, établir son « plan » revient, au premier chef, à le *distinguer* de ce qui, dans une approche rapide, lui semble le plus proche, c'est-à-dire les *droits de l'homme*.

I. Dignité et droits de l'homme

4 - Si nous rattachons, d'une façon ou d'une autre, la dignité aux droits de l'homme, nous risquons de n'en pas saisir la radicale *nouveauté*. Nous l'absorbons dans un autre espace conceptuel, nous l'enfermons dans un carcan préétabli et, de ce fait, nous le contaminons.

Or, toute une doctrine établit un lien de filiation très net entre la dignité et les droits de l'homme. On a soutenu, par exemple, que « de nos jours les droits de l'homme semblent prendre une toute autre dimension. Ils ne sont plus centrés sur la propriété mais sur la dignité ». Et on a traduit cette nouvelle dimension par une analyse de la *liberté* qui, telle qu'elle est inscrite dans les droits de l'homme, est insuffisante car si « la dignité exige la liberté, la liberté n'est pas toute la dignité »⁽⁶⁾. Sans vouloir opposer liberté et dignité, on milite en faveur de leur indivisibilité, la dignité permettant alors une nouvelle « relecture » des droits de l'homme⁽⁷⁾.

Pour d'autres, la dignité, « principe matriciel » par excellence⁽⁸⁾, serait « le socle sur lequel est construite la philosophie des droits de l'homme et, partant, le droit des droits de l'homme »⁽⁹⁾. Mieux encore, elle est « la raison d'être de l'ensemble des droits de l'homme », même si elle ne protège que la personne dans son essence⁽¹⁰⁾.

5 - Ainsi, d'une façon ou d'une autre, dignité et droits de l'homme seraient situés sur le même « plan », à savoir celui de la personne humaine. Mais, dans ce « plan », la dignité serait, en quelque sorte, située plus « profond » dans l'essence de l'homme, de sorte que la liberté lui serait subsumée.

(*) Ce texte était destiné à être prononcé au colloque *La dignité de la personne humaine*, organisé par M. Thierry Revet à la Faculté de droit de Montpellier le 29 nov. 1995 et qui a été annulé en raison de la grève des transports.

(1) Déclaration universelle des droits de l'homme (1949) dans son art. 22 ; Convention relative aux droits de l'enfant (1959) dans son art. 39 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) ; avant-projet de déclaration sur la Protection du genre humain (15 nov. 1993).

(2) Déclaration des libertés et droits fondamentaux (1989) ; Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (1996) ; sans oublier la Convention européenne des droits de l'homme (1950).

(3) G. Deleuze et F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Éd. Minit, 1991, cf. le chapitre : « Qu'est-ce qu'un concept ? »

(4) B. Edelman, Le concept juridique d'humanité, in *Le Droit, la médecine et l'être humain*, PUAM, 1996, p. 245 s.

(5) Cons. const., déc. n° 94-343-344, 27 juill. 1994, D. 1995, Jur. p. 237, note B. Mathieu ; RD publ. 1994, p. 1621, obs. Luchaire ; RFD const. 1994, p. 800, note L. Favoreu ; B. Edelman, Le Conseil constitutionnel et l'embryon, D. 1995, Chron. p. 205.

(6) B. Haurer, Notes sur le respect de la dignité humaine, in *Le droit, la médecine et l'être humain*, op. cit., p. 202.

(7) *Ibid.*, p. 203.

(8) B. Mathieu, Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, D. 1995, Chron. p. 211.

(9) B. Mathieu, La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel, in *Le droit, la médecine et l'être humain*, op. cit., p. 230.

(10) *Ibid.*, p. 235.

Cette « découverte » majeure serait due à un double phénomène : la barbarie nazie et la biomédecine. L'une comme l'autre, en effet, aurait suscité une *Crainte* — qu'on puisse nier l'homme dans son être même — et une *Défense* — la protection, par la dignité, de cet être de l'homme.

6 - Certes, tout cela est exact mais partiellement. Il est exact que la dignité désigne non pas d'ailleurs l'être de l'homme, mais l'humanité de l'homme ; et il est tout aussi exact que le nazisme y a porté atteinte et que la biomédecine la menace. En témoigne la toute récente convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine⁽¹¹⁾, qui dispose, dans son art. 1^{er}, que « Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ».

En revanche, nous ferions preuve d'une insigne paresse si nous ramenions l'inconnu — la dignité — au connu — les droits de l'homme —, nous refusant l'audace que requiert une radicale nouveauté. Pour départager les deux « plans » ou les deux paradigmes, il faut bien développer, fût-ce sommairement, la philosophie des droits de l'homme et esquisser la philosophie de la dignité.

II. La philosophie des droits de l'homme

7 - Nous savons tous que les droits de l'homme visent, substantiellement, à la défense de l'individu contre l'arbitraire du pouvoir et, au premier chef, de l'État. L'homme est toujours en risque de perdre sa liberté et c'est pourquoi elle doit être protégée, c'est-à-dire juridiquement organisée.

La liberté apparaît donc comme le concept fondateur des droits de l'homme, liberté « politique », c'est-à-dire liberté de l'homme dans la cité. Dans cette perspective, l'homme des droits de l'homme est l'individu idéalement libre, porté à la hauteur de l'exemplarité.

8 - Quant à la *Société* des droits de l'homme, elle est envisagée, elle aussi, sous le signe de la liberté. Si les hommes sont égaux entre eux, ils le sont « en liberté ». Plus précisément, cette société est, tout à la fois, constitué d'égaux et d'« ego ». L'égalité est donc dans la détermination de la liberté.

Tout cela est bien connu, comme sont bien connues les critiques acerbes qu'en ont faites des philosophes du XIX^e siècle, qu'il s'agisse de la critique marxiste de l'universalisme « égoïste » des droits de l'homme (*La Sainte Famille* et *la Question Juive*), de la critique dérisoire de Stirner (*L'unique et sa propriété*), de la critique du point de vue de la « passion » chez Sade, ou enfin de la critique de la liberté, entendue comme la victoire du ressentiment chez Nietzsche.

Mais, peu importe, en vérité : les droits de l'homme se portent bien et rendent de précieux services.

III. La philosophie de la dignité

9 - Le concept de dignité se situe sur un tout autre plan. Il ne désigne pas plus — ni moins — l'essence de l'homme, que les droits de l'homme ne la désignent, mais il la signifie *autrement*. Il est périlleux, philosophiquement périlleux, de rechercher si la liberté est « plus » de l'essence de l'homme que la dignité — ou inversement — car cela reviendrait à faire de cette essence une sorte de ... pâte feuilletée ! Il est bien plus « philosophique » de raisonner en terme d'organisation conceptuelle.

Or, la façon dont la dignité appréhende, à sa façon, l'essence de l'homme tient à la place qu'elle assigne à l'humanité. Ou, plutôt, pour être plus rigoureux, c'est la place qu'occupe l'humanité qui détermine ce qu'est la dignité.

10 - En effet, dans notre tradition juridique, la Déclaration de 1789 porte en elle l'universalité même du droit : elle est présentée comme un système de liberté dont l'homme occupe le centre. Autrement dit, les droits tournent autour de l'homme comme, dans la physique de Ptolémée, les astres tournent autour de la terre. Métaphoriquement, tout se passe comme si le droit était une roue, dont l'homme était le moyeu, les droits — et les hommes — y étant reliés par des rayons.

Mais, si nous donnons à l'humanité la place du centre, si nous en faisons le nouveau sujet, si nous la substituons à l'homme des droits de l'homme, alors nous obtenons un tout autre arrangement. Alors que l'homme des droits de l'homme représente, juridiquement, l'individu universel dans sa liberté universelle⁽¹²⁾, et met donc en scène un processus d'identification, l'humanité ne permet pas un tel mode de représentation. Elle se présente comme la réunion symbolique de tous les hommes dans ce qu'ils ont de commun, à savoir leur qualité d'être humains. En d'autres termes, elle est ce qui permet la reconnaissance d'une appartenance à un même « genre » : le genre humain.

11 - Quant à la *dignité*, elle n'est autre que la qualité de cette appartenance. Si tous les êtres humains composent l'humanité, c'est qu'ils ont tous cette même qualité de dignité dans le « plan » de l'humanité ; nous disons qu'ils sont tous humains et dignes de l'être.

Mise au centre d'un ordre juridique, loin de commander une identification, l'humanité instruit une reconnaissance. En deux mots, si la liberté est l'essence des droits de l'homme, la dignité est l'essence de l'humanité.

12 - Dans une affaire célèbre, la Cour de cassation a d'ailleurs reconnu que la dignité n'était pas liée aux droits de l'homme. Lorsque, à propos du procès Barbie, la question s'est posée de savoir si l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité était ou non contraire aux droits de l'homme — car, de leur point de vue, la prescription était acquise en droit français — la chambre d'accusation de Lyon avait jugé que « le droit à l'acquisition de la prescription des crimes contre l'humanité ne saurait être considéré comme entrant dans la catégorie des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnus par les lois françaises... L'incrimination des crimes contre l'humanité est conforme aux principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ». Et la Cour de cassation approuvait cette analyse, en jugeant notamment que « le droit à l'acquisition de la prescription (des crimes contre l'humanité) ne saurait constituer un droit de l'homme »⁽¹³⁾. Autant dire que l'humanité se situe sur un autre plan que celui des droits de l'homme — sur le plan, a-t-on dit, d'un droit naturel supra-national — et que la dignité, par voie de conséquence, échappe aussi à la sphère des droits de l'homme.

IV. L'organisation de la dignité

13 - Si nous acceptons cette analyse, nous pouvons en tirer un effet majeur : loin de cantonner la dignité dans un champ étroit d'application, nous devrions, au contraire, lui ouvrir les plus larges perspectives. De son point de vue, nous devrions réaménager, réorganiser, « cristalliser » des occurrences qui,

(11) Le titre exact en est : « Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine ».

(12) B. Edelman, *L'ennemi dans les déclarations sur les droits de l'homme, Droits*, n° 16-1992, p. 120 s. ; du même : *Universalité et droits de l'homme, in Procès pénal et droits de l'homme*, PUF, 1992.

(13) Cass. crim., 26 janv. 1984, *JCP* 1984, II, n° 20197, rapp. Le Guehéc, concl. Dontenville, note Ruzié ; *RGDI publ.* 1984, p. 971, obs. Rousseau ; *JDI* 1984, p. 399, note B. Edelman.

sans elle, seraient soit restées dans l'ombre, soit auraient été soumises à d'autres droits.

Dire, par exemple, qu'il résulte du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent (ce qui) est un objectif de valeur constitutionnelle⁽¹⁴⁾ », n'a pas la même portée qu'une référence au Préambule de la Constitution de 1946 et, notamment, au droit de la famille et de l'individu d'accéder aux conditions nécessaires à leur développement, ou au droit d'obtenir des moyens convenables d'existence. Si l'on vise la dignité, on dit qu'un homme, à la rue, est exclu de l'humanité ; si l'on vise les « conditions d'existence », on parle d'une sorte de devoir de l'État.

14 - C'est pourquoi je ne m'accorde pas avec certains « puristes » qui voudraient restreindre le principe de dignité « à ce qui fait la substance même de la personne humaine », pour ne point l'épuiser « dans la liste des règles qui en dérivent »⁽¹⁵⁾. Une telle position théorique — qui suppose qu'on sait, de façon précise, ce qu'est « la substance même de la personne humaine » — non seulement risque de stériliser le concept, mais encore aboutit à des discriminations dogmatiques entre les « bonnes » applications de ce concept et les « mauvaises » applications. Serait de bonnes applications tout ce qui a trait à la protection de l'embryon ou à la fin de la vie⁽¹⁶⁾, ou, encore, à toutes les occurrences visant un asservissement (prostitution, travailleur en état de vulnérabilité...) ; serait de mauvaises applications, en revanche, ce qui a trait au droit à un logement décent⁽¹⁷⁾, à une liberté publique⁽¹⁸⁾, ou au séjour des étrangers en France⁽¹⁹⁾...

15 - Mais, à mon sens, cela revient à traiter le concept juridique de dignité comme un simple concept de « droit commun », si j'ose dire. Certes, nous n'ignorons pas qu'un concept juridique, à trop s'étendre, à trop se distendre, même, perd son efficacité. Il devient, selon une expression pittoresque de M.-A. Hermitte, un « concept mou ». Ainsi, pour parler d'un domaine qui m'est cher — le droit d'auteur — le concept d'œuvre de l'esprit, à force de s'appliquer à tout et n'importe quoi — logiciel, panier à salade, formes de robinet ou vulgaires catalogues —, a perdu de sa valeur et de son intérêt.

Mais un concept fondateur — l'humanité — qui se traduit dans le droit concret par sa modalité essentielle, la dignité, relève d'un autre statut. Pareil à un projecteur autographe dirigé, il fait apparaître des zones d'ombre et relie, dans son faisceau même, des événements qui semblaient disparates.

De cela, je donnerai deux exemples.

V. Sur deux exemples

16 - Le premier exemple est tiré de l'arrêt du Conseil d'État relatif au « lancer de nain »⁽²⁰⁾. On sait que la Haute juridiction a jugé, dans cette affaire, qu'un maire pouvait interdire

ce genre de divertissement, consistant à lancer un nain, sur une courte distance, sur un matelas pneumatique. Or, le Conseil d'État a décidé, dans une première série de motifs, que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine ». Et cette atteinte était caractérisée par le fait d'utiliser « comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle », spectacle qui « par son objet même... porte atteinte à la dignité de la personne humaine ».

Par là, le Conseil d'État a « nové » la moralité publique — quatrième composante de l'ordre public, à côté du bon ordre, de la sûreté et de la salubrité — en « dignité de la personne humaine ». Cela explique qu'un maire n'a pas à tenir compte de « circonstances locales », contrairement à toute une jurisprudence qui exige que les libertés publiques ne peuvent être limitées que par des menaces strictement proportionnées aux menaces locales de troubles de l'ordre public⁽²¹⁾. En effet, dès lors que la dignité de la personne humaine est en jeu, les maires doivent se conformer aux idées morales de la conscience collective nationale.

17 - On a pu voir, dans cet arrêt, une menace d'un retour de l'ordre moral. Il faudrait en effet distinguer entre la moralité publique « qui vient d'en bas et constitue un facteur de paix sociale, dans la mesure où elle impose un certain conformisme dans la conduite publique » et l'ordre moral qui « vient d'en haut et opprime les consciences ». Or, en l'espèce, « l'affirmation que « par son objet même » ce spectacle porte atteinte à la dignité de la personne humaine fait plutôt songer, par son caractère général et absolu, à la manifestation brutale d'un code de morale singulièrement oppressif ».

Par là, on chercherait à « moraliser l'individu », à lui ôter la maîtrise « de sa contrainte privée et de ses convictions » ; bref, on ne respecterait pas l'un des grands principes du droit français, à savoir que la liberté est la règle et l'interdiction l'exception⁽²²⁾.

18 - Cette critique est symptomatique d'un certain aveuglement devant la nouveauté du concept de dignité humaine. En effet, soutenir que le Conseil d'État entendrait « moraliser l'individu » et le restreindre dans sa conduite privée revient à situer la dignité dans le paradigme de la liberté. Dès lors, il serait parfaitement exact que cette décision instaurerait un « ordre moral ».

Mais, si l'on se situe dans le paradigme de l'humanité, la perspective change du tout au tout : la défense de la dignité n'a plus affaire à l'individu « libre » mais à l'individu qui appartient à l'humanité. Il en résulte que toute considération relative à sa plus ou moins grande liberté n'a plus de raison d'être.

19 - Au demeurant, dans une seconde série de motifs, le Conseil d'État a approfondi sa position. En effet, le nain en question non seulement se déclarait satisfait de gagner sa vie et d'acquiescer ainsi un statut social, mais encore faisait valoir que les arrêtés d'interdiction portaient atteinte à sa dignité en faisant de lui un exclu. Sur ce point, le commissaire du Gouvernement avait observé que « le respect de la dignité de la personne humaine, concept absolu s'il en est, ne saurait... s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet... »

(14) Cons. const., Décis. 94-359 DC, 19 janv. 1995.

