



HAL
open science

Les bornes de la liberté

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Les bornes de la liberté. Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques, 1998, 84, pp. 15-30. hal-01690682

HAL Id: hal-01690682

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01690682>

Submitted on 23 Jan 2018

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

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

Les bornes de la liberté

par Danièle Lochak

Revue Pouvoirs, n° 84/1998

Parce qu'il n'existe aucun droit qui puisse s'exercer sans limite, aucune liberté qui soit absolue, s'interroger sur les limites de la liberté revient en fait à reposer dans son ensemble la question de la liberté et de ses conditions d'exercice. Force est donc de restreindre le champ de la réflexion. D'abord en postulant que la question n'a d'intérêt que là où la liberté a un sens et une réalité, ce qui conduit à centrer l'analyse sur les démocraties libérales. Ensuite en envisageant les seules limites qui traduisent une volonté explicitement assumée de « mettre des bornes » à la liberté, en laissant de côté les entraves à l'exercice des libertés engendrées par les inégalités sociales ou les phénomènes d'exclusion, ou encore celles qui résultent de l'ineffectivité des garanties - du fait, par exemple, que la justice est trop lente, ou trop chère, ou inaccessible. Pour les mêmes raisons, les « libertés de faire » seront privilégiées par rapport aux « droits-créances », non pas qu'ils ne fassent pas partie du champ des libertés, mais parce qu'il est de leur essence même de ne pouvoir être intégralement assurés : la reconnaissance du droit à la santé, à l'éducation, aux loisirs ou au travail assigné à la collectivité non pas une obligation de résultat mais une obligation de moyens — l'obligation notamment de mettre en place un enseignement gratuit et un système de couverture des risques résultant de la maladie ou du chômage —, obligation elle-même limitée par les contraintes économiques.

Le champ de la réflexion peut donc être circonscrit à partir de la question suivante : quelles sont les bornes que, dans une démocratie, il est légitime, autrement dit qu'on juge nécessaire ou souhaitable, de poser à l'exercice des libertés ? Même ainsi reformulée, la question reste encore vaste et surtout elle peut paraître d'un classicisme — pour ne pas dire d'une banalité — redoutable. N'est-ce pas en ces termes que les révolutionnaires l'avaient déjà posée en rappelant que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits » ? Et la Convention européenne des droits de l'homme ne répond-elle pas à la question, de façon plus élaborée, en énumérant les impératifs qui, « dans une société démocratique », justifient des restrictions aux libertés qu'elle proclame ?

Mais si la question de la *justification* est et reste au cœur de toute réflexion sur les bornes de la liberté, elle ne s'épuise pas dans la simple énumération des impératifs légitimes. La question *au nom de quoi* — au nom de quoi peut-on valablement restreindre la liberté dans une société qui place précisément la liberté en tête de ses valeurs ? — invite à donner toute sa place à une interrogation sur les valeurs qui fondent les choix et les normes qui en découlent. Et l'invitation se fait aujourd'hui d'autant plus pressante que l'éthique, prenant le relais de l'idéologie et de la morale, tend à devenir le référent obligé de toute réflexion sur la liberté, qu'elle soit invoquée pour conforter la liberté ou pour poser des bornes à cette liberté. Mais il faut aussi déterminer la *juste mesure* des contraintes qu'il est légitime d'imposer aux individus : l'idée d'équilibre, on le sait, est consubstantielle à la pensée libérale. Et la reformulation des problèmes en termes d'éthique ne la rend pas caduque, tout au contraire ; mais elle rend plus délicate encore la recherche de cet équilibre entre des exigences contradictoires.

Au nom de quoi ?

La liberté de chacun a pour bornes la liberté d'autrui d'un côté, le bien commun de l'autre : tel est le paradigme fondamental dans lequel s'énonce la problématique classique des restrictions aux libertés. Mais le surgissement de l'impératif éthique fait désormais apparaître en pleine lumière la question des valeurs, jusque-là sous-jacente, en même temps qu'il contribue à brouiller la notion et les frontières du "bien commun".

