

M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris, PUF, 2018, 350 p.

Xavier Dijon

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2018/2 Volume 81 , PAGES 407 À 412  
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.081.0407

Date de mise en ligne : 05/03/2019

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2018-2-page-407?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*,  
Paris, PUF, 2018, 350 p.**

Xavier DIJON

Professeur émérite  
Faculté de droit  
Université de Namur

M. Fabre-Magnan, professeure à Paris I, s'est déjà signalée en 2007 dans la *Revue* par un article sur « la dignité en Droit : un axiome » (*RIEJ*, 2007/1). L'auteure reprend le sujet dans le présent ouvrage mais, cette fois, comme l'aboutissement d'une démarche qui parcourt tour à tour la *généalogie de la liberté*, les *leures du tout consentement*, le *retournement de la liberté* et le *rôle de l'interdit*. C'est que la liberté est décidément trop précieuse pour être livrée à elle-même ; elle appelle une *institution*, celle – précisément – que lui donne le droit pour lui éviter de se perdre.

Le propos est courageux dans la mesure où, aujourd'hui, la défense des libertés individuelles semblerait vouloir écarter toujours davantage les contraintes d'un ordre social qui la déborde. En effet, de *négative* qu'elle était, au sens où elle jouissait d'un espace où personne ne viendrait l'entraver, la liberté se veut aujourd'hui plus *positive*, afin d'exercer son autonomie dans les domaines de plus en plus larges que lui ouvrent, tantôt le Conseil constitutionnel, tantôt – d'ailleurs parfois sous l'influence du modèle nord-américain – la Cour européenne des droits de l'homme. Mais l'évolution n'est pas toujours heureuse : avec l'extension du droit à l'autonomie personnelle, « c'est toute la construction des droits de l'homme qui peut en réalité se retrouver retournée » (p. 51).

L'analyse du consentement confirme le danger. Présenté assez spontanément comme figure de la liberté, le consentement enclenche tout de même, dans l'institution du contrat, l'obligation de respecter *comme une loi* les termes de la convention. Dès lors qu'on ferait de ce consentement le seul critère de légitimité des actes, le piège risquerait de se refermer sur celle des deux parties en situation d'inégalité par rapport à l'autre, car, ainsi que le savent depuis longtemps les juristes, les dépendances existent bel et bien : du travailleur envers son employeur, du malade envers son médecin, du consommateur à l'égard du producteur de puissantes technologies. D'autant que le consentement n'est pas toujours le résultat d'un choix

véritablement autonome, puisque l'individu transparent à lui-même est « un mythe ». Si, à cet égard, le droit des contrats fournit des outils performants en sanctionnant les vices du consentement, qu'en est-il, par exemple, de la demande d'euthanasie, du don d'organes, ou encore du consentement aux relations sexuelles ?

Face au besoin de protection juridique des sujets les plus faibles, l'auteure ne tient tout de même pas à essentialiser les vulnérabilités, au détriment, par exemple, des femmes ou des personnes handicapées, car une personne peut sans doute s'avérer vulnérable dans un acte, mais forte dans une autre situation. Il restera donc au juge (de Strasbourg et d'ailleurs) à apprécier, en fonction des préjugés de la société, quels consentements méritent d'être accueillis comme justification de l'acte engagé (en matière de gestation pour autrui, par exemple, ou dans la demande d'euthanasie) et quels autres doivent être écartés (tel celui de la femme qui *accepte* le port du voile) au nom de la garantie des droits fondamentaux, censés universels.

L'homme est ainsi fait que sa liberté peut se retourner contre elle-même ou contre celle d'autrui. La pression du marché est forte aujourd'hui, tendant à rendre les gens propriétaires d'eux-mêmes – en particulier de leur corps – pour qu'ils puissent se vendre *en toute liberté* : on ne s'étonnera pas de ce que les sujets les plus pauvres soient les victimes de pareille évolution. Dans les nouvelles formes d'esclavage (défini comme le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété), l'auteure n'hésite pas à ranger le matériau biologique humain (gamètes, organes), de même que la gestation pour autrui. Certes, les philosophes et juristes libertariens ne trouvent rien à redire à la servitude, pourvu qu'elle soit volontaire, mais est-ce bien ainsi qu'il faut concevoir la liberté ? Déjà en 2005, l'auteure avait commenté en termes sévères au recueil Dalloz l'arrêt *K.A. et A.D. c/ Belgique* dans lequel la Cour de Strasbourg laissait entendre que la condamnation des pratiques sadomasochistes violentes ne pouvait reposer que sur le défaut de consentement de la victime qui a subi ce traitement *inhumain et dégradant*. Tout serait-il donc permis, du seul fait que les parties sont consentantes ? La question commence à se poser, dit l'auteure, à propos de l'inceste ou de l'euthanasie. D'où l'intérêt des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme qui posent non seulement des limites spécifiques à l'exercice des différents droits reconnus, mais encore la limite générale de l'art. 17 qui interdit d'invoquer un *droit humain* pour en annihiler un autre. L'interdit, précisément, n'a pas toujours bonne presse, mais n'est-il pas là pour maintenir les conditions de la liberté elle-même ? Et ne serait-il pas contradictoire de réclamer, en droit, la liberté de n'être plus sujet de droit ?