(15) B. Mathieu, *op. cit.* (note 9), p. 235.

(16) Cass. 2^e civ., 22 févr. 1995, D. 1996, Jur. p. 69, note Chartier ; JCP 1996, II, n° 22570, note Y. Dagome-Labbe, sur l'état végétatif d'une personne humaine qui n'exclut aucun chef d'indemnisation ; CE, 2 juill. 1993, Milhaud, RFD adm. 1993, p. 1002, concl. Kessler ; D. 1994, Jur. p. 74, note Peyrical, sur la protection d'un individu en état de mort cérébrale.

(17) Cf. note 14.

(18) TGI Paris, 1^{er} févr. 1995, D. 1995, Jur. p. 569, note B. Edelman ; Gaz. Pal. 1995, 1, Jur. p. 273, note S. Petit.

(19) TGI Toulouse, 30 oct. 1995, D. 1996, Jur. p. 101, note D. Mayer et J.-F. Chassaing.

(20) CE, ass., 27 oct. 1995, Ville d'Aix-en-Provence, RFD adm. 1995, p. 1204, concl. Frydman ; D. 1996, Jur. p. 177, note Lebreton ; JCP 1996, II, n° 22630, note F. Hamon.

(21) CE, 7 juin 1902, Cne de Neris-les-Bains, S. 1902, 3, Jur. p. 81, note Hauriou ; 19 mai 1933, Benjamin, S. 1934, 3, Jur. p. 1, concl. Michel, note Mestre ; 18 déc. 1959, Lutetia, S. 1960, Jur. p. 99, concl. Mayras ; D. 1960, Jur. p. 171, note Weil.

(22) Note Lebreton, *op. cit.* (note 20).

Le consentement du nain au traitement dégradant qu'il subit nous paraît donc juridiquement indifférent »⁽²³⁾.

Le Conseil a suivi son commissaire, en jugeant que « le respect du principe de la liberté du travail et celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité, même licite, si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public : que tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause ».

Autrement dit, la dignité est « hors commerce », tout comme le corps ou 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 est donc clair ; un individu ne peut s'exclure, de lui-même, de l'humanité ; son consentement est en quelque sorte subordonné à sa qualité d'être humain. En deux mots, un homme n'est pas libre de renoncer à sa qualité d'homme. Et l'on songe ici, bien évidemment, à la fameuse jurisprudence de la Cour de cassation relative aux mères porteuses⁽²⁴⁾.

20 - Le deuxième exemple est tiré de la décision *Benetton*. On sait que des affiches publicitaires montraient un corps humain fractionné, dont les « quartiers » étaient estampillés VIH. A cette occasion, la Cour de Paris, saisie, entre autres, par certains malades du sida, jugeait notamment que : « en imposant au regard, en des lieux de passage public forcé ou dans certains organes de presse, l'image fractionnée et tatouée du corps humain, les sociétés appelantes ont utilisé une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être, de nature à provoquer à leur détriment un phénomène de rejet ou de l'accentuer ; qu'elles ont de la sorte abusé de leur liberté d'expression »⁽²⁵⁾.

On a critiqué cette décision en soutenant que le concept de dignité sortait affaibli de sa confrontation avec la liberté d'expression. D'une manière générale, on a estimé que « l'utilisation du principe de dignité par certaines juridictions judi-

ciaires, s'il manifeste une salutaire prise en compte des règles constitutionnelles, conduit cependant à mettre ce droit en concurrence avec d'autres principes, ce qui est contraire à l'essence même du principe de dignité. En fait, le principe de dignité ne devrait jamais être mis en concurrence avec un autre principe... »⁽²⁶⁾.

Or, tout au contraire, cette confrontation donne au concept de dignité sa véritable dimension et sa véritable efficacité.

21 - Pour en prendre la mesure, il importe d'apprécier l'évolution du litige, du tribunal à la cour d'appel. Devant le tribunal, les personnes atteintes du sida avaient allégué une atteinte à l'intimité de leur vie privée, en relevant que l'exposition juridique de leur maladie était ressentie comme une violation de leur intimité. Proposition irrecevable : le respect de la vie privée, comme l'avait rappelé le tribunal, ne vise que « les seules atteintes subies personnellement par le titulaire du droit concerné »⁽²⁷⁾. Autrement dit, dans la détermination des droits de la personnalité — droits dérivés de la personne humaine et, en dernière instance, des droits de l'homme — la représentation abstraite du corps humain, fût-elle indigne, ne saurait s'individualiser dans un corps « privé ». Une antinomie absolue existe entre un « monopole individuel » et une atteinte générale.

Mais, devant la cour, les malades avaient alors soutenu que ces affiches, en présentant de façon dégradante les personnes atteintes du sida, les excluaient de la communauté humaine. Autrement dit, ils ne se situaient plus sur le plan de la vie privée mais sur celui de l'humanité. D'où cette double conséquence : d'une part, leur demande devenait parfaitement recevable — puisqu'ils revendiquaient leur appartenance à l'humanité ; d'autre part, la dignité l'emportait sur la liberté d'expression.

Ainsi, la confrontation entre le principe de dignité et d'autres principes — ici, la liberté d'expression — loin d'affadir ce concept lui donne toute sa valeur et sa prééminence. Pour « exister », un concept est toujours en lutte avec d'autres concepts : il ne s'agit pas, pour lui, de les éliminer, mais de construire son espace propre dans un lieu par hypothèse toujours déjà occupé.

*
* *

22 - Ne soyons pas trop timides devant un nouveau concept. Au lieu de nous enfermer dans une prudence frileuse, et de céder à de vieux réflexes, faisons preuve d'audace juridique.

Ici, plus qu'ailleurs, le positivisme est notre ennemi. ■

(23) Concl. Frydman, *op. cit.* (note 20).

(24) Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, *Jur.* p. 417, rapp. Chartier, note Thouvenin, cassant CA Paris, 15 juin 1990, *JCP* 1991, II, n° 21653, note B. Edelman et C. Labrusse.

(25) CA Paris, 28 mai 1996, *D.* 1996, *Jur.* p. 617, note B. Edelman ; cf. aussi, CE, 9 oct. 1996, *Assoc. Ici et Maintenant*, *D.* 1997, *Somm.* p. 81, obs. T. Hassler — qui approuve le Conseil supérieur de l'audiovisuel d'avoir réduit d'une année l'autorisation d'émettre d'une station de radio, dès lors que, au cours d'une émission dite « d'antenne libre », des auteurs ont, à plusieurs reprises, proféré des propos racistes et antisémites, attentatoires à la dignité de la personne humaine. On rappellera que l'art. 1^{er} de la loi du 30 sept. 1986 prévoit que l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle « ne peut être limité que dans la mesure requise... par le respect de la dignité de la personne humaine... ».

(26) B. Mathieu, *op. cit.* (note 9), p. 234.

(27) TGI Paris, 1^{er} févr. 1995, préc.

Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité

par Jean-Pierre Gridel

Agrégé des Facultés de droit, Conseiller à la Cour de cassation

L'ESSENTIEL

Le respect dû à la dignité de l'être humain ne cesse pas avec son décès. Il fait obstacle à la publication par voie de presse de certaines images tirées de l'actualité, si elles sont dégradantes pour la personne et n'ajoutent rien à la libre et nécessaire information délivrée par le texte.

« Attendu qu'ayant retenu... » « la cour d'appel a pu juger... ». L'arrêt de la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2000, D. 2001, p. 885) paraît d'espèce par son style lapidaire, sa distance prudente, et son intervention sur une procédure de référé. Néanmoins, mais les analyses qui suivent n'engagent que leur auteur, peut-être verra-t-on là une décision de principe, en considérant le recours aux art. 16 c. civ. et 10 Conv. EDH.

La rédaction de l'arrêt et la mémoire collective dispensent de revenir longuement sur les faits. Dans leurs numéros des 12 et 19 févr. 1998, deux hebdomadaires d'information publièrent, outre un récit de l'assassinat de M. Erignac, préfet de Corse, le 6 février, une photographie de son cadavre. Le cliché, pris dans les instants qui avaient suivi le meurtre, représentait la victime ensanglantée, gisant sur la chaussée, le visage gravement endommagé par la chute de son corps. Sa veuve et ses deux enfants, qui avaient eu vent de cette publication lorsqu'elle était imminente, furent déboutés de leur double demande en saisie des exemplaires déjà en vente et interdiction des diffusions à venir, eu égard au caractère illusoire de telles mesures et au droit du public à l'information sur un événement à portée politique et nationale majeure.

Toutefois, par la même ordonnance du 12 févr. 1998, le président du Tribunal de grande instance de Paris ordonnait aux sociétés éditrices la publication judiciaire, à leurs frais, dans le prochain numéro de chacune des revues, d'un communiqué, « à l'intérieur d'un encadré de 15 cm sur 15 cm, en caractère gras d'1 cm de hauteur » ; il y était dit que le tribunal avait constaté le grave trouble causé à Mme Erignac et à ses enfants par la photographie publiée. Et, dans sa motivation, le juge de premier degré relevait « que la nécessité de l'information... ne saurait justifier l'importance d'un tel trouble... et que toutes les mesures tendant à assurer le respect de la dignité du corps du préfet assassiné et la protection élémentaire des sentiments des demandeurs dont le temps n'a pas encore atténué l'horreur subie n'ont pas été observées ». Ainsi étaient annoncés deux fondements possibles à l'illicéité de la publication intervenue : la dignité de la personne humaine et la douleur des proches.

Les sociétés éditrices interjetèrent appel, plaissant que le droit de chacun sur son image s'anéantit à l'instant de son décès, que la photographie avait été prise dans un lieu public, que les conjoints Erignac, non présents sur le cliché, n'étaient en rien atteints dans leur vie privée, dont le respect, du reste, devait céder devant le droit et le devoir de la presse d'informer sur l'impor-

tance et l'actualité d'un fait qui « témoigne de la lâcheté de ses auteurs ainsi que du degré de décomposition de l'état de droit en Corse », et qu'il n'y avait finalement pas lieu à référé. De telles conclusions, assises sur les art. 9 c. civ. et 10 Conv. EDH, étaient techniquement sérieuses.

Par des motifs, non moins pertinents, la Cour d'appel de Paris (1) les écartera : d'abord, en invoquant l'alinéa 2 de l'art. 10 Conv. EDH (la protection de droits d'autrui peut constituer parfois une limite à la liberté d'expression), ensuite, en estimant que la publication du cliché, tel qu'il se présentait, intervenue sans l'assentiment des proches et au cours de leur période de deuil, les avait atteints dans leurs sentiments d'affliction, partie intégrante de leur droit à l'intimité de leur vie privée, et, enfin, en asseyant sur l'alinéa 2 de l'art. 9 c. civ. (pouvoir du juge de prendre toute mesure propre à faire cesser l'atteinte) le principe du communiqué ordonné en première instance.

Dans le pourvoi qu'elles introduisirent contre cette décision, les sociétés éditrices contestèrent que l'atteinte portée aux sentiments des proches d'une victime pût frapper ceux-ci dans l'intimité de leur propre vie privée. En vérité, la fausse application ainsi alléguée de l'art. 9 c. civ. était fragile. Outre que l'appréciation semble de fait, une doctrine particulièrement autorisée observe que « l'image de la dépouille mortelle... éveille une profonde souffrance morale des parents et des amis... Elle appartient au noyau le plus intime de la vie familiale » (2).

Plus délicate, en revanche, était la branche soutenant que la portée nationale exceptionnelle de l'assassinat intervenu, constatée et indiscutable, légitimait en l'espèce de faire passer l'information, *par le texte et par l'image*, avant l'intimité de la vie privée de quelques particuliers, si respectables soient leur douleur et leur sensibilité (3). Mais il est un principe tra-

(1) 24 févr. 1998, D. 1998, Jur. p. 225, note B. Beignier, D. 1999, Somm. p. 123, obs. T. Hassler et V. Lapp, et p. 167, obs. T. Massis ; Gaz. Pal. 5 mars 1998, p. 160, note J.-G. M.

(2) J. Ravanis, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, 1978, n° 179, et les références.

(3) Ainsi qu'elles avaient été considérées pour justifier l'interdiction, demandée par les père, mère et frères, de la publication par un journal de photos représentant le cadavre mutilé et dépecé d'une étudiante après son meurtre par l'un de ses camarades (TGI Paris, 30 nov. et 13 déc. 1983, D. 1984, Jur. p. 111, note R. L.).

ditionnel aujourd'hui en plein renouveau et hiérarchiquement supérieur à l'intimité de la vie privée, c'est celui du respect dû à la dignité de la personne humaine, fût-ce par-delà sa mort. C'est sur cette considération que la première Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en promouvant une constatation de l'arrêt déferé : « En l'espèce, la photographie litigieuse, telle que publiée tant par l'hebdomadaire *VSD* que par l'hebdomadaire *Paris Match*, représente distinctement le corps et le visage de Claude Erignac gisant sur la chaussée d'une rue d'Ajaccio ».

Ainsi, le fait important était bien la représentation, au premier plan, d'un cadavre et d'un visage meurtris et aisément reconnaissables. Mais la conséquence juridique à en tirer, dans cette espèce précise, était moins l'atteinte à la vie privée des proches que l'outrage ainsi infligé à la dignité de la personne morte. Un tel motif ayant déjà été avancé par le premier juge, il était donc dans le débat, et, de plus, la cour d'appel était réputée l'avoir également adopté dès lors qu'il n'était pas contraire aux siens (art. 7 et 955 NCPC).

Du coup, un autre grief, contestant l'urgence devenait sans portée, par l'extension, à tous les droits primordiaux de la personne, d'une jurisprudence en formation continue, qui, relative à l'image ou à la vie privée, décide que leur violation par voie de presse suffit à caractériser l'urgence (4).

Deux affirmations judiciaires nous paraissent résulter de cet arrêt *Erignac* : la dignité de la personne humaine ne cesse pas avec son décès (I) ; et une atteinte caractérisée à celle-ci peut constituer une limite à la liberté de l'information journalistique d'actualité (II).

I - La dignité de la personne humaine survit à la mort de celle-ci

La dignité de la personne humaine est aujourd'hui un prurit de la réflexion juridique (5) : sa sauvegarde contre toute forme de dégradation a été déclarée principe à valeur constitutionnelle (6) et elle figure dans plusieurs instruments internationaux, normatifs ou non (7), ainsi que dans maints textes et décisions juridictionnelles de droit interne. Du reste, la formule, désormais presque aussi galvaudée que celle de *liberté, d'égalité ou d'état*

de droit, vise, pêle-mêle, les situations les plus diverses (8) : *humani generis dignitas* ? ou *hominis dignitas* ?...

Quoi qu'il en soit, la plasticité de la notion est telle qu'un mouvement significatif du droit positif, avec des résultats alors moins hétéroclites, l'étend même aux morts, comblant ainsi des lacunes certaines. Rappelons les traits saillants de cette évolution (A) ; elles sont le contexte permettant de s'interroger sur la portée de l'arrêt commenté (B).