Le paradigme libéral et la question des valeurs

Des bornes peuvent être légitimement posées aux libertés, soit pour organiser la coexistence entre des libertés qui peuvent entrer en conflit, soit pour concilier l'exercice de la liberté reconnue à chacun avec les exigences de la vie en société. On trouve les prémisses de ce paradigme libéral dans la Déclaration des droits de l'homme lorsqu'elle énonce que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » (art. 4) ou encore que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* » (art. 5). On en retrouve également une expression particulière dans la théorie des pouvoirs de police élaborée par le juge administratif français, articulée autour du principe selon lequel l'exercice des libertés doit se concilier avec le maintien de l'ordre public et qui inspire à son tour la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Au-delà des pouvoirs de police, l'ensemble de la jurisprudence administrative et constitutionnelle montre comment, à l'occasion de chaque espèce, le juge vérifie que les restrictions édictées par l'exécutif ou le législateur sont effectivement justifiées par des impératifs d'intérêt général ou la préservation des libertés d'autrui.

On trouve la formulation la plus élaborée et la plus complète du paradigme libéral dans les conventions internationales relatives aux droits de l'homme — essentiellement dans le Pacte international sur les droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme — qui énumèrent les hypothèses dans lesquelles il est possible de porter atteinte aux droits et libertés qu'ils reconnaissent.

La première hypothèse correspond à l'idée de légitime défense de la société : un Etat est autorisé à "déroger" aux obligations qu'il a souscrites et à suspendre la jouissance des droits proclamés en cas de guerre ou d'autre danger menaçant la vie de la nation. La seconde hypothèse est celle de la déchéance, traduction de la formule bien connue « pas de liberté pour les ennemis de la liberté » : on ne peut se prévaloir des droits reconnus pour accomplir des actes visant à la destruction de ces droits.

Enfin, la plupart des droits énoncés peuvent faire l'objet de restrictions, à condition qu'elles soient prévues par la loi, qu'elles soient édictées dans un but légitime (la protection de la sécurité publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui...), et qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique, la notion de nécessité incluant — on y reviendra plus loin — une idée de proportionnalité.

Cette problématique des impératifs légitimes est sous-tendue, de façon au moins implicite, par la référence à des valeurs : décider de ce qu'on veut protéger et au prix de quelles contraintes pour l'individu, décider du poids respectif que l'on accorde à telle ou telle liberté, à l'ordre et à la liberté c'est faire en choix qui engage des valeurs et une certaine représentation de ce qui est "*nécessaire dans une société démocratique*". D'autant que l'ordre ici visé n'a pas qu'une dimension matérielle mais comporte aussi une dimension immatérielle. La loi fondamentale allemande est particulièrement explicite à cet égard lorsqu'elle énonce par exemple que « chacun a droit au libre développement de sa personnalité pourvu qu'il ne porte pas atteinte... à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale » ou encore que « la liberté de l'enseignement ne dispense pas de la *fidélité à la Constitution* ».

Il y a bien sûr quelque paradoxe, au nom des valeurs démocratiques, à fixer des limites au pluralisme acceptable dans une société qui met précisément le pluralisme en tête de ses valeurs. Pourtant, malgré les dérives auxquelles sa mise en œuvre peut donner lieu, le principe n'en est pas moins admis qu'il est légitime de poser des bornes aux libertés pour préserver certaines valeurs jugées essentielles au maintien du lien social et des institutions politiques.

Ces valeurs essentielles incluent-elles les valeurs morales ? On rappellera pour mémoire qu'en France la doctrine a longtemps débattu du point de savoir si l'ordre public incluait, au-delà de la trilogie classique constituée par la sécurité, la tranquillité et la salubrité publique, la moralité publique, et si l'autorité de police pouvait intervenir, en l'absence de troubles matériels, pour prévenir ou faire cesser le trouble des consciences résultant de faits contraires à la morale ou aux bonnes mœurs. Malgré certaines hésitations, tant le juge que le législateur ont incontestablement tranché la question par l'affirmative¹.