Cela dit, l'auteure ne peut-elle pas se voir encourir alors le reproche de paternalisme ? Mais une telle qualification « sert en réalité souvent à justifier une indifférence grandissante au sort d'autrui » (p. 184). Ainsi, le principe d'indisponibilité du corps ne vise pas tant la protection de la personne contre elle-même que, plutôt, la garantie de sa protection contre les dominations de la part d'autrui, surtout quand cet autrui prend le nom des puissantes multinationales de la technologie qui entendent imposer partout où elles le peuvent la *rationalité* normalisante du marché.

On l'aura compris : au long des divers exemples tirés de la jurisprudence, l'auteure entend cerner la part d'*institution* que le droit offre à la liberté pour lui permettre d'être elle-même.

Mais que répondre à cette même liberté qui, ne voulant en faire qu'à sa tête, ne voit là qu'insupportable contrainte ? Faudra-t-il alors descendre jusqu'aux fondements de l'ordre juridique, à ce *principe de dignité* invoqué par l'auteure ? Pourtant, ajoute-t-elle, « la dignité se porte de toute évidence mieux lorsqu'elle va de soi et qu'elle va donc sans dire » (p. 246). Qu'est-ce donc que cette valeur qui, pour bien faire, ne devrait guère affleurer dans les dispositions de droit positif, mais qui, finalement, les fonde toutes ? On songe ici à cette *constitution de l'humain* dans laquelle François Ost voit la finalité extrinsèque suprême du droit (*À quoi sert le droit ?*, p. 338). Il s'agirait donc bel et bien de cette humanité de l'homme qui traverse allègrement la célèbre séparation que D. Hume, puis H. Kelsen et tant d'autres auteurs ont dressée entre l'être et le devoir-être. C'est que, poursuit l'auteure, la dignité renvoie à la fois à la *valeur* incommensurable de la personne humaine comme fin en soi et au *statut* qui en découle, imposant un principe de respect à l'égard de tous les humains sans exception. En ce sens, si la dignité inclut la capacité que connaît l'homme de poser librement ses choix, sans y être déterminé comme l'est l'animal, elle ne se réduit tout de même pas à cette liberté, puisqu'elle met précisément ladite liberté au défi de la respecter.

Après ce survol trop rapide de quelques passages-clés de l'ouvrage, nous voudrions revenir sur trois thèmes qui nous paraissent mériter un approfondissement : l'avortement, le mariage homosexuel et le fondement du droit.

M. Fabre-Magnan évoque l'interruption volontaire de grossesse à propos de la vulnérabilité. Alors que la suppression de l'état de détresse comme condition de l'accès de la femme à l'avortement (v. la loi française du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes) a pu marquer, aux yeux de la Ministre des droits de la femme, la véritable

consécration d'un droit à l'avortement, le Conseil constitutionnel français a affirmé, pour sa part, que ce droit existait dès la loi de 1975 puisqu'il revenait à la femme d'apprécier seule si elle se trouve dans cet état de détresse. M. Fabre-Magnan se rallie à cette dernière interprétation, concluant que « les femmes sont aujourd'hui renvoyées à l'image que leur acte est le choix libre résultant de leur seule et entière volonté » (p. 92). Or l'auteure, qui a parlé plus haut du *déni de la dépendance* et du *mythe de l'individu transparent*, n'est certainement pas dupe de cette *seule et entière volonté* de la femme. Mais fallait-il alors poursuivre sur cette fiction en affirmant que, à l'heure où il devient difficile de trouver des médecins disposés à pratiquer l'ivg, une plus grande urgence consiste à « renforcer concrètement les services médicaux prêts à procéder à ce type d'intervention » (p. 92), en vue de rendre effectif ce droit à l'avortement ?

Dans la mesure où le droit institue la liberté, ne doit-il pas prendre davantage en compte, à la fois, la dignité propre du fœtus, d'ailleurs évoquée par l'auteure elle-même (p. 275) et l'aversion croissante d'un certain nombre de praticiens à l'égard d'un geste qui, précisément, porte atteinte à cette dignité ? Le législateur, qui se donne à lui-même la liberté d'effacer symboliquement, en supprimant l'état de détresse, la gravité de l'acte qui coupe la relation entre le fœtus et sa mère, ne donne-t-il pas davantage à entendre que la liberté n'est plus instituée par les liens qui la fondent, et que donc le droit manque à sa tâche ?