A - Le renouveau de l'attention juridique portée à la dignité des morts

Le code pénal de 1992 a lancé le mouvement lorsqu'il a rangé la section des nouvelles atteintes au respect dû aux morts dans le chapitre *Des atteintes à la dignité de la personne*. Le Conseil d'État s'est inspiré de la notion à au moins deux reprises, pour dire que les principes déontologiques fondamentaux survivent au décès du patient et interdisent au médecin de libres expérimentations (9), ou pour stigmatiser les commentaires réjouis et réitérés du journaliste de radio annonçant à l'antenne qu'un policier avait été tué dans une opération contre des malfaiteurs (10). La Cour d'appel de Paris, statuant au pénal et confrontée à la lancinante question de savoir si la photographie de l'image d'un défunt (en l'espèce le président Mitterrand) prise dans son appartement sans son consentement *ante mortem* constitue ou non le délit correctionnel des art. 226-1 et suivants c. pén. (en fixant ou portant à la connaissance du public, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé), avait ingénieusement contourné la querelle exégétique en obser-

(8) Au premier rang, les textes et crimes des régimes de l'Axe (Cons. const., 27 juill. 1994) ; mais, aussi, la télésurveillance ou le licenciement brutal des salariés (O. de Tissot, Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié, Dr. soc. 1995, p. 972), l'attraction dite « lancer de nain » (CE, 27 oct. 1995, RFD adm. 1995, p. 1204, concl. P. Frydman ; D. 1996, Jur. p. 177, note G. Lebreton, qui agrège la dignité de la personne humaine à la notion d'ordre public dont les autorités de police doivent assurer le respect), les discriminations opérées sur le sexe, la santé, les mœurs, l'appartenance syndicale, etc. dans l'offre ou le refus d'emploi, biens, services (art. 225-1 et s. c. pén.), le proxénétisme et infractions assimilées (art. 225-5 et s.), certaines conditions de logement (art. 225-13 et s.), ou de bizutage (art. 225-16-1 et s.), voire... les questions et observations faites par le parquet ou les avocats lors de l'instruction (art. 120 c. pr. pén., loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, D. 2000, Lég. p. 253). Aussi la doctrine (B. Mathieu, B. Edelman, *supra* note 5) s'efforce-t-elle de distinguer l'atteinte à la dignité de la personne humaine, qui revient à dénier à l'être son appartenance à l'humanité (esclavage, expérimentations médicales nazies sur déportés) et l'atteinte à la dignité de l'individu en situation, plus proche des droits de l'homme, du contexte, des coutumes et de l'éventuelle efficacité du consentement : dignité de la femme, de l'enfant, du détenu, du malade, de l'ouvrier, du camionneur, etc.) sans oublier toutefois que la dignité peut être aussi un devoir..., cf. l'art. 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958, portant statut de la magistrature) ou l'art. 3 de la loi du 31 déc. 1971, relatif aux avocats.

(9) CE, 2 juill. 1993, *Milhaud* (validation d'une décision du Conseil national de l'ordre des médecins, D. 1994, Jur. p. 74, note J.-M. Peyrical, et Chron. p. 352, par G. Lebreton ; RFD adm. 1993, p. 1002, concl. D. Kessler ; AJDA 1993, p. 530, note C. Maugué et L. Touvet ; R. Denoix de Saint Marc, Contributions récentes de la jurisprudence du Conseil d'État au statut juridique de la personne humaine, in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Pierre Drai, Dalloz, 2000, p. 537. Cet arrêt est manifestement à l'origine de l'alinéa second dont s'est enrichi le code de déontologie médicale (Décr. n° 95-1000 du 6 sept. 1995) en son art. 2 : *Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort.*

(10) CE, 9 oct. 1996, *Association « Ici et maintenant »*, RFD adm. 1996, p. 1269 ; D. 1997, Somm. p. 81, obs. T. Hassler (validation d'une décision du Conseil national de l'audiovisuel).

(4) V. notamment Cass. 1re civ., 12 déc. 2000, *Sté Prisma Presse c/ S...*, à paraître au *Bulletin civil* ; D. 2001, p. 284 (n° 98-21.161).

(5) B. Edelman, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D. 1997, Chron. p. 185 ; V. Saint James, Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, D. 1997, Chron. p. 61 ; T. Hassler et V. Lapp, Droit à la dignité : le retour !, Petites affiches, 31 janv. 1997 ; B. Mathieu, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire, D. 1996, Chron. p. 282. *Adde* H. Moutouh, La dignité de l'homme en droit, RD publ. 1999, p. 159, et B. Jorion, La dignité de la personne humaine ou la difficulté d'insertion d'une règle morale dans le droit positif, *ibid.*, p. 197.

(6) Cons. const., 27 juill. 1994, D. 1995, Jur. p. 237, note B. Mathieu, chron. p. 205, par B. Edelman, et Somm. p. 299, obs. L. Favoreu ; L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 10e éd., 1999, n° 47, p. 879, et les nombreux commentaires cités.

(7) Aux références données par B. Edelman (*supra*, note 5), *adde* Charte n° 2000/C 634/01 du 18 déc. 2000 des droits fondamentaux de l'Union européenne (Nice, 7 déc. 2000), proclamant la dignité humaine comme la première des « valeurs indivisibles et universelles » et regroupant à la fois la vie et à l'intégrité physique et mentale de la personne, l'interdiction de la torture, des peines ou traitements inhumains ou dégradants, de l'esclavage et du travail forcé (JOCE C 364/04, 18 déc. 2000 ; D. 2001, p. 183).

vant que, dans ladite législation, les désignations « d'autrui » ou de « la personne » visent moins le décédé ou ses ayants droit que, à travers la dépouille présente, le respect dû à la dignité humaine. Sur pourvoi, la Chambre criminelle a dit ces énonciations légalement justifiées, « le respect étant dû à la personne humaine, qu'elle soit morte ou vivante » (1).

Dans les arrêts *Milhaud* et *Erignac*, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, statuant l'un et l'autre par la substitution du motif tiré du respect dû, à travers son corps gisant, à celui qui est déjà mort, ont validé des condamnations prononcées à l'encontre de professionnels dont les comportements illustraient concrètement la violation du principe ainsi dégagé. S'allonge ainsi la petite liste de quelques attributs extra-patrimoniaux qui, contrairement à la majorité des droits de la personnalité (12), ne disparaissent pas avec le décès de leur titulaire : dignité (art. 16 c. civ.), intégrité corporelle (art. 225-17 c. pén.), droits moraux de l'auteur ou de l'interprète d'une œuvre littéraire ou artistique (art. L 121-1 et s., L 212-2 et s. c. propr. intell.), droit de réponse à des injures ou diffamations faites *post mortem* (art. 34, al. 2, loi du 29 juill. 1881). La jouissance de ces droits ressortit à une sorte de personnalité juridique diminuée et résiduelle, leur exercice étant abandonné à la discrétion des vivants (personnes privées ayant qualité, voire ministère public) mais pour le compte et dans l'intérêt du défunt (13).

B - Essai d'appréciation de la décision rapportée

Si les arrêts de la Cour de cassation *Mitterrand* (Chambre criminelle) et *Erignac* (première Chambre civile) ont en commun d'invoquer l'atteinte à la personne humaine pour avaliser la condamnation d'organes de presse ayant publié sans autorisation une photographie prise *post mortem*, leurs utilisations comparées d'une même notion révèlent de nettes différences de rôle et de contenu.

Pour la Chambre criminelle, laquelle, en léger retrait par rapport à l'arrêt correctionnel maintenu, se réfère au respect dû à la personne humaine (et non à la dignité de celle-ci), il y avait là une considération téléologique, destinée à expliquer la raison d'être des art. 226-1 à 226-6 c. pén. et à justifier leur application indistincte à toute photo prise d'une personne, même décédée, dans un lieu privé, sans son consentement *ante mortem*, ni celui, ultérieur, de ses ayants droit. Pour la Chambre civile - laquelle fait sien les conclusions de l'avocat général Sainte-Rose observant

que l'art. 16 c. civ. *interdit* toute atteinte à la dignité de la personne et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie, *sans dies ad quem* - il s'agit de dire condamnable la diffusion du cliché particulièrement dévalorisant d'une personne, fût-elle déjà morte, et quand bien même aurait-il été pris sur la voie publique et à l'occasion d'un fait majeur d'actualité, la conjonction de ces derniers éléments étant habituellement exclusive d'une quelconque illicéité ou autorisation (*infra*).

En effet, tandis que le respect dû à la personne humaine est invoqué par la Chambre criminelle à propos de l'image d'un défunt apprêté sur son dernier lit, le principe de dignité est substitué par la Chambre civile à propos d'un mort aux blessures et contusions apparentes, allongé à même la rue, suite à son meurtre organisé à raison de sa qualité de haut fonctionnaire de la République. Si la photographie de M. Erignac, telle que publiée, « était attentatoire à la dignité de la personne humaine », c'est parce que, ainsi que relevé par les juges d'appel, elle « représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné, gisant sur la chaussée de la rue d'Ajaccio ».

Dès que l'arrêt commenté, ressortissant à la lutte pour la préservation de la dignité de la personne décédée, est rendu à propos de la publication d'une image très particulière, puisque celle-ci faisait ressortir les marques et traces de la mort violente subie, deux questions au moins viennent à l'esprit.

L'une est de savoir si un attribut aussi primordial que la dignité de l'être humain, atteinte de façon caractérisée lorsque sont représentées les meurtrissures de la personne clairement identifiée, pourrait faire l'objet d'une convention. Plus concrètement, hypothèse sans doute d'école, des héritiers pourraient-ils valablement en autoriser la diffusion photographique ? En thèse générale, la dignité de la personne humaine est hors commerce juridique, mais, à propos du corps, cette indisponibilité le concerne alors davantage dans son utilisation matérielle que dans sa représentation (14).

Un élément de réponse plus précis nous est fourni par le législateur du 15 juin 2000. Des art. 35 *quater* et 48, 8°, ajoutés à la loi du 29 juill. 1881, il résulte qu'il y a faute pénale à diffuser, par quelque moyen que ce soit, la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit dans des conditions portant gravement atteinte à la dignité de la victime, mais que la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de celle-ci. A partir de ce texte, qui subordonne à la volonté de la victime le déclenchement d'une action publique pour grave atteinte à la dignité de sa personne, l'on peut déduire que l'inaction, par ignorance, tolérance, consentement, de ceux qui auraient qualité pour exercer la contestation *civile* de l'image de leur auteur prise après son décès et attentatoire à sa dignité laisserait valablement le fait sans sanction : leur initiative est nécessaire.

L'autre interrogation est celle du puzzle des poursuites ouvertes par la réalisation mais surtout la diffusion journalistique de la photographie d'un mort. Au civil, se présentent : d'une part, *l'outrage à la vie privée des proches*, atteints dans le tréfonds de leur affliction et, partant, de l'intimité de leur être (art. 9 c. civ.), ainsi que l'avait retenu la cour d'appel (15) ; d'autre part et,

(11) CA Paris, 2 juill. 1997, D. 1997, Jur. p. 596, note B. Beignier, statuant sur l'appel de TGI Paris, 13 janv. 1997, JCP 1997, II, n° 12845, note M. Serna ; D. 1997, Jur. p. 255, note B. Beignier, et 1998, Somm. p. 87, obs. J. Bigot ; Cass. crim., 20 oct. 1998, D. 1999, Jur. p. 106, note Beignier.

(12) Intransmissibilité du droit de vote, du droit à la vie privée (Cass. 1re civ., 14 déc. 1999, JCP 2000, II, n° 10241, concl. C. Petit), du droit de repentir en matière littéraire ou artistique (Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, JCP 1997, II, n° 22765, note J. Ravanas), du droit de réponse ordinaire, et de l'action en injure ou diffamation (les art. 13 et 34 de la loi de 1881)...

(13) J. Ravanas, note préc., JCP 1997, II, n° 22765 ; F. Ringel et E. Putman, *Après la mort*, D. 1991, Chron. p. 241 ; P. Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, RTD civ. 1971, p. 445, not. p. 498 s., où l'auteur distinguait la *succession patrimoniale* et la *succession morale* ; cf. aussi D. 2000, Chron. p. 226-11, § III, « L'hypothèse des droits subjectifs du mort », in *L'individu juridiquement mort*. Il est vrai que l'on peut trouver paradoxal de s'efforcer, d'un côté, de gommer l'humanité de l'enfant à naître, et, de l'autre, de prolonger celle de la personne décédée. Le doyen Cornu, conformément à une doctrine certes mieux assise que celle de la personnalité juridique résiduelle des morts, préfère voir dans le respect qui leur est dû un précepte de droit objectif (Droit civil, Introduction. Les personnes, Montchrestien, 9e éd., 1999, n° 527).

(14) Art. 16-5 et 16-7 c. civ. ; concl. Frydman citées note 8 (cf., toutefois, CA Paris, 28 mai 1996, cité *infra*, note 19).

(15) Ce qui suppose qu'il y ait des proches, notion que l'essor du concept de « famille de fait » rend malaisé à définir.

comme l'a dit la Cour de cassation, mais seulement, en cas de cliché d'un corps reconnaissable et altéré, *l'offense à la dignité de la personne humaine* (art. 16 c. civ.) surtout si la qualité du défunt et les circonstances publiques de sa mort tendent à minimiser les droits sus évoqués de la vie privée familiale. La jurisprudence *Erignac* sera donc faite des apports complémentaires de ces deux décisions.

On observera, dans l'hypothèse d'un procès au fond, que, si les ayants droit mènent l'une ou l'autre action ci-dessus, ils ne peuvent, en l'état du droit positif, se voir opposer, le cas échéant, les courtes prescriptions de la loi de 1881. L'interdiction jurisprudentielle qui leur est faite d'invoquer l'art. 1382 c. civ. laisse ouvertes les voies des art. 9 et 16 du même code (16). Au pénal, la poursuite, supposant que la vue prise soit celle d'un défunt se trouvant dans un lieu privé, est en revanche rendue possible dès la seule réalisation de l'image, la Chambre criminelle semble donc renoncer à la jurisprudence *Jean Gabin* qui considérait, non sans pragmatisme et humanisme non plus, qu'il y avait droit du défunt à l'image tant qu'il y avait... image (17).

De toute façon, qu'elle soit dénoncée à travers les particularismes civils ou pénaux, *in humilitate carnis mortui manet dignitas hominis*, et l'image attentatoire à celle-ci constitue une limite aux droits de la presse d'actualité. C'est le second intérêt de l'arrêt commenté.

II - L'image attentatoire à la dignité de la personne humaine constitue une limite à l'information d'actualité

Qu'est-ce qu'une *image attentatoire à la dignité de la personne humaine* ? Cette notion de dignité, réductrice de la liberté de la presse, audiovisuelle (art. 1er, al. 2, de la loi du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication) ou écrite (arrêt commenté) - bien que l'image télévisuelle soit fugace, et que l'image imprimée demeure -, n'est à la vérité pas propre à des photos ou dessins : elle peut aussi concerner un récit, sur papier ou à l'antenne, ou, encore, un spectacle (18) ; elle est évolutive (le XIXe siècle, à l'inverse du nôtre, condamnait les danseuses nues, mais non l'exhibition de la femme à barbe). Revenant à l'image *stricto sensu*, elle peut se révéler attentatoire à la dignité d'un mort comme d'un vivant.

C'est expressément à la dignité de la personne humaine que la Cour de Paris se réfère en 1996 pour qualifier d'abus de la liberté d'expression une publicité utilisant des membres tatoués HIV (19), ou le CSA pour blâmer une chaîne de télévision diffusant le film de l'agonie d'un soldat touché à mort par un tireur isolé (20). C'est implicitement à cette même notion que la chambre correctionnelle de la Cour de Paris s'était référée en 1953 pour considérer que, malgré la tolérance dont bénéficiait la presse au regard de la vaste interdiction qui lui était faite de publier des images reproduisant les circonstances d'un crime (ancienne

rédaction de l'art. 38, al. 3, de la loi de 1881), devait néanmoins être sanctionnée la diffusion journalistique, à l'appui d'un article intitulé « l'assassinat du petit Alain », d'une photographie représentant le corps mutilé et dévêtu de l'enfant (21).

Nous avancerons donc que, en matière de presse, et sous réserve d'affinements que suggérera l'avenir, est attentatoire à la dignité humaine (notion de droit) la publication journalistique, dans le temps suivant un événement dramatique, de l'image qui prend pour objet essentiel la représentation d'une personne identifiée ou aisément identifiable (notion de fait), et saisie dans une situation particulièrement humiliante ou dégradante (notion de fait encore).

A ce dernier égard, il s'agira, selon les espèces, des gros plans sur les blessures ou handicaps majeurs, sur les traits figés sous le choc d'un coup mortel ou défigurés par l'angoisse ou la souffrance, du visage hagard ou de la quasi-nudité suscités par l'événement violent auquel l'on vient juste d'être mêlé. Dans toutes ces hypothèses, certaines publications jettent en pâture au public un élément consubstantiel à la personne et que celle-ci, ou les protecteurs naturels de son image que sont ses proches si elle est décédée, étaient en droit de retenir. Il y a là une limite partielle à la liberté de la communication journalistique. Il faut vérifier le fondement juridique de cette limite (A) et souligner en réalité la ténuité de celle-ci (B).