Pendant longtemps, on a également admis que la loi pouvait sanctionner pénalement des comportements considérés comme immoraux par une majorité de la population. En 1955, la commission européenne des droits de l'homme avait estimé que la répression pénale de l'homosexualité ne constituait pas une violation du droit à la protection de la vie privée dès lors que cette ingérence était justifiée par la protection de la morale. A la même époque, en Angleterre, la proposition de dépenaliser les actes homosexuels a donné lieu à une controverse restée célèbre². Elle opposait ceux qui, à l'instar des membres de la commission Wolfenden qui avait conclu en 1957 à la nécessité de cette dépenalisation, estimaient que la fonction du droit pénal n'est pas de chercher à faire respecter un modèle particulier de comportements au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'ordre et la décence publics, à ceux qui prétendaient qu'il est légitime de punir

¹ On peut citer, du côté du législateur, la possibilité de refuser le visa d'exploitation aux films « contraires aux bonnes mœurs ou de nature à avoir une influence pernicieuse sur la moralité publique » ou d'ordonner la fermeture d'un débit de boissons « en vue de préserver l'ordre, la santé ou la moralité publics ». Et, du côté du juge, pour s'en tenir au plus célèbre, l'arrêt *Sté "Les Films Lutetia"* (1959) par lequel le Conseil d'Etat a admis qu'un maire pouvait interdire dans sa commune la projection d'un film qui serait susceptible, dans le contexte local, d'être préjudiciable à l'ordre public à raison du caractère immoral dudit film : bien que très contestée, la solution a été confirmée par la suite à plusieurs reprises.

² Sur cette controverse, qui a opposé notamment Lord Devlin (*The enforcement of morals*, 1959) et Herbert L.A. Hart (*Law, Liberty and Morality*, 1963), voir R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, 1977, trad. fr. PUF, 1995, p. 349 et s.

l'immoralité en tant que telle, même si elle n'entraîne aucune conséquence préjudiciable pour autrui, parce qu'une société ne peut survivre sans certains principes moraux.

Le surgissement de l'impératif éthique

Si cette controverse peut sembler aujourd'hui dépassée en raison de la connotation désuète de la référence à des comportements "immoraux", elle renvoie néanmoins à la question plus générale de savoir dans quelle mesure il est légitime, dans une société démocratique, de réprimer des actes ou agissements contraires aux valeurs dominantes. Une question d'autant plus actuelle que la référence aux valeurs, qu'on aurait pu croire condamnée par le reflux de la morale traditionnelle et le dépérissement des idéologies, ressurgit avec une vigueur accrue sous la forme de l'impératif éthique. Et c'est au nom de l'éthique qu'un nombre croissant de comportements sont mis hors-la-loi, avec pour objectif non pas tant de punir ou de dissuader par la menace de sanctions que de signifier publiquement que la société ne reconnaît pas les conduites incriminées — tel le racisme ou, plus récemment, le harcèlement sexuel — comme normales ou légitimes. On ne peut en effet négliger la fonction symbolique de la règle juridique : le rôle du droit n'est pas seulement d'interdire ou de réglementer des comportements potentiellement nuisibles à autrui ou à la société mais aussi de poser des interdits au nom de valeurs considérées comme fondamentales.

On peut d'abord relever la forte connotation éthique de certaines valeurs liées à l'exigence démocratique — l'égalité, la non discrimination, le respect de l'autre — qui justifient des restrictions à la liberté d'expression par le biais de la répression de la diffamation et de l'injure raciales, de la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciales, ou encore de la contestation de l'existence des crimes contre l'humanité. Mais le surgissement de l'impératif éthique se traduit de façon plus éclatante encore dans la transmutation de la dignité, concept éthique par excellence, en concept juridique, avec des conséquences ambivalentes. Au départ la notion de dignité inhérente à la personne humaine fonde les droits de l'homme et conforte donc la liberté ; et lorsque les conventions internationales prohibent les traitements cruels, inhumains ou dégradants ainsi que l'esclavage et la servitude, et donnent à cette prohibition un caractère "intangibles", c'est bien parce qu'ils portent atteinte à la dignité humaine. Les effets de l'invocation de la dignité sont déjà plus ambivalents lorsqu'on en fait découler — comme le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 janvier 1995 — la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, dans la mesure où la reconnaissance de ce droit au logement élargit la sphère de la liberté en même temps qu'elle peut justifier des limitations au droit de propriété.