L'admission dans la loi positive du mariage homosexuel pose une question semblable. Le sujet est abordé dans l'ouvrage à propos de la *neutralité de l'État*, expression qualifiée par l'auteure d'*oxymore* (p. 214), car si l'État admet certes en son sein la pluralité des convictions, il n'est pas neutre pour autant. Que s'est – il donc passé lorsque la loi du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples de même sexe ? Pour l'auteure, l'État n'a pas alors exercé une impossible *neutralité* à l'égard des choix des couples ; il a, au contraire, porté un *jugement* de valeur, estimant cette ouverture opportune « au regard du changement des valeurs de la société contemporaine » (p. 215). C'est que « le droit suppose des jugements axiologiques ou même moraux, au sens où il doit, même si les limites se discutent et se recherchent souvent par tâtonnement, dire *in fine* ce qui est bien ou mal » (p. 215-216).

Dans ces conditions, il reste la question de savoir d'où provient ce *changement de valeurs* qui a conduit l'État à *tâtonner* de cette façon-là pour dire *le bien*. Sous les dehors d'un jugement de valeur opéré par l'État, gardien du bien commun, cette révolution législative n'exprime-t-elle plutôt

une avancée supplémentaire dans la promotion de la liberté individuelle et, corrélativement, dans la perte du sens du bien commun lui-même ? Pour bouleverser radicalement une institution plurimillénaire consacrant le lien de l'homme et de la femme comme seul lieu d'origine de tous les humains, l'État a-t-il vraiment mis en œuvre un *choix* ? Ou a-t-il plutôt laissé exploser une logique d'égalité et de liberté qui, sans autre repère que leur mutuel appui, devient folle ? Par ailleurs, la preuve du « choix » est-elle attestée, comme le pense l'auteure, par l'exclusion d'autres formes de mariage, tels l'inceste ou la polygamie ? Rien n'est moins sûr ! L'auteur elle-même note les coups de boutoir que la jurisprudence (européenne et française) porte déjà à l'interdiction de l'inceste (p. 166 sv). N'en ira-t-il pas bientôt de même avec la polygamie ?

À propos du fondement de l'ordre juridique, l'auteure tient, comme dans le reste de l'ouvrage, une position très équilibrée : elle affirme, d'une part, que la dignité est un axiome à prendre comme tel, sans pouvoir le démontrer (« le fondement est sans fondement », p. 308), d'autre part, que « le fondement doit nécessairement avoir une substance, c'est-à-dire un contenu minimum pour que la notion ait un sens et fasse sens pour le droit et pour les êtres humains » (p. 315). Contradiction ? Non, tension, plutôt, comme nous l'avons déjà vu plus haut, entre ce *devoir-être* – à la fois indérogeable et indémontrable – qu'est le principe de dignité, et cet *être* qu'est la personne humaine elle-même.

À cet égard, l'auteure affirme logiquement que le système juridique ne peut se contenter d'avoir pour fondement l'hypothèse logico-transcendantale kelsénienne qui déclare obligatoire la norme positive fondamentale (p. 314). Mais elle n'entend pas pour autant se rallier à l'hypothèse du droit naturel, sauf à dire que « tout le monde est nécessairement jusnaturaliste » (p. 326). Pourquoi ce recul ? Peut-être simplement parce que la nature de l'homme a été confondue avec son animalité. L'auteure dit, en effet : « c'est précisément parce que l'homme acquiert (...) son humanité en s'arrachant à son animalité *et donc à la nature* que la liberté doit être instituée » (p. 327, soulignement ajouté). Mais quelle est cette *nature animale* ? la violence de la brute ? ou la condition corporelle elle-même ? En réalité, ce dont l'être humain doit s'arracher, c'est de la violence qui porterait atteinte à la dignité d'autrui. Par contre, si la nature renvoie au corps humain lui-même, il n'est pas possible de parler de ce corps comme d'un objet dont il faudrait *s'arracher*, puisqu'il participe déjà de la dignité de la personne. Or telle est précisément une des intuitions fondamentales du droit naturel dans l'histoire, c'est que l'homme et la femme sont donnés à eux-mêmes dans la

contingence de leur corps, sexué, fécond, mortel. N'est-ce pas précisément de ces données de base qu'il faut partir pour éviter toutes les violences ?

On ne s'étonnera pas, en tout cas, de ce que les exemples choisis par l'auteure pour montrer la nécessaire institution de la liberté par le droit concernent souvent une matière qui touche le corps humain : avortement, changement de sexe, gestation pour autrui, mariage homosexuel, prélèvement d'organes, matériau biologique humain, inceste, sadomasochisme, suicide, euthanasie..., avec tous les débats que l'on range aujourd'hui sous le terme de *bioéthique*. En achevant la lecture du stimulant ouvrage de Muriel Fabre-Magnan, on conclura peut-être que, si le droit doit instituer la liberté, il le fera de la façon la plus *juste* en admettant que, en cette tâche, le corps l'y a déjà précédé.