A - Le fondement juridique de la limite

L'arrêt déferé justifie la sanction, essentiellement symbolique, prononcée contre les sociétés éditrices de la photographie publiée dans des conditions attentatoires à la dignité de la victime par le recours combiné aux art. 10 Conv. EDH et 16 c. civ. (22). C'est donc à partir de l'imbrication de considérations antagonistes (1), que la solution a été recherchée (2).

1 - L'imbrication de considérations antagonistes, tirées du principe de la liberté de la communication et de ses dérogations

a) L'art. 10, en son alinéa 1er, érige en principe la liberté de communication, sous les deux aspects de la liberté, traditionnelle, de communiquer toutes idées ou informations, et de la liberté, plus récemment dégagée, du public d'accéder à celles-ci. A cette analyse, qui sont également celles du Conseil constitutionnel (23)

(21) CA Paris, 22 juill. 1953, D. 1953, Jur. p. 725 ; JCP 1954, II, n° 7926, note R. Combaldieu.

(22) On aurait presque pu rencontrer aussi une articulation inverse entre les art. 1er de la loi du 29 juill. 1881 et 8 Conv. EDH. On perçoit là l'osmose qui se réalise, au sein « du droit applicable en France », entre le droit de production interne et un droit « venu d'ailleurs » et « surgi d'abstractions » (les formules citées sont empruntées au doyen Carbonnier, *in* Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 1996, p. 44 et s.). La jurisprudence française, s'efforçant de ne pas faire produire à la Convention européenne le vain saccage de pans entiers de solutions légitimement établies par l'histoire, le territoire, la souveraineté et l'âme des peuples, sait néanmoins tirer de ses objectifs impératifs et immédiatement applicables leur exact mérite : celui de rappeler à tous les juristes les vraies et profondes finalités du droit. Mais, dans cette mise en œuvre, « si les juges nationaux ont le premier rôle, ils n'ont pas le dernier mot » (R. Badinter, Discours de clôture au colloque « Les principes communs d'une justice des Etats de l'Union européenne », tenu à la Cour de cassation les 4-5 déc. 2000).

(23) Cons. const., 10-11 oct. 1984, *Entreprise de presse*, Les grandes décisions..., préc., par L. Favoreu et L. Philip, n° 36 ; N. Molfessis, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997, n° 34 et s.

(16) Cass. ass. plén., 12 juill. 2000, Bull. civ., n° 8 ; Bull. inf. C. cass., n° 523, concl. Joinet, rapport Durieux ; D 2000, Somm. p. 463, obs. P. Jourdain.

(17) Cass. crim., 21 oct. 1980, D. 1981, Jur. p. 72, note Lindon.

(18) Tel le lancer de nain, *supra* note 7.

(19) 28 mai 1996 D. 1996, Jur. p. 617, note B. Edelman, et, même auteur, préc., D 1997, Chron. p. 185.

(20) Cité par T. Hassler et V. Lapp, préc., Petites affiches, 31 janv. 1997, et *ibid.*, 17 déc. 1997 (le droit à l'information du public confronté aux droits des victimes).

et de la Cour de cassation (24), s'attachent de fortes conséquences de droit et de fait. En premier lieu, la communication, ainsi entendue, s'étend aux domaines les plus variés, politiques, culturels, scientifiques, commerciaux, publicitaires et recouvre aussi bien les données ou événements par lesquels se déroule l'Histoire que d'autres, vite oubliés, qui ne font que tisser modestement, au jour le jour, la vie de la Cité, et sa *liberté de principe* prévaut même lorsqu'elle porte sur des idées ou informations qui heurtent, choquent ou inquiètent une forte partie de l'opinion publique (25). En second lieu, eu égard aux exigences d'adaptation constante aux évolutions des conditions matérielles d'existence, la communication informative intègre étroitement l'*image* dont l'apport d'illustration, d'attraction, voire d'éloquence est parfois incomparable. C'est là, comme l'écrivait Saleilles, « mettre le droit en conformité avec la vie » (26).

Néanmoins, l'art. 10, en son second alinéa, rend licites des restrictions ou sanctions prévues par la loi, assises sur le sens du devoir et de la responsabilité, et nécessaires à la sauvegarde de certains objectifs. Eu égard aux particularités de la photographie litigieuse, plusieurs eussent été concevables.

On aurait pu penser aux réserves tirées de la défense de l'ordre, ou de la morale. L'indécence ou l'obscénité de films, ou d'expositions à prétentions artistiques, ont donné lieu à des condamnations judiciaires, en Suisse, en Autriche ou en Irlande, et les recours formés au nom de l'art. 10, al. 1er, furent rejetés par la Cour de Strasbourg dans la mesure où les décisions nationales se justifiaient au regard de l'alinéa 2 (27).

Telle qu'elle se présentait, la photo de M. Erignac ne pouvait-elle pas avoir pour effet principal de flatter des pulsions perverses, au moins « faire fonctionner le ressort émotionnel du public, générateur de profits » (28), et même, allons plus loin, de satisfaire odieusement certains lecteurs, à commencer par les auteurs du crime, tout heureux de contempler, étendu à même le caniveau, dans le sang de ses blessures mortelles, le représentant de l'Etat ayant eu en charge le respect du bon ordre et de la légalité, et tué pour cette raison.

C'est, de façon plus sereine, l'atteinte aux droits d'autrui qui a été retenue, et plus précisément, comme l'indique le visa de l'art. 16 c. civ., la dignité de la personne humaine à laquelle la mort-spectacle contrevient tout autant.

Certes, contrairement au respect de la vie privée, de la liberté de conscience ou de réunion, la *dignité de la personne humaine* n'est jamais expressément mentionnée dans la Convention. Mais chacun s'accorde à voir là un droit primordial, ainsi que le fait d'ailleurs la Charte des droits fondamentaux de l'Union euro-

péenne du 7 déc. 2000 (29), et il prend place dans la *clausula generalis* de l'art. 10, al. 2, Conv. EDH dont la rédaction date de 1950. Ulpien, au *Digeste*, faisait du devoir de respecter les convenances les plus fortes (*Honeste vivere*), une maxime générale de droit : elle resurgit, ici, à la lumière de textes internes ou internationaux de notre temps (30).

2 - La recherche de la solution

Comme l'expose une plume éminente en la matière, ces licéités contestées de la publication d'images des personnes se ramènent à des pesées judiciaires de légitimité des intérêts en présence (31) : droit du journaliste d'informer par le texte et la photographie, droit des lecteurs et citoyens de savoir grâce aux mêmes moyens, droit fondamental de chacun à protéger l'intimité de son individualité, tels sont les éléments contradictoires qui pressent de l'emporter, l'actualité les poussant à leur paroxysme, tandis que seules des données d'espèce accroissent ou réduisent le mérite de l'un deux. Dans sa féconde thèse (32), le même auteur exposait qu'un événement publiquement survenu entraine dans le domaine de l'information légitime, et qu'aucune personne en rapport de complémentarité fonctionnelle avec lui, qu'elle soit acteur, victime, spectateur ou témoin, ne peut normalement s'opposer à la diffusion médiatique de son image, et qu'il en va encore plus ainsi de la personne jouissant d'une certaine notoriété ou exerçant des fonctions officielles.

Toutefois, M. Ravanas réserve, ici et là, « le cas exceptionnel », la « curiosité malsaine du public » ou « la pudeur élémentaire » (33), l'on pourrait peut-être écrire aujourd'hui la *dignité de la personne humaine*. Car, ainsi qu'on l'a dit plus haut, dans l'affaire commentée, la publication faite n'était pas contestée au nom du droit à l'image, mais au titre de l'offense que celle-ci, eu égard à ses caractéristiques, portait à la dignité de la personne humaine, principe de valeur constitutionnelle (34), à l'instar du droit de communiquer ou recevoir l'information (35).

Dès lors, ces droits ne sont pas hiérarchiquement classables, et les juges, dont l'office est de trancher, avec ou sans longue dubitation préalable, ont donc pesé les trois intérêts, et décidé que la nature de la publication intervenue nuisait au premier cité ci-dessus, sans apporter rien aux deux autres.

On rappellera que la sanction validée, en l'espèce, est celle qui, refusant la saisie des hebdomadaires, avait seulement consisté en un communiqué *a posteriori*. On voit mal comment soutenir que les exigences de proportionnalité, de finalité, d'exacte nécessité requises dans l'application jurisprudentielle de l'art. 10, al. 2, auraient été méconnues (36). L'« entrave » apportée à la liberté de la presse est finalement bien modeste.

(24) Cass. 1re civ., 15 juin 1994, Bull. civ. I, n° 218 ; D. 1994, IR p. 189 ; 6 févr. 1996, Bull. civ. I, n° 70 ; D. 1997, Somm. p. 85, obs. T. Hassler, le premier arrêt en déduisant les obligations déontologiques de l'historien, et, le second, l'impossibilité du concessionnaire exclusif de la diffusion d'une compétition sportive de s'opposer à la retransmission de brefs extraits.

(25) Sur tous ces points, G. Cohen-Jonathan, Commentaires de l'article 10 CEDH, sous la dir. de L.-E. Pettiti, Economica, 2e éd., not. p. 361, 368, 371 et s., et les décisions et opinions rapportées.

(26) Le Code civil. Livre du centenaire, Paris, 1904, t. I, p. 99.

(27) G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p. 393 et s. V. Berger, Jurisprudence de la CEDH, Sirey, 7e éd., 2000, n° 163 s. Adde J. Velu et R. Ergéc, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 611 s.

(28) Plus que d'informations utiles... (J.-P. Ancel, Protection de la personne : image et vie privée. La protection judiciaire civile, Gaz. Pal. 1994, 2, Doctr. p. 988).

(29) *Supra*, note 7.

(30) Rapp. G. Cornu, *supra*, note 13 *in fine*.

(31) J. Ravanas, Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité, D. 2000, Chron. p. 459.

(32) J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, préface P. Kayser, LGDJ, 1978, n° 116 et s., not. 126 à 129 et 140 à 147.

(33) *Op. cit.*, n° 119, 126 et 128.

(34) *Supra*, note 6, et contrairement au simple droit à la vie privée (B. Beignier, Réflexions sur la protection de la vie privée, Dr. fam., nov. 1997, p. 4).

(35) *Supra*, note 23.

(36) G. Cohen-Jonathan *op. cit.*, p. 397 et s.

B - La ténuité de la limite

Dans l'espèce commentée, la condamnation portée au titre de l'atteinte à la dignité concerne une image dégradante d'une personne précise et publiée au titre de l'information immédiate. C'est, semble-t-il, cette conjonction qui a conduit la Cour de cassation à maintenir la décision de la cour d'appel. Aussi, que l'un des deux maillons vienne à céder, et la légère restriction apportée à la liberté de l'information photographique présente les plus grandes chances de disparaître.

1 - Licéité de l'information d'actualité par photographies non attentatoires à la dignité de personnes identifiées

Il s'agira, à l'occasion d'un événement entrant dans le domaine de l'information légitime, de clichés évitant de faire apparaître la dégradation de la victime en même temps que son nom ou son visage. En l'espèce, où l'identité n'avait pas à être tue, il eût été facile d'illustrer le texte relatif à l'attentat d'Ajaccio par une photographie antérieure de M. Erignac, ou, à tout le moins - que seraient les reportages sur les massacres survenus en telle ou telle contrée, sans les images stimulant l'alerte des consciences -, de disposer un cache sur le visage.

Il s'agira aussi, et plus généralement, des reproductions sur lesquelles des personnes figurent, par hasard, au second plan d'un événement survenu dans un lieu public, et des personnes venues pour y être vues ou lui donner le plus grand retentissement, l'on songe aux défilés et cortèges. On retrouve ici la primauté de

l'information légitime y compris par l'image, dès lors que celle-ci n'est en rien attentatoire à la dignité (37).

2 - Licéité de la diffusion d'images éventuellement attentatoires mais étrangères à l'information d'actualité

La destination de l'information peut valider la communication plus ou moins étendue d'images pourtant objectivement attentatoires à la dignité de la personne représentée. Il s'agira de photographies précisées sur les lieux d'un crime, et dont la présentation paraît nécessaire aux officiers de police judiciaire ou au magistrat instructeur pour que soient menées les poursuites légales (ainsi, susciter des témoignages nécessaires, ou se prononcer sur la qualification d'acte de torture ou barbarie si le corps est incinéré), ou à la juridiction de jugement pour mieux rappeler les éléments matériels exacts (sauvagerie de coups reçus, ampleur des préjudices). Il s'agira aussi, en second lieu, lorsque le temps aura atténué non l'horreur du forfait mais les chocs émotionnels inhérents à sa commission, des publications scientifiques. Des ouvrages modernes, historiques, médicaux, ethnographiques peuvent avoir besoin de comporter des photographies humainement bouleversantes. Et, c'est vrai, le décès tragique de M. Erignac appartiendra à l'histoire.

Monsieur le Préfet, si l'Etat n'a pas su, pas voulu ou pas pu prévenir votre mort ni arrêter tous vos assassins, du moins ses juges civils seront-ils parvenus à rappeler le respect que tous, conformément au droit, auraient dû, au moins dans le temps de l'épreuve, porter d'eux-mêmes à votre dernière image. ■

(37) Cf. J. Ravanas, *op. cit., supra*, note 32. Adde, C. Bigot, Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information, D 1998, Chron. p. 235 ; Cass. 1re civ., 25 janv. 2000, Bull. civ. I, n° 27 ; D. 2000, Somm.

p. 270, obs. C. Caron, et p. 409, obs. C. Bigot ; 12 déc. 2000, à paraître au *Bulletin civil* (98-21.311) ; D. 2001, IR p. 182.

La dignité schizophrène ?

Le 24 novembre 2004 la Cour d'appel de Versailles (D. 2005, IR p. 388) a confirmé une ordonnance du juge des référés du Tribunal de grande instance de Nanterre ayant ordonné à une société la cessation de la commercialisation (et le retrait) d'une peluche parlante destinée aux enfants. Selon les magistrats « la peluche Nazo le Skizo se présente sous la forme d'un animal comparable à un singe ; il est qualifié de Nazo (...) ; cette qualification a, incontestablement, une connotation péjorative puisqu'elle signifie, dans le langage familier, en mauvais état, fichu ; que l'association de ce qualificatif péjoratif au mot skizo qui renvoie directement à la schizophrénie a pour effet de stigmatiser le malade atteint de schizophrénie en l'associant à un animal dont les humeurs sont traduites par quinze voix différentes dès que l'on presse sur les capteurs contenus dans le corps de la peluche ». Qu'est ainsi caractérisée « une atteinte à la dignité en contravention avec les dispositions de l'article 16 du code civil ».

Un mois plus tôt, la Cour de justice des Communautés européennes (14 oct 2004, JCP 2004, II, 10199, note J.-C. Zarka ; D. 2004, IR p. 2833) avait elle-même confirmé l'interdiction de la commercialisation d'un jeu par une société allemande consistant à tirer, avec des appareils de visée à laser, sur des gilets portés par d'autres joueurs au nom de cette même « dignité humaine ».

Le juge voit ainsi de la dignité partout. Ici dans le jeu. Là dans l'image (Cass. 2e civ. 4 nov. 2004, D. 2005, Jur. p. 696, note I. Corpart, même si l'on sait que, ici, la chose n'est pas nouvelle). Ceci sans évoquer (mais ceci explique peut-être cela) les nombreux textes législatifs récents qui s'y réfèrent (à commencer par la loi du 6 août 2004 bioéthique qui permet au concept de faire son apparition dans la propriété intellectuelle). Et alors ? Qui va se plaindre que ce principe idéal, tout droit descendu du ciel, soit devenu aujourd'hui du droit positif ? Qui peut combattre l'idée qu'il n'est pas important de défendre ce qu'il y a d'humain dans l'homme ? Qui peut admettre que l'homme soit réduit à ses organes, assimilé à une machine ou ramené au rang de l'animal ? (Cf. J.-C. Guillebaud, *Le principe d'humanité*, Seuil, 2001). Soyons clairs. Nous n'entendons nullement ici plaider en faveur de la réhabilitation du « lancer de nains » ou soutenir que ce singe « Nazo » était finalement très subtil...