De fait, la sauvegarde de la dignité des uns conduit inévitablement à mettre des bornes à la liberté des autres. La dignité prend d'ailleurs parfois le relais de la morale³, comme le montre l'attitude par rapport à la pornographie, où l'on se bat en quelque sorte à fronts renversés : naguère on s'insurgeait contre la censure et l'ordre moral au nom de la liberté d'expression et de création ; aujourd'hui on dénonce l'atteinte portée à la dignité de la femme. Dans le nouveau code pénal, les

³ Il n'est pas sûr, à cet égard, que le Conseil d'Etat ait eu raison d'ériger la dignité de la personne humaine en composante de l'ordre public (CE 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, RFDA* 1995 p. 1204, concl. Frydman) : même si c'était le seul moyen de donner un fondement juridique à l'interdiction par les maires des spectacles de lancers de nains et même s'il a pris soin d'éviter toute référence à la moralité publique, on peut craindre qu'il n'ait contribué ainsi à brouiller la frontière entre protection de la morale et protection de la dignité, avec le risque que la seconde ne devienne l'alibi de la première.

messages “pornographiques ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine” ne sont plus réprimés sur le fondement de l’atteinte aux bonnes mœurs mais sur celui de la “mise en péril des mineurs”. Le proxénétisme, de même, n’est plus réprimé au titre des “attentats aux mœurs”, mais des “atteintes à la dignité de la personne”, comme le sont aussi les discriminations fondées sur la race, la religion, le sexe, les mœurs..., ou les atteintes au respect dû aux morts. De son côté, la loi du 3 septembre 1986 relative à la liberté de communication prévoit 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 ».

La substitution de l’impératif éthique à l’impératif moral n’a pas seulement pour conséquence de conférer une légitimité nouvelle aux restrictions aux libertés ; elle contribue aussi à élargir la notion de bien commun jusqu’à y inclure non seulement la protection d’autrui mais aussi la protection de l’individu contre lui-même.

La protection d’autrui est en effet souvent difficile à dissocier de la préservation de certaines valeurs, en particulier lorsqu’il s’agit des atteintes immatérielles. S’agissant de la pornographie, par exemple, on a vu comment la référence à la morale s’était effacée devant la volonté de protéger les femmes ou les enfants ; mais au-delà des femmes et des enfants, c’est aussi une valeur que l’on entend préserver : la dignité de la personne humaine. De même, lorsqu’on décide de réprimer les différentes expressions du racisme, c’est autant pour préserver les valeurs fondamentales de la démocratie — l’égalité dignité de tous les êtres humains — que pour protéger les victimes du racisme. Car ici, ce n’est pas seulement l’individu qui est lésé, mais la nature humaine dont il est porteur.

Et c’est pourquoi l’impératif éthique conduit parfois à protéger l’individu contre lui-même. L’interdiction des spectacles de lancers de nains en donne une illustration éclatante, dès lors que c’est avec leur entier consentement que se déroule le spectacle considéré comme dégradant pour la personne humaine. Le commissaire du gouvernement, devant le tribunal administratif de Versailles où l’affaire était venue en première instance, relevait ce « terrible paradoxe qui consiste à déclarer, au nom des droits de l’homme, à une personne de petite taille, qui se sent et veut être un artiste, qu’en réalité ses cascades ne sont que des exhibitions qui déshonorent le genre humain »⁴. C’est aussi au nom de la dignité de la femme que des jeunes filles, qui revendiquaient — parfois sous la pression de leur famille, certes, mais parfois aussi de leur plein gré — la liberté de porter un foulard au nom de leurs convictions religieuses, ont été exclues des établissements scolaires qu’elles fréquentaient.

Les normes formulées dans le domaine de la bioéthique, de même, visent à mettre des bornes, au nom d’une certaine idée de l’homme et de sa dignité, aux possibilités nouvelles offertes par le progrès des techniques bio-médicales. Lorsque l’indisponibilité de la personne est proclamée contre le droit subjectif à disposer de soi et de son corps, il s’agit bien, là encore, de défendre le sujet contre lui-même.

⁴ TA Versailles, 25 février 1992, *Sté Fun Productions et Wachenein c/ Commune de Morsang-sur-Orge, RFDA* 1992 p. 1026 ; *Rev. trim. de la Cour d’appel de Versailles* n° 28-29, avril-septembre 1992, avec une note d’Olivier Cayla et les conclusions de Mme Labarthe-Vaquier.

Le brouillage des figures du bien commun

La promotion de l'éthique n'est qu'un des facteurs du brouillage des figures du bien commun, auquel contribue également la multiplication des demandes adressées à l'Etat-providence. De fait, les mécanismes de solidarité sur lesquels repose la protection sociale portent en eux l'extension de ce qui est « nuisible à la société » : certains comportements — fumer, se droguer, ne pas porter de ceinture de sécurité ou de casque — ne mettent pas seulement en danger la santé ou la vie de ceux qui s'y adonnent mais ont un effet néfaste sur les comptes de la sécurité sociale et au-delà sur l'économie toute entière.

Les préoccupations sanitaires - notamment la lutte contre les épidémies - ont de tout temps justifié des mesures de contrainte sévères : il s'agit alors de véritables mesures de police dictées par la défense de l'ordre public, dont la salubrité publique est l'une des dimensions. Mais d'autres mesures ont un but nettement plus ambivalent : les vaccinations obligatoires, les visites médicales obligatoires que doivent subir les enfants, les femmes enceintes, les futurs époux, les appelés du contingent, les salariés... — sont-elles imposées au nom de la santé publique, c'est à dire de l'intérêt général, ou en vue du bien-être de chacun ? La même ambiguïté sous-tend la lutte contre les « fléaux sociaux » — ainsi dénommés par le Code de la santé publique — parmi lesquels figurent pêle-mêle la tuberculose, les maladies vénériennes, le cancer, les maladies mentales, l'alcoolisme, la toxicomanie, l'infection par le VIH, et désormais le tabagisme, et qui peut légitimer, selon les cas : la déclaration obligatoire, anonyme ou nominative, de la maladie ; l'injonction thérapeutique, le cas échéant sous la contrainte et sous peine de sanctions pénales ; l'hospitalisation ou l'internement d'office.

Il arrive aussi que, derrière l'impératif sanitaire, se profile l'impératif moral, ce qui contribue encore un peu plus à brouiller la notion de bien commun. Lorsque la morale s'en mêle, de surcroît, les contraintes sont plus facilement acceptées. Comment expliquer autrement le caractère particulièrement coercitif du dispositif de lutte contre les maladies vénériennes et surtout le peu d'empressement mis à l'abroger alors qu'en pratique il n'est plus appliqué parce que totalement inadapté ? Quant à la pénalisation de l'usage de drogue, elle pose en pleine lumière la question de savoir au nom de quoi la société peut interdire des comportements qui ne nuisent pas à autrui. Ici se mêlent ou plutôt s'emmêlent les considérations d'ordre public, les considérations sanitaires, les considérations morales et finalement les considérations « éthiques ». L'ordre public ? mais alors que dans le cas de l'alcoolisme la loi ne prévoit de mesures de contrainte qu'à l'encontre des « alcooliques dangereux », la loi de 1970 prohibe de façon absolue la consommation de drogue, indépendamment des risques pour autrui et des dangers pour la collectivité que son abus peut engendrer. La santé publique et le coût social de la toxicomanie ? hélas, le dispositif a fait la preuve de son inefficacité et de ses effets pervers puisque la répression, même assortie de l'injonction thérapeutique, n'a pas entravé le développement de la toxicomanie et a en revanche gêné la prévention du sida. La morale ? mais qui oserait encore, aujourd'hui, ériger l'abstinence en vertu ?

Au bout du compte, pour justifier l'interdiction de se droguer, on invoquera la nécessité de protéger l'individu contre le risque de dépendance qu'engendre la consommation de drogue. Autrement dit de protéger l'individu contre lui-même en restreignant sa liberté au nom de la préservation de son libre arbitre, composante de la dignité humaine.