En même temps, il est également important de s'interroger sur le sens de l'inflation de la dignité et sur ses éventuels risques. « Le trop de quelque chose », enseigne un proverbe arabe, « est un manque de quelque chose ». De quoi manquons-nous ? Certainement de valeurs autres que celles du marché (car c'est bien ce marché qui a construit la personne comme un objet commercialisable et qui favorise la diffusion de jeux ou d'images susceptibles de porter atteinte à la dignité).

Quels sont donc les dangers de l'abondance de la dignité ? Le premier est très certainement celui de la promotion d'une société « aseptisée » (pour adopter une expression médiatique). Le risque a été magistralement souligné par Jacques Ravanais à propos de l'image à l'occasion de « l'affaire » *Erignac* (obs. sous Cass. 1re civ. 20 déc. 2000, JCP 2001, II, 10488). « C'est en l'occurrence contre la réalité qu'il convient de s'insurger, pas contre les images qui la montrent ! » (en ce sens l'on ne peut que se réjouir de la décision, *op. cit.*, très équilibrée de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 4 nov. 2004). Et notre « Nazo », n'est-il pas lui aussi quelque part victime du « politiquement correct » ? Après tout, la représentation d'une peluche sous la forme d'un singe n'est pas totalement inédite. Le « Nazo » désigne également le singe nasique. Quant à l'expression « Schizo », elle va bien au-delà des malades touchés par la schizophrénie... Le second danger est celui du flou qui entoure le concept. Comme on l'a bien démontré (O. Cayla, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janv. 2003), à partir de l'exemple de la prostitution, la dignité permet en effet d'adopter un peu toutes les postures normatives. Qu'est-ce qui est indigne dans cette pratique ? Le client qui asservit la prostituée à son désir ? La prostituée elle-même qui décide de se vendre ou, à la limite, ceux qui entendent interdire la pratique à des personnes majeures et consentantes et qui d'une certaine manière nient leur libre arbitre ? Fort de ce constat, nous pouvons condamner tout et son contraire avec la dignité. La présence du nain « passe-partout » dans un jeu tel que *Fort Boyard*, l'attitude de magistrats qui ignorent la violence de certains jeux vidéos tout en confirmant la condamnation (il est vrai dans un pays comportant une importante référence constitutionnelle à la dignité) d'une vulgaire adaptation de *paintball*. Nous savons bien que les concepts cadres chers au Doyen Cornu sont, par essence, flous. Mais c'est précisément ce flou qui doit nous pousser à la prudence et la modération faute de quoi l'on en arrive à ce discours religieux du « législateur » (dénoncé par Rousseau) qui ne pouvant « employer ni la force, ni le raisonnement » parvient néanmoins à se faire entendre du peuple « souverain » en recourant « à une autorisation d'un autre ordre, qui puisse entraîner sans violence et persuader sans convaincre » (cité par O. Cayla, art. préc.) ■

De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique

Dans une récente Tribune publiée par cette revue (*La dignité schizophrène*, D. 2005, p. 1169), Jean-Michel Bruguière dénonce les abus du recours au principe de dignité. Sans considérer que les exemples qu'il cite à l'appui de son propos seront les plus déterminants, l'on peut cependant partager son analyse selon laquelle le droit et son bras armé, le juge, usent avec excès du principe de dignité. Cependant, au-delà du constat, il convient de réfléchir tant sur les causes que sur les effets de cette situation. En réalité, l'usage qui est ainsi fait de la dignité conduit (ou vise ?) à affaiblir la portée et l'efficacité de ce principe qui représente le dernier obstacle à certaines évolutions sociales, scientifiques et, donc, juridiques, qui ont pour effet, pour objet, l'instrumentalisation de l'être humain.

Si l'on admet que la dignité humaine est un principe juridique qui repose sur un postulat *jus naturaliste* impliquant la primauté de l'être humain, la prévalence de sa protection sur des intérêts collectifs, l'on doit considérer qu'elle implique la reconnaissance de l'égale dignité des personnes humaines et l'interdiction d'utiliser un être humain comme un objet à une fin qui lui est étrangère (cf. not. *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica, 2000). Ainsi, contrairement à la liberté qui présuppose l'autonomie de celui qui l'exerce, la dignité n'est conditionnée que par l'humanité de l'être qu'elle protège. Aucune autre considération, tenant par exemple à la qualité de la vie de cet être, à ses caractéristiques génétiques, ne peut conditionner la reconnaissance de cette dignité sauf à méconnaître le principe lui-même.

Le principe de dignité représente le seul obstacle à la mise sur le marché de l'humain. En effet, comme l'industrialisation a eu besoin de la force de travail de l'homme au XIX^e siècle, la technologie biomédicale a aujourd'hui besoin du matériau humain. Le contournement, voire la mise à l'écart, du principe de dignité s'opère selon deux modalités : la première consiste à poser les interdits qu'engendre ce principe, pour leur apporter des dérogations, d'abord limitées. Alors que la brèche est ouverte dans l'interdit, il devient alors plus facile d'élargir le champ des dérogations. C'est ainsi qu'est construit le droit national et international de la bioéthique. La seconde, plus subtile, plus pernicieuse, conduit à subvertir le principe lui-même. Partant d'une observation, fondée, selon laquelle ce principe est utilisé, par les juridictions, voire par le législateur, de manière très approximative, certains auteurs considèrent que le principe est disqualifié. Est ainsi opérée une confusion entre la dignité humaine consubstantielle et la dignité humaine sociale. Plus construite, une autre analyse consiste à considérer que la dignité doit se confondre avec la liberté humaine. Ainsi la protection de la dignité ne serait, dans une conception largement subjective, que la protection de l'autodétermination de l'homme sujet de droit. En ce sens, la dignité objectivée apparaît comme un principe réactionnaire visant à rompre avec la philosophie libérale du siècle des lumières (cf. en ce sens, O. Cayla et Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître*, Gallimard, 2002, et les analyses de D. de Béchillon). Ce discours est d'autant plus audible qu'il rejoint la doctrine anglo-saxonne, largement influencée par l'utilitarisme, et pour laquelle les principes de liberté et d'autonomie de l'individu sont les principes cardinaux de l'ordre social. Ainsi, la liberté de la science, dont la valeur au sein du système des droits fondamentaux est hypertrophiée, rencontre la volonté libre d'individus qui souhaitent obtenir un produit humain ou offrir sur le marché le potentiel en matériau humain dont ils sont porteurs.

En fait, qu'il s'agisse du principe de liberté ou du principe de dignité, il est vrai que la détermination du principe cardinal de l'ordre juridique relève d'un choix idéologique. Le choix du principe de liberté implique que la régulation du système social s'opère grâce au principe de responsabilité qui impose la réparation des dommages causés par l'exercice de sa liberté. Le principe de dignité s'affirme comme limite autonome et externe à l'exercice de la liberté. Pour autant, le principe de dignité n'est pas le vecteur d'un ordre moral qui s'opposerait à la philosophie classique des droits fondamentaux fondée sur les principes de liberté et d'autonomie de l'individu. En effet, d'un certain point de vue, la dignité ne réduit pas le libre arbitre de l'individu qui peut se livrer à la débauche ou se prostituer, voire porter atteinte à sa propre intégrité physique, mais elle contraint celui qui voudrait débaucher, prostituer ou porter atteinte à l'intégrité d'autrui. Concrètement, le principe de dignité est juridiquement utilisé comme une interdiction faite d'instrumentaliser autrui, de le traiter comme un objet, cette interdiction n'étant pas levée par le consentement de l'intéressé. Or, un tel principe fait nécessairement obstacle à l'instrumentalisation et à la marchandisation de l'humain dont la science comme l'économie ont aujourd'hui besoin, soit dans un but altruiste, l'amélioration des conditions sanitaires de la population globale ou la satisfaction des désirs individuels, soit dans un but propre au développement économique. ■

Bertrand Mathieu

PERSONNE HUMAINE

Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine

par Marie-Pierre Peis-Hitier
Docteur en droit

L'ESSENTIEL

Les lois dites de bioéthique du 29 juillet 1994, puis du 6 août 2004 assurent la préservation du génome humain par différentes dispositions. Cependant, l'entrée de l'espèce humaine dans les codes civil et pénal suscite une interrogation liée à la qualification juridique qu'il convient de lui attribuer. Classiquement, le juriste divise le monde sensible en deux catégories distinctes : les personnes et les choses. Quelle est alors la place de l'espèce humaine dans cet ordonnancement juridique ? Alors que la qualification de chose semble devoir être écartée dans la mesure où elle tend à faire de l'espèce humaine l'objet d'appropriation et donc de destruction, celle de personne sujet de droit présente un attrait certain mais nécessiterait une intervention législative.

Les progrès considérables des sciences de la vie conduisent le juriste à repenser le droit et, notamment, la notion centrale de personne. Cependant, la doctrine s'est jusqu'à présent contentée principalement de situer le débat autour du statut juridique de l'embryon¹. Pourtant, avec la génétique moderne, c'est l'espèce humaine elle-même qui est en danger. En effet, la biomédecine donne, pour la première fois, à l'homme la possibilité d'intervenir sur le génome humain et de le modifier, de transformer sa propre espèce et de maîtriser son évolution. Elle suscite alors de nouvelles interrogations tant philosophiques que juridiques quant au devenir de l'espèce humaine. Dès l'élaboration des lois dites de bioéthique du 29 juillet 1994, la nécessité de protéger le génome de l'espèce humaine, « d'appréhender l'homme dans sa globalité, y compris dans son identité génétique, et de se prémunir contre des manipulations qui pourraient affecter les caractéristiques mêmes de l'espèce humaine »², s'est fait sentir. Cette préoccupation a conduit à la reconnaissance du principe d'intégrité de l'espèce humaine. Pour la première fois, l'espèce humaine faisait son apparition sur la scène juridique.

Ce principe tend à protéger à la fois la singularité et la diversité génétique de l'espèce humaine, « le singulier humain et le pluriel humain »³. Il s'agit d'empêcher que, par des manipulations génétiques telles que la création d'êtres hybrides, l'essence même du genre humain ne soit altérée. Il s'agit également d'éviter un appauvrissement du capital génétique humain, par exemple par la technique du clonage reproductif. Le principe d'intégrité de l'espèce humaine, énoncé à l'alinéa 1er de l'article 16-4 du code civil, se voit conforter par une interdiction des pratiques eugéniques (al. 2), du clonage reproductif (al. 3 issu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique⁴), et des thérapies

génomiques germinales (al. 4). La loi du 6 août 2004 précitée complète ce dispositif civil en faisant du clonage humain reproductif et des pratiques eugéniques tendant à l'organisation de la sélection des personnes des crimes contre l'espèce humaine⁵.

Cependant, cette « entrée remarquée »⁶ de l'espèce humaine dans les codes civil et pénal présente une carence. Le législateur de 1994, comme celui de 2004, ne donne pas de définition de l'espèce humaine. Ils n'apportent aucune précision quant à la qualification juridique qu'il convient de lui attribuer. La question se pose alors de savoir si l'espèce humaine est une personne ou une chose. En effet, le juriste divise le monde sensible en deux catégories distinctes : les personnes et les choses. Ainsi, selon M. Catala, « il y a les êtres et les choses, les personnes et les biens, et les rapports juridiques qui s'établissent entre les uns et les autres »⁷. Cette *summa divisio* classique, héritée du droit romain, conserve tout son intérêt aujourd'hui face aux progrès de la biomédecine. Elle permet de déterminer, à partir de la qualification juridique de personne ou de chose, toutes les conséquences juridiques qui s'y rattachent. Certes, cette « dichotomie originelle »⁸ semble aujourd'hui quelque peu malmenée par les biotechnologies qui tendent à une réification de la personne⁹. Ainsi, les procréations médicalement assistées permettent une « production » de l'homme *in vitro* par le biais de manipulations et de sélections des embryons. La personne humaine deviendrait alors un objet biologique. Pour éviter cette chosification de la

p. 536 s., obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat; P. Egea, Commentaire de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, RJPF sept. 2004, p. 6.

(5) Cette nouvelle catégorie de crimes prend place dans le code pénal à côté des crimes contre l'humanité dans un titre 1er consacré à ces deux types d'infraction. Un sous-titre est consacré aux crimes contre l'humanité (sous-titre I du titre 1er du livre II c. pén.) et un autre aux crimes contre l'espèce humaine (sous-titre II du titre 1er du livre II). L'art. 214-1 c. pén. punit de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 d'euros le crime d'eugénisme. L'art. 214-2 punit des mêmes peines le clonage reproductif.

(6) D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 12.

(7) P. Catala, La transformation du patrimoine dans le droit civil français, RTD civ. 1966, p. 185. Dans le même sens, M. Yan Thomas relève que « l'opposition métaphysique du sujet et de l'objet fonde toute notre vision du droit »: Res, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain), Arch. phil. droit, t. 25 « La loi », Sirey, 1980, p. 413.

(8) Expression de M. Galloux, Essai de définition pour le matériel génétique humain, thèse de droit privé, Bordeaux, 1988, p. 4.

(9) V. notamment: R. Andorno, *op. cit.*

(1) V. not.: P. Pedrot, Le statut juridique de l'embryon et du fœtus en droit comparé, JCP 1991, I, 3483; R. Andorno, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 263, 1996, 372 p.; B. Feuillet-le Mintier (sous. la dir.), L'embryon humain, approche multidisciplinaire, Economica, 1996, 336 p.

(2) Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le code civil, présenté par Michel Sapin, Ass. nat., 25 mars 1992, n° 2599, exposé des motifs.

(3) D. Fenouillet, Respect et protection du corps humain. La génétique humaine, Lespece, J.-Cl. Civil, art. 16 à 16-12, Fasc. 30, 1997, n° 41.

(4) JO 7 août p. 14040; D. 2004, Lég. p. 2089; D. Thouvenin, La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine, D. 2005, Chron. p. 116 et 172; J.-C. Galloux, La loi du 6 août 2004 sur la bioéthique, D. 2004, Le Point sur... p. 2379; D. 2005, Pan.

personne, certains proposent de raisonner en des termes différents de personne et de chose pour se placer sur le terrain du concept d'être humain¹⁰. La notion d'être humain permettrait alors de dépasser la *summa divisio*. Cependant, malgré cette tentative de création d'une catégorie intermédiaire rebelle à la distinction des personnes et des choses, cette bipolarisation conserve une place fondamentale en droit français. Même si les biotechnologies conduisent à sa remise en cause et si elle n'est pas toujours respectée, elle demeure un véritable « principe constitutif de l'univers juridique »¹¹, un véritable axiome du système juridique¹² à partir duquel il convient de raisonner pour déterminer quelle place occupe l'espèce humaine dans cet ordonnancement juridique. Si l'espèce humaine est considérée comme une chose, elle sera alors objet de droit et pourra notamment faire l'objet d'appropriation. En revanche, si elle est qualifiée de personne, elle accèdera à la qualité de sujet de droit et pourra notamment obtenir en justice la sanction des atteintes qui lui seront portées.

En l'absence d'indication législative expresse, il convient de rechercher quelle pourrait être la qualification juridique la mieux appropriée à la notion d'espèce humaine en distinguant la qualification de chose (I), déjà proposée en doctrine mais qu'il conviendra de rejeter, de celle de personne (II), non encore très développée, et qui, bien qu'attrayante, nécessiterait une intervention du législateur.

I - L'espèce humaine, une chose

Pour certains, l'espèce humaine ne peut pas être « le titulaire fantôme de droit subjectif », elle « n'est pas un sujet de droit, c'est en revanche un objet du droit »¹³. Il a ainsi pu être proposé en doctrine de qualifier l'espèce humaine de chose commune (A). Cependant, une telle qualification opère un amalgame entre espèce humaine et génome humain qui rend la proposition fragile et nécessite son rejet (B).