La juste mesure

Si des bornes peuvent être légitimement posées à l'exercice des libertés, c'est dans la stricte mesure où elles sont nécessaires pour préserver les fondements de la vie en société et rendre possible la coexistence harmonieuse entre ses membres. Cette idée d'équilibre, consubstantielle à la pensée libérale, guide l'arbitrage entre des exigences opposées. La reformulation des problèmes en termes d'impératifs éthiques donne une vigueur nouvelle à cette vieille idée libérale, non sans accroître encore la difficulté d'aboutir à des solutions équilibrées et acceptables par tous.

On s'en remettait au juge pour soupeser, au cas par cas, les exigences antinomiques de l'ordre et de la liberté, pour concilier le plus équitablement possible l'exercice de deux libertés potentiellement antagonistes. Mais qui, dans une société pluraliste, sera habilité à définir une éthique commune, et comment justifier un point de vue qui vaille pour tous à une époque caractérisée par « l'anarchie des valeurs » (Paul Valadier) ? La quête du consensus est délicate et ne peut déboucher que sur des équilibres incertains et provisoires.

Une pesée subjective

Si tout est question d'équilibre, tout devient question d'espèce. On ne saurait s'étonner dès lors du rôle dévolu au juge dans le maintien de ces équilibres. La théorie des pouvoirs de police illustre la forme canonique du paradigme libéral : puisque, selon la formule à succès du commissaire du gouvernement Corneille, « la liberté est la règle, la restriction l'exception », les limitations apportées à la liberté doivent être nécessaires et strictement proportionnées à la menace que son exercice fait peser sur l'ordre public. Et c'est au juge qu'incombe le soin de vérifier, à l'occasion de chaque espèce, par une pesée nécessairement subjective, que l'équilibre entre les exigences de l'ordre et celles de la liberté a bien été respecté. La théorie des circonstances exceptionnelles est elle aussi toute entière articulée sur la notion de proportionnalité : l'administration est affranchie du respect des textes en vigueur au nom de la nécessité, et dans la mesure où cet affranchissement est indispensable pour accomplir une tâche vitale pour la nation ou le fonctionnement des institutions. Ailleurs encore on mettra en balance le droit de grève ou la liberté d'expression des fonctionnaires avec le droit des usagers à la continuité et à la neutralité du service public, ou encore avec l'autorité de l'Etat.

La constitutionnalité d'une loi s'apprécie elle aussi bien souvent en fonction du dosage qu'elle réussit ou non à réaliser entre des impératifs contradictoires : qu'il s'agisse du droit de grève des fonctionnaires, de la réglementation des contrôles d'identité, des délais de la rétention administrative des étrangers, de la sévérité des sanctions pénales ou administratives, l'inconstitutionnalité résultera souvent du caractère disproportionné ou excessif de la restriction apportée à la liberté ou de l'insuffisance des garanties qui l'entourent.

La proportionnalité est également au cœur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour justifier des dérogations à la Convention il faut, dit la Cour, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat, et les dérogations ne sont autorisées que « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». De même, s'agissant des restrictions « nécessaires dans une société

démocratique”, la Cour considère qu’elles doivent être fondées sur un besoin social impérieux et proportionnées au but légitime recherché. A chaque fois — qu’il s’agisse des ingérences autorisées dans la vie privée et familiale ou des limitations apportées à la liberté de conscience ou à la liberté d’expression — il doit exister “un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé”, et la Cour vérifie qu’un “juste équilibre” a été maintenu entre les exigences de l’intérêt général de la communauté et la sauvegarde des droits fondamentaux des individus.

Le caractère “raisonnable” de la règle, que la jurisprudence a ainsi érigé en critère de la légitimité des restrictions aux libertés, a été inscrit en toutes lettres dans la Charte canadienne des droits de la personne dont l’article 1er dispose : « les droits et libertés ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ».