A - Une chose commune - La notion juridique de chose n'est pas clairement définie par le droit. Elle est utilisée par le code civil lorsqu'il n'y a pas de propriétaire individualisé (art. 714 relatif aux choses communes et 717 sur les choses perdues). Dans ce cas, la notion de chose apparaît comme une catégorie particulière de biens. Cependant, le code civil emploie également la notion de chose dans le sens plus large et générique de ce que l'on peut posséder (art. 544 sur le droit de propriété). Se rapprochant de cette acception de la notion, certains auteurs considèrent que la chose est le support physique de la notion juridique de bien¹⁴ qui englobe donc toutes les choses. Ainsi, toutes les choses seraient des biens dont il existerait plusieurs classifications¹⁵. Quelle que soit son acception, qu'elle soit comprise comme le genre ou l'espèce de bien, la chose ne qu'être objet de droits. En effet, telle qu'employée dans la *summa divisio* personne-chose, elle se comprend négativement comme ce qui n'est pas une personne. Elle est

alors un « objet matériel considéré sous le rapport du droit ou comme objet de droits »¹⁶. Ainsi qualifiée, l'espèce humaine devient, plus particulièrement, l'objet d'un droit de propriété. Il en résulte notamment qu'elle peut être détruite. La qualification juridique de chose conduit alors à une négation totale du principe d'intégrité de l'espèce humaine posé à l'article 16-4 du code civil. Cette qualification semble dès lors devoir être aussitôt rejetée. Toutefois, le droit des biens distingue différents types de chose et, notamment, reconnaît les choses communes¹⁷. La qualification de l'espèce humaine de chose commune semble être possible et a été principalement développée par un auteur, M. Xavier Labbée¹⁸.

L'article 714 du code civil définit les choses communes comme « des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous » (al. 1er) et dont « des lois de police règlent la manière d'en jouir » (al. 2). Ainsi, l'air et l'eau de mer sont des choses communes¹⁹. Les choses communes sont des choses incorporelles qui n'appartiennent à personne, ce qui signifie qu'elles ne peuvent pas faire l'objet d'appropriation par une personne physique ou morale. Les choses communes n'ont donc pas de propriétaire. Elles ne peuvent être utilisées qu'indépendamment de toute appropriation, individuelle ou collective²⁰. Chaque individu a le droit d'utiliser la chose commune²¹. Par ce droit d'usage, tout individu peut s'approprier une fraction de la chose commune dès lors que cela ne gêne en rien le droit d'usage de la collectivité. Cette qualification ne fait pas obstacle à l'exercice de droits individuels sur le génome humain dès lors que ce droit ne porte pas atteinte à l'espèce humaine.

L'impossibilité de s'approprier une chose commune et, ainsi, l'espèce humaine emporte différentes conséquences en adéquation avec le principe d'intégrité de l'espèce humaine. L'espèce humaine ne peut être l'objet d'un droit de disposition et ne peut donc pas être détruite. En conséquence, aucune pratique biomédicale susceptible d'altérer le génome de l'espèce humaine ne saurait être autorisée. Certes, la qualification de chose commune permet à tout individu d'user de celle-ci. Cependant, ce droit d'usage doit s'exercer dans la limite du respect de la chose commune. L'utilisateur a ainsi son droit bridé par le souci de ne pas gêner celui d'autrui²². Ce droit d'usage permet à l'individu d'accomplir un certain nombre d'actes sur son corps pourvu que cela se fasse dans le respect de l'intégrité de l'espèce humaine²³ et, d'une manière plus générale, des lois de police instituées pour protéger l'espèce humaine. Certaines manipulations génétiques seront admises dès lors qu'elles ne portent pas atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Par exemple, une thérapie génique n'entraînant aucune modification du génome de la descendance de la personne traitée pourra être pratiquée. A l'inverse, un individu ne saurait être autorisé à se faire cloner puisque cette technique conduit à appauvrir le capital génétique de l'espèce humaine.

(16) G. Cornu (sous la dir.), Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 2e éd., 2001, p. 144.

(17) Sur les choses communes, V. M. Rémont-Gouilloud, Ressources naturelles et choses sans maître, D. 1985, Chron. p. 27; J. Dufau, Modes d'acquisition de la propriété. Choses communes, J.-Cl. Civil, Fasc. 714; F. Terré et P. Simler, Droit civil. Les biens, Dalloz, 6e éd., 2002, p. 7 s.

(18) Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine, D. 1999, Chron. p. 438; N.-J. Mazon, Problèmes juridiques liés aux applications médico-industrielles de la carte génétique humaine, RRJ 1991, n° 2, p. 365 s.

(19) J. Dufau, *op. cit.*, p. 2.

(20) F. Terré et P. Simler, *op. cit.*, p. 7.

(21) X. Labbée, *op. cit.*, D. 1999, Chron. p. 438.

(22) M. Rémont-Gouilloud, *op. cit.*, p. 27.

(23) X. Labbée, *op. cit.*, p. 441.

(10) P. Murat, Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain, RDSS 1995, p. 451; M. Herzog-Evans, Homme, homme juridique et humanité de l'embryon, RTD civ. 2000, p. 65.

(11) R. Andorno, *op. cit.*, p. 3.

(12) J.-C. Galloux, thèse *op. cit.*, p. 6.

(13) B. Mathieu, Génome humain et droits fondamentaux, Economica, coll. Droit public positif, PUAM, 2000, p. 93.

(14) J. Carbonnier, Droit civil, t. 3, Les biens, 15e éd., 1992, PUF, n° 45.

(15) G. Cornu, Introduction. Les personnes. Les biens, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 10e éd., 2001, p. 29.

La qualification de chose commune permet d'attribuer à l'espèce humaine un statut juridique clair et conforme au principe d'intégrité de l'espèce humaine. Toutefois, cette qualification juridique présente un inconvénient majeur, celui de laisser en suspens la question de savoir qui est son propriétaire.

B - Une qualification à rejeter - Par définition, la chose commune n'appartient à personne, c'est-à-dire « qu'aucune personne physique ou morale, de droit public ou de droit privé, ne peut s'approprier sa généralité »²⁴. Cependant, pour expliquer cette absence de propriétaire, il est avancé l'idée que la chose commune appartiendrait à l'entité qui l'aurait créée et que cette entité échapperait à notre système juridique car elle serait une entité supérieure non définie par le droit²⁵. Il pourrait s'agir de Dieu, de la nature, de la communauté humaine ou encore de l'humanité. Autrement dit, pour fonder l'absence de propriétaire de la chose commune, la doctrine s'appuie sur l'existence d'un propriétaire-entité supérieure, en dehors de tout système juridique. La chose commune appartenant à cet être suprême en dehors du droit, personne ne peut donc s'approprier cette chose qui appartient déjà à quelqu'un d'autre.

Cette justification renvoie à l'image du serpent qui se mord la queue. Elle peut laisser quelque peu dubitatif dans la mesure où ces entités supérieures propriétaires de la chose commune n'échappent pas véritablement à notre système juridique. En effet, la nature, l'humanité ou la communauté humaine, voire Dieu, peuvent être qualifiés de sujet de droit au sens où notre droit l'entend. Ainsi, en droit international public, l'humanité est reconnue comme un sujet de droit²⁶. En effet, le concept de patrimoine commun de l'humanité conduit à faire de l'humanité une personne juridique nantie d'un patrimoine²⁷. De la même manière, de nombreuses théories doctrinales tendent à faire de la nature un sujet de droit. Il s'agit des partisans de la thèse éco-centrique²⁸ qui considère que la notion de sujet de droit peut être étendue à l'ensemble de la nature²⁹. Enfin, certains auteurs sont allés jusqu'à proposer de faire de Dieu un sujet de droit³⁰. Aucun concept ne semble donc échapper au droit et être en dehors du système juridique. Aussi, si la chose commune n'appartient à aucune personne individuelle en particulier, ce n'est pas parce qu'elle n'a pas de propriétaire, mais parce que son propriétaire est l'humanité, Dieu, la nature ou encore l'espèce humaine elle-même en ce qu'elle s'apparente à l'humanité. La proposition de M. Labbé de qualifier l'espèce humaine de chose commune semble dès lors inappropriée dans la mesure où l'espèce humaine serait à la fois l'objet (la chose commune) et le sujet de droit (l'entité supérieure). Ce n'est donc

pas l'espèce humaine qu'il conviendrait de qualifier de chose commune mais plutôt son génome. Cette idée renvoie à celle avancée en doctrine de qualifier le génome humain de patrimoine commun de l'humanité³¹. Qualifié de chose commune ou de patrimoine commun de l'humanité, le capital génétique de l'espèce humaine bénéficierait d'un statut juridique protecteur et l'espèce humaine aurait alors la qualité de sujet de droit. Autrement dit, c'est le génome de l'espèce humaine qui est une chose et non l'espèce elle-même, cette dernière devenant, en cas, une personne.

II - L'espèce humaine, une personne

Intuitivement, l'espèce humaine semble devoir être plutôt qualifiée de personne et donc de sujet de droit. En effet, il peut paraître antinomique de vouloir, d'un côté, protéger l'espèce humaine face aux progrès des sciences de la vie et, d'un autre, en faire un objet de droit. En cela, comme le souligne M. Bourg, « le concept de personne est au cœur du débat bioéthique et de ses développements juridiques »³². Cependant, faire de l'espèce humaine une personne rencontre des difficultés d'ordre pratique (A) même si le concept de sujet de droit ne semble pas fermé à une extension à l'espèce humaine (B).

A - Des difficultés pratiques à être une personne morale -

Dans la mesure où l'espèce humaine peut être définie comme une entité abstraite regroupant l'ensemble des êtres humains vivants et à venir, elle pourrait s'apparenter à une personne morale. Les personnes morales sont des sujets de droits réunissant des êtres humains³³, sauf à réserver le cas des fondations. En principe, c'est la loi qui reconnaît expressément la personnalité juridique à certains groupements. Toutefois, il existe des personnes morales en dehors de celles instituées ou reconnues par la loi. Une telle affirmation a suscité de vives controverses doctrinales³⁴. En effet, deux théories doctrinales s'opposent sur le problème de savoir s'il existe des personnes morales en dehors de celles reconnues par la loi. Selon la théorie de la fiction, les personnes morales sont des créations artificielles, de pure technique juridique, des êtres purement abstraits³⁵. Il en résulte qu'il n'existe pas de personne morale en dehors des groupements auxquels la loi reconnaît ou confère la personnalité civile³⁶. Selon la théorie de la réalité, au contraire, les personnes morales sont des réalités. Cette théorie se subdivise en deux. Selon une première conception - la théorie organique ou organiciste -, la personne morale a une réalité sociale comparable à la réalité biologique de la personne physique. Selon une deuxième conception - la théorie de la réalité technique de la personnalité morale -, les personnes morales sont des êtres réels dont la réalité résulte de

(24) *Ibid.*, p. 438.

(25) *Idem.*

(26) M. Chemillier-Gendreau, L'humanité peut-elle être un sujet de droit international?, Actes Cah. trim. action jur. 1989, n° 67-68, p. 17 s.

(27) A.-C. Kiss, La notion de patrimoine commun de l'Humanité, RCADI 1982, t. 175, p. 99 s.; R.-J. Dupuy, La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins, in Etudes offertes à Claude-Albert Colliard. Droits et libertés à la fin du XXe siècle. Influence des données économiques et technologiques, Pédone, 1984, p. 197 s.; et Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité, Droits 1985, n° 1, p. 63 s.

(28) Sur cette théorie, V. G. Lafrance, L'humanisme juridique et le sujet de droit, Cah. phil. pol. et jur. 1992, n° 22, « Sujet de droit et objet de droit », p. 35 à 37; M.-A. Hermitte, Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature, in B. Edelman et M.-A. Hermitte (sous la dir.), L'homme, la nature et le droit, Bourgois, 1988, p. 238 s.

(29) G. Lafrance, *op. cit.*, p. 36.

(30) C. Secrétan, Dieu peut-il être sujet de droit? Les réponses de Junius Brutus et de Hobbes, Cah. phil. pol. et jur. 1992, n° 22, préc., p. 247 s.

(31) B. M. Knoppers, La génétique humaine: patrimoine et protection, in F. Gros et G. Huber (sous la dir.), Vers un anti-destin? Patrimoine génétique et droits de l'humanité, éditions Odile Jacob, 1992, p. 152 s.; J.-C. Galloux, Les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain, D. 1996, Chron. p. 141; B. Edelman, Le concept juridique d'humanité, in A. Sériaux et autres, Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle, PUAM, coll. Laboratoire de théorie juridique, vol. 9, 1996, p. 244 s.

(32) D. Bourg, Sujet, personne, individu, Droits 1991, n° 13, p. 87.

(33) G. Goubeaux, Traité de droit civil. Les personnes, LGDJ, 1989, p. 18.

(34) V. notamment: G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 26-28; G. Cornu, *op. cit.*, p. 341-342; B. Teyssié, Droit civil. Les personnes, Litec, 5e éd., 2000, p. 309-312; F. Terré et D. Fenouillet, Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités, Dalloz, 6e éd., 1996, p. 197-201.

(35) G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 26.

(36) G. Cornu, *op. cit.*, p. 341.

la réunion de deux séries d'éléments³⁷. Il faut tout d'abord que la personne morale soit ordonnée à la défense d'intérêts collectifs distincts des intérêts individuels des membres qui composent le groupement. Il faut ensuite que le groupement ait une organisation de base qui donne pleinement corps à la personne morale. Il en résulte que l'existence des personnes morales peut se constater en dehors de toute intervention législative³⁸. C'est cette dernière conception que la jurisprudence a consacrée.

La jurisprudence reconnaît la personnalité civile à des groupements auxquels la loi ne l'avait pas expressément attribuée. Cette reconnaissance prétorienne peut être relevée de façon claire dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1954³⁹. La Cour reconnaît la personnalité civile des comités d'établissement en dehors de toute attribution légale expresse. Dans un attendu de principe, elle précise que «la personnalité civile n'est pas une création de la loi (...); elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés». Ainsi, la jurisprudence reconnaît la personnalité morale à certains groupements, en dehors de toute intervention législative aux conditions que le groupement soit parvenu à un degré d'organisation suffisant traduisant l'expression collective et qu'il déploie une activité licite⁴⁰. Même si, aujourd'hui, les interventions de la loi se multiplient pour reconnaître la personnalité morale à certains groupements, la théorie de la réalité technique de la personnalité morale est toujours appliquée par la jurisprudence⁴¹.

Au regard de cette théorie doctrinale et de sa consécration prétorienne, la question se pose alors de savoir si l'espèce humaine peut se voir reconnaître, de cette façon, comme une personne morale. Selon la théorie de la réalité technique de la personnalité morale, le groupement doit remplir deux conditions. L'espèce humaine remplit la première, à savoir qu'elle est ordonnée à la défense d'intérêts collectifs distincts des intérêts individuels des membres qui la composent. Dans le principe d'intégrité de l'espèce humaine, il est possible de dire que l'espèce humaine est ordonnée pour assurer la défense de son génome et non celui de l'individu. La protection du génome de l'espèce humaine constitue un intérêt collectif distinct de l'intérêt individuel de chaque être humain composant l'espèce humaine à la protection de son propre génome. En effet, il convient de distinguer le génome de l'espèce humaine du génome de l'individu, les manipulations génétiques pouvant modifier le génome humain sans constituer un préjudice pour l'individu mais pour l'espèce humaine. Par exemple, les thérapies géniques germinales conduisent, par une manipulation des cellules de l'individu transmissibles à sa descendance, à modifier le génome de l'espèce humaine. Ces thérapies peuvent présenter un bénéfice pour la santé de l'individu, mais en même temps elles constituent une atteinte au génome de

l'espèce humaine. Aussi, l'article 16-4, alinéa 4, du code civil interdit-il cette pratique biomédicale contraire au respect de l'intégrité de l'espèce humaine. Il est donc possible de considérer que l'exigence que la personne morale soit ordonnée à la défense d'intérêts collectifs distincts des intérêts individuels des membres qui la composent est ici respectée. La jurisprudence ne reprend pas cette première condition. Elle en fixe une autre qui est l'exigence d'une activité licite. Or, cette condition est également remplie puisque le législateur lui-même reconnaît la nécessité de protéger le génome de l'espèce humaine en consacrant le principe d'intégrité de l'espèce humaine et en créant des infractions spécifiques, les crimes contre l'espèce humaine.

Si l'espèce humaine remplit la première condition posée par la théorie doctrinale de la réalité technique de la personnalité morale et la condition de la licéité des activités posée par la jurisprudence, en revanche, elle semble difficilement remplir celle relative à l'organisation de base, condition posée tant par la doctrine que par la jurisprudence. En effet, il faut qu'elle ait une organisation de base qui lui donne pleinement corps. Autrement dit, il faut qu'elle ait une faculté d'expression collective des intérêts autour desquels elle est centrée⁴², une organisation permettant de dégager la volonté propre de l'être moral⁴³. Il est permis de douter de cette qualité de l'espèce humaine dans la mesure où il est difficile d'y voir une organisation de base. L'espèce humaine est dépourvue à ce jour d'une structure juridique comportant notamment des représentants légaux. En ce sens, dans deux arrêts du 22 mars et 18 juillet 1979, la Cour de cassation a refusé la personnalité civile aux sections syndicales parce qu'elles n'étaient pas dotées d'un organe d'expression⁴⁴.

Il en résulte que, pour que l'espèce humaine se voit reconnaître la qualité de personne morale, il faut soit que le législateur intervienne pour la lui reconnaître expressément, soit que la jurisprudence le fasse en admettant qu'elle dispose d'une organisation de base, ce qui semble *a priori* difficile. Pourtant, cette reconnaissance présenterait un intérêt dans la mesure où la personnalité morale permet l'autonomisation, l'individualisation et la personnalisation juridiques⁴⁵. Surtout, l'attribution de cette qualité à l'espèce humaine semble aller de soi au regard du concept de sujet de droit.

B - Une vocation théorique à être sujet de droit - L'espèce humaine pourrait être considérée comme un sujet de droit, selon la définition donnée par Demogue à cette notion⁴⁶. Selon cet auteur, se demander qui est sujet de droit revient à se poser la question: dans quel but existe le droit? Le droit subjectif a, selon lui, pour mission de protéger un intérêt et non une volonté, cette dernière n'étant nécessaire que pour la mise en œuvre du droit. Ainsi, «la qualité de sujet de droit appartient aux intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité. Le *substratum* essentiel est ici l'intérêt protégé»⁴⁷. Partant de là, Demogue ne voit aucune raison pour que la qualification de sujet de droit soit limitée aux seuls hommes actuellement vivants: «Cette conception terre à

(37) *Ibid.*, p. 342. Sur la théorie de la réalité technique, V. L. Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, t. 1: Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales, LGDJ, 3e éd., 1932, 523 p.

(38) G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 28.

(39) D. 1954, p. 217, note G. Levasseur; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine; Dr. soc. 1954, p. 161, note P. Durand.

(40) B. Teyssié, *op. cit.*, p. 313. Sur ces deux conditions, V. notamment: R. Martin, Personne et sujet de droit, RTD civ. 1981, p. 785.

(41) A titre d'exemple, la Cour de cassation a reconnu la personnalité morale au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (Cass. soc. 17 avr. 1991, Dr. soc. 1991, p. 516; JCP 1991, II, 21700, note H. Blaise) et au comité de groupe constitué conformément aux dispositions des art. L. 439-1 et suivants c. trav. (Cass. soc. 23 janv. 1990, Dr. soc. 1990, p. 326, obs. J. Savatier; JCP éd. E 1990, II, 15755, note M. Névot; D. 1990, IR p. 44).

(42) G. Cornu, *op. cit.*, p. 342.

(43) G. Lambert, La personnalité juridique de la masse, JCP 1960, I, 1568.

(44) Cass. soc. 22 mars et 18 juill. 1979, Dr. soc. 1980, p. 44, obs. J. Savatier.

(45) J. Paillussseau, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 709.

(46) R. Demogue, La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences, RTD civ. 1906, p. 611.

(47) R. Demogue, *op. cit.*, p. 630.

terre peut être abandonnée parce qu'il y a intérêt à le faire et dans la mesure où il y a utilité à agir ainsi»⁴⁸. Il considère que la qualité de sujet de droit peut dès lors être attribuée notamment aux morts et aux générations futures. Simplement, une distinction doit être établie entre, d'une part, les sujets de jouissance, «qui peuvent s'étendre au-delà de l'humanité, à tout être capable de souffrir»⁴⁹ et, d'autre part, les sujets de disposition qui sont limités à l'humanité raisonnable, aux personnes aptes à faire raisonnablement des actes juridiques. Il en résulte que, sont exclus de l'aptitude à être sujets de jouissance les seuls objets inanimés qui sont incapables de souffrir⁵⁰. Cette acception de la notion de sujet de droit rejoint celle développée par les partisans de la thèse écocentrique. Selon cette thèse, la nature aurait une valeur intrinsèque et commanderait par conséquent un nouveau type de moralité. La notion de sujet de droit pourrait alors être étendue à l'ensemble des vivants, des êtres sentants et notamment aux générations futures.

Suivant ce courant doctrinal, l'espèce humaine pourrait être qualifiée de sujet de droit. Cette qualification résulte de ce que le législateur a reconnu qu'il y avait un intérêt à protéger (l'intégrité de l'espèce humaine) et de ce que l'espèce bénéficie de cette aptitude à souffrir. L'espèce humaine serait alors une personne juridique, titulaire de droits. La difficulté tient à ce que l'espèce humaine, en tant qu'entité abstraite regroupant l'ensemble des êtres humains vivants et à venir, semble difficilement pouvoir agir en justice pour obtenir le respect de ses droits. Selon Léon Michoud, pour qu'il y ait droit subjectif, il faut que la réalisation en soit obtenue par un moyen à la disposition du sujet ou de son représentant. L'espèce humaine n'aurait dès lors qu'un droit reflet. Le droit reflet est défini comme les avantages que les particuliers peuvent avoir à l'observation de la loi par les pouvoirs publics, sans qu'il y ait de moyen juridique pour obtenir cette observation⁵¹. Il en va ainsi pour le principe d'intégrité de l'espèce humaine. L'espèce humaine a un intérêt à l'observation de ce principe par l'Etat, mais aussi par les personnes privées, sans pour autant qu'elle ait un moyen juridique pour obtenir le respect de ce principe. Dans le droit subjectif, à la différence du droit reflet, une action judiciaire est concédée⁵².

Le risque alors est que le principe d'intégrité de l'espèce humaine ne soit considéré que comme un de «ces intérêts demi-protégés qui peuvent être fréquents dans les relations sociales, et dont le droit ne peut donner la traduction sur le terrain juridique que par cette situation intermédiaire d'un intérêt reconnu, mais sans défenseur attiré»⁵³. Dans de telles situations, René Demogue considère que si l'intérêt protégé ne devient pas un droit subjectif, ce n'est pas pour une raison technique, car le défaut qu'il présente aurait pu facilement disparaître, mais parce que cet intérêt est peu considéré⁵⁴. Il en résulte que «le droit en germe périra comme une graine qu'on ne sème point»⁵⁵. C'est ce qu'il en est pour le principe d'intégrité de l'espèce humaine.

Il y avait en germe dans ce principe un droit de l'espèce humaine à la protection de son génome, mais, faute pour le législateur d'avoir reconnu à l'espèce humaine la qualité de sujet de droit, ce droit a péri en quelque sorte avant même d'être apparu. Le législateur aurait pu désigner un représentant de l'espèce humaine chargé d'agir en justice en son nom. L'espèce humaine aurait ainsi pu être qualifiée de sujet de jouissance et son représentant de sujet de disposition du droit. Cependant, à défaut d'une telle désignation soit par la loi, soit par la jurisprudence, l'espèce humaine ne peut pas être reconnue comme un sujet de droit à part entière.

L'espèce humaine apparaît alors, selon l'expression de Jean Carbonnier, comme un non-sujet de droit en ce qu'elle a vocation théorique à être un sujet de droit mais est empêchée de l'être par un mouvement d'inhibition⁵⁶. Le législateur français lui reconnaît bien une existence juridique et lui assure la protection de son intégrité, mais il ne va pas jusqu'à la conclusion logique de cette intégration dans le code civil, à savoir la reconnaissance de la qualité de sujet de droit. L'espèce humaine est en même temps «hors du droit et dans le juridique»⁵⁷, elle est non-sujet parce que privée de droits subjectifs mais néanmoins sujet parce qu'elle est assujetti au droit objectif⁵⁸. Pourtant rien ne s'oppose à ce que l'espèce humaine se voie attribuer la qualité de sujet de droit. En effet, la notion de sujet de droit est évolutive dans la mesure où le législateur a pu l'attribuer au fil du temps et des besoins sociaux ou économiques. Ainsi, «le sujet de droit fut au début tout simplement un être humain possédant un certain nombre de caractéristiques physiques et sociales. Puis, par les mécanismes d'associations, d'abstractions et surtout d'analogie, on en est arrivé à concevoir comme sujet de droit deux ou plusieurs hommes associés par une tâche ou un intérêt commun, enfin des groupements de plus en plus élargis et abstraits, jusqu'à en arriver à des sujets de droit totalement fictifs, comme le Fisc, la Couronne, l'Etat ou d'autres personnes morales»⁵⁹. Il apparaît dès lors possible et nécessaire que le législateur vienne combler cette lacune en reconnaissant à l'espèce humaine la personnalité juridique, la qualité de sujet de droit, de sujet de jouissance.

La détermination de la qualification juridique de l'espèce humaine constitue une nouvelle interrogation pour le juriste alors même qu'il n'a pas encore réussi à déterminer celle de l'embryon et du fœtus. Cependant, plutôt que de complexifier le débat juridique, cette recherche pourrait être un moyen de le simplifier. En effet, si la Cour européenne a récemment refusé de trancher la question de savoir si l'enfant à naître est une personne, elle a pour autant précisé que, en raison de son appartenance à l'espèce humaine, il devait recevoir une protection particulière au nom de la dignité humaine⁶⁰. Elle semble ainsi situer le débat autour de la notion d'espèce humaine, laissant reposer sur cette dernière tout le débat juridique. ■

(48) *Ibid.*, p. 631.

(49) *Ibid.*, p. 621.

(50) *Idem.*

(51) R. Demogue, *op. cit.*, p. 643. V. également sur ce point: S. Goyard-Fabre, *Sujet de droit et objet de droit: défense de l'humanisme*, Cah. phil. pol. et jur. 1992, n° 22, préc., p. 27-28. Cet auteur utilise l'expression de droits-réflexes.

(52) Demogue, *op. cit.*, p. 642-643.

(53) *Ibid.*, p. 644.

(54) *Idem.*

(55) *Idem.*

(56) Sur la notion de non-sujet de droit, V. J. Carbonnier, *Sur les traces du non-sujet de droit*, in Arch. phil. droit, t. 34, préc., p. 197 s.

(57) J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 203.

(58) *Idem.*

(59) C. Grzegorzczak, *Le sujet de droit: trois hypostases*, in Arch. phil. droit, t. 34, préc., p. 22-23.

(60) CEDH 8 juill. 2004, *Vo cl France*, D. 2004, Jur. p. 2456, note J. Pradel, *Somm.* p. 2535, obs. I. Berro-Lefèvre, et *Somm.* p. 2754, obs. G. Roujou de Boubée, et Chron. p. 2851, par E. Serverin; RTD civ. 2004, p. 714, obs. J. Hauser, et p. 799, obs. J.-P. Marguénaud; JCP 2004, Actual. 379, p. 1361; N. Fricero, *Selon l'article 2 de la Convention européenne, les Etats ont l'obligation positive de protéger effectivement le fœtus, non de reconnaître à ce dernier la personnalité juridique*, RJPF sept. 2004, p. 25 s.



Doctrines

VIE PRIVÉE

Les progrès de la liberté de l'image des personnes en 2004 (les évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation en 2004)

par Théo Hassler

Professeur des Universités, avocat au barreau de Strasbourg

L'ESSENTIEL

L'année 2004 aura été marquée par un élargissement de la liberté de l'image, mouvement initié par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation. En particulier l'exception dite du droit à l'information du public semble désormais surannée, absorbée qu'elle est dans la notion plus large dite de débat de société. L'année 2005 verra-t-elle la première Chambre civile emboîter le pas de la deuxième Chambre ?

 **1 - Rappel** - En 2003 un important arrêt de la deuxième Chambre civile, que nous avons analysé dans ces colonnes ¹, avait marqué une avancée significative de la liberté de l'image. Après avoir proclamé, à titre de principe, le droit de toute personne de s'opposer à la publication de son image en 1998, l'année 2003 pouvait s'interpréter comme un recentrage, un reflux relatif du monopole des individus sur leur image. La deuxième Chambre civile avait confirmé, ce que l'on pouvait pressentir dès 2001, qu'une image, qui heurte le droit de tout un chacun au respect de la vie privée, est licite pourvu qu'elle puisse se prévaloir du droit du public à l'information.

L'année 2004 aura confirmé la tendance amorcée l'année précédente. L'évolution du mouvement favorable à la liberté de l'image s'est poursuivie, et même considérablement amplifiée. Mais cette fois-ci l'impulsion est principalement due à la deuxième Chambre civile, la même qui, en 2003, avait déjà fait progresser la liberté de l'image des biens en refusant de faire de cette dernière un attribut du droit de propriété ², solution qu'entérina ensuite l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ³.

La deuxième Chambre civile a restreint le monopole de l'individu sur son image et cela dans deux directions : elle a non seulement étendu le domaine de l'exception dite du « droit à l'information du public », mais elle a encore rétracté l'exception de l'exception relative au respect de la dignité humaine. Autrement dit, le risque de voir une image déclarée être illicite pour atteinte à la dignité humaine s'est atténué, ce qui, par contrecoup, amplifie la liberté de l'image.

2 - Le droit à l'information du public dilué au sein d'un ensemble plus large : le « débat de société » - Jusqu'à cette année 2004, l'image était normalement affranchie de toute exigence de consentement lorsqu'elle pouvait se recommander d'illustrer un fait d'actualité. Le maniement de ce critère est

malaisé, car les questions de frontière sont nombreuses : par exemple, prendre la photo d'un journaliste présentateur vedette de télévision, dans la rue, pour illustrer un reportage sur les remous au sein de la rédaction de son entreprise relève-t-il d'un fait d'actualité ?

Est-ce ce qui a poussé certaines juridictions du fond à envisager un élargissement de ce critère aux hypothèses d'illustration de thèmes d'intérêt général ? En tout cas, le Tribunal de grande instance de Paris ⁴ a œuvré en ce sens : des photos d'anonymes avaient été prises, sans consentement, dans le métro pour illustrer le livre d'un sociologue. Le tribunal a validé la pratique sur le terrain de l'article 10 de la Convention européenne. Du même tonneau, on peut mentionner l'image d'un professionnel cycliste courant le Tour de France, photo utilisée pour l'illustration d'un manuel scolaire relatif à la diététique ⁵.

Ces deux décisions étaient prémonitoires. Quelques jours plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme rendait une décision remarquable dans l'affaire *Von Hannover* ⁶, avec une motivation dont la parenté est proche de celle des jugements du Tribunal de grande instance de Paris. Etaient en cause des photos relatives à la vie privée de la princesse Caroline de Monaco publiée par un journal allemand de *press people*. Le magazine, qui s'était vu condamner par les juridictions allemandes, exerça un recours sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne relatif à la liberté d'expression. En vain, car la Cour souligna qu'il s'agissait d'informations très personnelles, voire intimes, et non pas « d'idées ». La leçon est claire : la vie privée des célébrités n'est pas en soi un débat d'intérêt général et elles doivent pouvoir bénéficier « d'une espérance légitime » de protection de la vie privée ; en revanche, comme l'avait jugé en 2003 la deuxième Chambre civile ⁷, la vie privée peut, avec tact et décence, être librement évoquée s'il s'agit d'illustrer un débat d'idées ou un fait d'actualité.

(1) Hassler, La liberté de l'image et la jurisprudence récente de la Cour de cassation, D. 2004, Chron. p. 1611, spéc. 1613-1614, à propos de Cass. 2e civ. 11 déc. 2003 (D. 2004, Jur. p. 2596, note Bigot).

(2) Cass. 2e civ. 5 juin 2003, D. 2003, Jur. p. 2461, note Dreyer.

(3) 7 mai 2004, D. 2004, Jur. p. 1545, note Bruguière, p. 1547, note Dreyer, et Somm. p. 2406, obs. Reboul-Maupin.

(4) 2 juin 2004, Légipresse 2004.I.99.

(5) TGI Paris 14 mai 2003, Légipresse 2004.III.157.

(6) CEDH 24 juin 2004, D. 2005, Jur. p. 340, note Halpérin, et 2004, Somm. p. 2538, obs. Renucci ; CCE 2004, n° 147, obs. Lepage.

(7) Cass. 2e civ. 11 déc. 2003, préc., JCP 2004, IV, 1282.

de l'importance du factuel. Les décisions peuvent basculer dans un sens ou un autre, tant la frontière entre ce qui relève de la vie privée ou de faits, soit anodins ¹⁷, soit déjà connus du public, est difficile à tracer, de même d'ailleurs que la ligne de partage entre ce qui dépend d'un fait d'actualité par rapport à ce qui relève strictement de la vie privée.

Si la première Chambre civile n'a pas rendu en 2004 d'arrêts très significatifs, la deuxième Chambre a été saisie à de nombreuses reprises et a rendu une batterie d'arrêts, qui peuvent paraître parfois incompréhensibles les uns par rapport aux autres (ce d'autant plus que l'observateur n'est pas en possession des détails du dossier, que les magistrats, eux, ont entre leurs mains), mais qui, au total, révèlent une démarche cohérente si l'on prend la peine d'en suivre les méandres. L'importance du factuel est renforcée par le fait que la jurisprudence tient compte des circonstances fautives dans lesquelles les images ont été prises, ce qui contribue à brouiller les critères juridiques. Mais, ce faisant, la Cour de cassation ne fait que tenir compte de circonstances que la Cour européenne des droits de l'homme a elle-même retenues dans l'affaire *Von Hannover*, à savoir :

- le climat de « harcèlement continu » dont les célébrités sont parfois l'objet ;
- la prise d'images « de manière clandestine », notamment grâce à un téléobjectif ;
- à quoi la Cour européenne aurait pu ajouter un facteur, qui n'est pas nécessairement décisif dans la solution à rendre, mais qui a été souvent été évoqué par la deuxième Chambre civile en 2004 : le détournement d'images de leur contexte.

Dans le vivier des arrêts, publiés ou non au *Bulletin*, et disponibles sur le site *Légifrance* pêchons quelques spécimens.

Dans une première affaire, du 19 février 2004 ¹⁸, une actrice tenait un bébé dans les bras et l'article évoquait sa prochaine maternité. La photo datait de quelque temps et avait été tirée d'un dossier de presse. La cour d'appel avait condamné l'éditeur parce que l'usage de la photo était autre que celui ayant présidé à l'autorisation originelle. Le pourvoi contre l'arrêt est rejeté, non sans que la deuxième Chambre ait fait remarquer que la liberté d'expression n'avait pas été soulevée dans le pourvoi. De là à affirmer que l'arrêt aurait pu être cassé au motif que le fait qu'une actrice soit enceinte, dès lors que l'état de grossesse est visible, est un fait d'actualité que l'on peut illustrer en exhumant une photo ancienne ¹⁹, il y a un pas qu'il est tentant de franchir. Il n'est cependant pas certain que le raisonnement *a contrario* soit exact. En effet, dans de nombreux cas, la deuxième Chambre civile, à l'inverse des juridictions du fond, se refuse à invoquer un « fait d'actualité » dès lors qu'une célébrité est en cause ²⁰, alors qu'au contraire elle s'y réfère généralement si l'image concerne un *quidam* ²¹. Cette différence est peut-être due au fait qu'il est difficile de déterminer qui de l'actualité ou de l'évoca-

tion de la vie privée prévaut lorsque ce sont des personnes célèbres qui sont en cause. Mais, même lorsque la deuxième Chambre civile ne fait pas référence au fait d'actualité, elle ne manque jamais d'exiger, pour le moins, qu'il y ait un « lien direct » entre l'événement couvert et la photo diffusée ²². Au total, cet arrêt est difficile à interpréter si on le compare à d'autres ; il semble cependant qu'un fait relevant de la vie privée puisse, parfois, être invoqué comme fait d'actualité relevant du droit à l'information du public.

Dans trois affaires ²³ des 10 et 18 mars 2004 (deux affaires), la deuxième Chambre a jugé illicites des photographies de célébrités prises lors de manifestations publiques, mais sans motif d'actualité, servant à illustrer des articles touchant à la vie privée. Pour renforcer la solution, la Cour relève, encore que cela nous semble superfétatoire, dans un cas que les photos avaient été détournées de leur contexte, dans un autre que les clichés avaient été faits au téléobjectif à l'insu des personnes. Il est donc clair que des images, même anodines, même prises dans un lieu public ou lors d'une manifestation publique, sont illicites si elles servent, sans nécessité d'actualité, à illustrer un article relatif à la vie privée d'une célébrité. Ces trois affaires sont la contre-épreuve de celle évoquée ci-dessus (19 févr. 2004) : en général la vie privée des célébrités ne peut se recommander du droit à l'information du public, même pour des images saisies dans un lieu public ou lors d'une cérémonie officielle.

Tous ces arrêts, par le luxe de détails dans la motivation, font montre de la propension à contrôler toutes les circonstances de fait : cela incite à penser que la Cour de cassation s'érige pratiquement en un troisième degré de juridiction lorsque la vie privée des « stars » est en cause.

C'est peut-être là le seul particularisme et le seul traitement de faveur dont les célébrités peuvent se prévaloir. Pour le reste on ne retrouve pas la distinction, faite en droit allemand, entre « les personnalités absolues » et « personnalités relatives » ²⁴. Au demeurant, peu importe, puisque la solution adoptée par les juridictions allemandes dans l'affaire *Von Hannover* aurait sans doute été similaire en France. La jurisprudence sur la *press people* semble donc être homogène si l'on compare les décisions allemandes et françaises au regard de la décision rendue par la Cour européenne.

Reste un constat : la *press people* n'a guère profité en 2004 de la plus grande liberté accordée à l'image. Cela est dû aux fréquentes violations du droit au respect de la vie privée qui accompagnent généralement les images, mais on ne doit sans doute pas oublier non plus que le contenu et les méthodes de cette presse aident à faire office de repoussoir. Toujours est-il qu'il résulte de cet état de fait que, sur ce terrain, le rapprochement avec le droit anglo-saxon n'est pas pour demain. ■

(17) Alors que les juridictions du fond font souvent mention de ce que les faits relatés étaient anodins, la Cour de cassation semble préférer s'en tenir à l'appréciation selon laquelle il n'y a pas eu atteinte à la vie privée. V. par exemple l'affaire du mariage de Claire X, Cass. 2e civ. 8 juill. 2004, Bull. civ. II, n° 388 ; D. 2004, IR p. 2694.

(18) (Cass. 2e civ.), D. 2004, Jur. p. 2596, note Bigot.

(19) L'arrêt de la deuxième Chambre civile de 2003, évoqué en note 1, indiquait déjà que l'on peut réactualiser une photo ancienne, pourvu bien évidemment que l'on n'en déforme pas le contexte.

(20) V. par exemple Cass. 2e civ. 19 févr. 2004, Bull. civ. II, n° 72 ; D. 2004, Jur. p. 2596, note Bigot, et 8 juill. 2004, 2 arrêts, Bull. civ. II, n° 388, préc., et n° 389.

(21) V. par exemple Cass. 2e civ. 30 juin 2004, D. 2004, IR p. 2350, et 25 nov. 2004, pourvoi n° 02-20.424.

(22) Cass. 2e civ. 8 juillet 2004, préc., note 20, et 30 juin 2004, préc., note 21. Dans ce dernier arrêt, il s'agissait de photos de personnes soupçonnées de dopage dans le secteur des courses hippiques, photos utilisées pour un article consacré au dopage dans le monde cycliste. Le pourvoi contre la décision de condamnation de l'éditeur a été rejeté au motif d'un changement de contexte et d'une absence de lien direct entre l'image et le sujet traité.

(23) Ces affaires sont évoquées par Me Bigot, note préc., D. 2004, Jur. p. 2599, note 18.

(24) Souligné par Mme Lepage, V. note 6.

de l'importance du factuel. Les décisions peuvent basculer dans un sens ou un autre, tant la frontière entre ce qui relève de la vie privée ou de faits, soit anodins ¹⁷, soit déjà connus du public, est difficile à tracer, de même d'ailleurs que la ligne de partage entre ce qui dépend d'un fait d'actualité par rapport à ce qui relève strictement de la vie privée.

Si la première Chambre civile n'a pas rendu en 2004 d'arrêts très significatifs, la deuxième Chambre a été saisie à de nombreuses reprises et a rendu une batterie d'arrêts, qui peuvent paraître parfois incompréhensibles les uns par rapport aux autres (ce d'autant plus que l'observateur n'est pas en possession des détails du dossier, que les magistrats, eux, ont entre leurs mains), mais qui, au total, révèlent une démarche cohérente si l'on prend la peine d'en suivre les méandres. L'importance du factuel est renforcée par le fait que la jurisprudence tient compte des circonstances factives dans lesquelles les images ont été prises, ce qui contribue à brouiller les critères juridiques. Mais, ce faisant, la Cour de cassation ne fait que tenir compte de circonstances que la Cour européenne des droits de l'homme a elle-même retenues dans l'affaire *Von Hannover*, à savoir :

- le climat de « harcèlement continu » dont les célébrités sont parfois l'objet ;
- la prise d'images « de manière clandestine », notamment grâce à un téléobjectif ;
- à quoi la Cour européenne aurait pu ajouter un facteur, qui n'est pas nécessairement décisif dans la solution à rendre, mais qui a été souvent évoqué par la deuxième Chambre civile en 2004 : le détournement d'images de leur contexte.

Dans le vivier des arrêts, publiés ou non au *Bulletin*, et disponibles sur le site *Légifrance* pêchons quelques spécimens.

Dans une première affaire, du 19 février 2004 ¹⁸, une actrice tenait un bébé dans les bras et l'article évoquait sa prochaine maternité. La photo datait de quelque temps et avait été tirée d'un dossier de presse. La cour d'appel avait condamné l'éditeur parce que l'usage de la photo était autre que celui ayant présidé à l'autorisation originelle. Le pourvoi contre l'arrêt est rejeté, non sans que la deuxième Chambre ait fait remarquer que la liberté d'expression n'avait pas été soulevée dans le pourvoi. De là à affirmer que l'arrêt aurait pu être cassé au motif que le fait qu'une actrice soit enceinte, dès lors que l'état de grossesse est visible, est un fait d'actualité que l'on peut illustrer en exhumant une photo ancienne ¹⁹, il y a un pas qu'il est tentant de franchir. Il n'est cependant pas certain que le raisonnement *a contrario* soit exact. En effet, dans de nombreux cas, la deuxième Chambre civile, à l'inverse des juridictions du fond, se refuse à invoquer un « fait d'actualité » dès lors qu'une célébrité est en cause ²⁰, alors qu'au contraire elle s'y réfère généralement si l'image concerne un *quidam* ²¹. Cette différence est peut-être due au fait qu'il est difficile de déterminer qui de l'actualité ou de l'évoca-

tion de la vie privée prévaut lorsque ce sont des personnes célèbres qui sont en cause. Mais, même lorsque la deuxième Chambre civile ne fait pas référence au fait d'actualité, elle ne manque jamais d'exiger, pour le moins, qu'il y ait un « lien direct » entre l'événement couvert et la photo diffusée ²². Au total, cet arrêt est difficile à interpréter si on le compare à d'autres ; il semble cependant qu'un fait relevant de la vie privée puisse, parfois, être invoqué comme fait d'actualité relevant du droit à l'information du public.

Dans trois affaires ²³ des 10 et 18 mars 2004 (deux affaires), la deuxième Chambre a jugé illicites des photographies de célébrités prises lors de manifestations publiques, mais sans motif d'actualité, servant à illustrer des articles touchant à la vie privée. Pour renforcer la solution, la Cour relève, encore que cela nous semble superfétatoire, dans un cas que les photos avaient été détournées de leur contexte, dans un autre que les clichés avaient été faits au téléobjectif à l'insu des personnes. Il est donc clair que des images, même anodines, même prises dans un lieu public ou lors d'une manifestation publique, sont illicites si elles servent, sans nécessité d'actualité, à illustrer un article relatif à la vie privée d'une célébrité. Ces trois affaires sont la contre-épreuve de celle évoquée ci-dessus (19 févr. 2004) : en général la vie privée des célébrités ne peut se recommander du droit à l'information du public, même pour des images saisies dans un lieu public ou lors d'une cérémonie officielle.

Tous ces arrêts, par le luxe de détails dans la motivation, font montre de la propension à contrôler toutes les circonstances de fait : cela incite à penser que la Cour de cassation s'érige pratiquement en un troisième degré de juridiction lorsque la vie privée des « stars » est en cause.

C'est peut-être là le seul particularisme et le seul traitement de faveur dont les célébrités peuvent se prévaloir. Pour le reste on ne retrouve pas la distinction, faite en droit allemand, entre « les personnalités absolues » et « personnalités relatives » ²⁴. Au demeurant, peu importe, puisque la solution adoptée par les juridictions allemandes dans l'affaire *Von Hannover* aurait sans doute été similaire en France. La jurisprudence sur la *press people* semble donc être homogène si l'on compare les décisions allemandes et françaises au regard de la décision rendue par la Cour européenne.

Reste un constat : la *press people* n'a guère profité en 2004 de la plus grande liberté accordée à l'image. Cela est dû aux fréquentes violations du droit au respect de la vie privée qui accompagnent généralement les images, mais on ne doit sans doute pas oublier non plus que le contenu et les méthodes de cette presse aident à faire office de repoussoir. Toujours est-il qu'il résulte de cet état de fait que, sur ce terrain, le rapprochement avec le droit anglo-saxon n'est pas pour demain. ■

(17) Alors que les juridictions du fond font souvent mention de ce que les faits relatés étaient anodins, la Cour de cassation semble préférer s'en tenir à l'appréciation selon laquelle il n'y a pas eu atteinte à la vie privée. V. par exemple l'affaire du mariage de Claire X, Cass. 2e civ. 8 juill. 2004, Bull. civ. II, n° 388 ; D. 2004, IR p. 2694.

(18) (Cass. 2e civ.), D. 2004, Jur. p. 2596, note Bigot.

(19) L'arrêt de la deuxième Chambre civile de 2003, évoqué en note 1, indiquait déjà que l'on peut réactualiser une photo ancienne, pourvu bien évidemment que l'on n'en déforme pas le contexte.

(20) V. par exemple Cass. 2e civ. 19 févr. 2004, Bull. civ. II, n° 72 ; D. 2004, Jur. p. 2596, note Bigot, et 8 juill. 2004, 2 arrêts, Bull. civ. II, n° 388, préc., et n° 389.

(21) V. par exemple Cass. 2e civ. 30 juin 2004, D. 2004, IR p. 2350, et 25 nov. 2004, pourvoi n° 02-20.424.

(22) Cass. 2e civ. 8 juillet 2004, préc., note 20, et 30 juin 2004, préc., note 21. Dans ce dernier arrêt, il s'agissait de photos de personnes soupçonnées de dopage dans le secteur des courses hippiques, photos utilisées pour un article consacré au dopage dans le monde cycliste. Le pourvoi contre la décision de condamnation de l'éditeur a été rejeté au motif d'un changement de contexte et d'une absence de lien direct entre l'image et le sujet traité.

(23) Ces affaires sont évoquées par Me Bigot, note préc., D. 2004, Jur. p. 2599, note 18.

(24) Souligné par Mme Lepage, V. note 6.