Proportionné, nécessaire, raisonnable : ce recours constant à des standards, c’est à dire à des notions sans contenu déterminé qui sont simplement des instruments d’évaluation des situations concrètes, est bien l’indice d’une démarche casuistique débouchant nécessairement sur des jugements d’espèce.

La quête du consensus

La reformulation des interdits ou des limites en termes de choix éthiques pose de façon plus aiguë la question du consensus : car arbitrer entre des valeurs, faire la balance entre des principes abstraits, est plus délicat que d’arbitrer entre des contraintes matérielles ou entre deux libertés dont l’affrontement est concrètement visible. Le prétoire n’est plus le lieu adéquat pour opérer les ajustements nécessaires, à la fois parce que le juge n’a pas la légitimité suffisante pour prendre des décisions dans des domaines où un consensus même approximatif n’est pas encore dégagé, et parce que la méthode du cas par cas doit pouvoir prendre appui sur une norme générale préexistante et ne peut suppléer à son absence.

Comment, dans une société caractérisée par le pluralisme des valeurs et des convictions, se mettre d’accord sur des règles contraignantes, comment restreindre le libre arbitre de chacun au nom d’une éthique qui n’apparaisse pas elle-même comme arbitraire ? Le paradoxe, en effet, c’est que le débat éthique renaît alors que les choix ne peuvent plus s’opérer au nom des concepts jugés obsolètes de “bien” et de “mal” : l’éthique “postmoraliste”⁵ rejette le dogmatisme de la morale et avec lui toute référence à une vérité objective et transcendante.

Or si on refuse toute référence à une transcendance ou à la tradition, on ne peut rechercher le fondement des valeurs et des normes que dans la volonté humaine, et donc faire confiance à la discussion, à l’argumentation⁶. L’éthique, contrairement à la morale, se veut réflexive : elle ne prétend pas imposer des solutions mais seulement indiquer une démarche pour les dégager, fournir des critères permettant de justifier les bornes que l’on pose à la liberté. Des deux sens du mot

⁵ L’expression est de Gilles Lipovetski. Voir *Le crépuscule du devoir. L’éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, 1992.

⁶ P.-A. Taguieff, “L’espace de la bioéthique. Esquisse d’une problématisation”, *Mots* n° 44, septembre 1995, « Discours sur la bioéthique ».

“justifier” : démontrer que quelque chose est vrai, en apportant des preuves, ou s’efforcer de faire reconnaître que quelque chose est juste, c’est à dire équitable et légitime, c’est le second qui prévaut.

Le champ de la bioéthique offre la meilleure illustration de la nécessité et en même temps de la difficulté de dégager un consensus. Les progrès des techniques biomédicales aboutissent à poser des questions dont la réponse ne dépend plus des seuls médecins, car elles mettent en jeu, au-delà de la relation médecin-malade, des choix de société, des choix entre des valeurs. Il n’est donc pas surprenant qu’elle soit devenue le lieu par excellence des “comités d’éthique”, des “commissions de sages”, qui visent à organiser la confrontation entre les points de vue des différentes composantes du corps social, à permettre le dialogue entre médecins et scientifiques d’un côté, théologiens, philosophes et juristes de l’autre, à offrir à toutes les familles philosophiques ou religieuses la possibilité de participer à la formation du consensus.

Cette méthode de formation du consensus par l’échange d’arguments et la confrontation entre des logiques adverses concrétise la fin de la monopolisation d’une vérité morale par des autorités traditionnelles, notamment religieuses. Mais la démocratisation apparente du processus peut entraîner un autre type de monopolisation de la décision : en effet, alors que la morale était censée être universellement partagée et directement accessible aux profanes, c’est désormais à des “professionnels de l’éthique” que l’on confie le soin de déterminer les nouvelles normes éthiques, avant qu’elles ne soient entérinées, il est vrai, par le législateur.

Dans nos sociétés laïques et démocratiques, la légitimité des normes ne peut découler que de l’assentiment des hommes ; mais l’âge démocratique est aussi celui du pluralisme — des convictions, des croyances, des valeurs —, qui met hors de portée un accord sur la solution des problèmes métaphysiques et moraux fondamentaux : le commencement de la vie, le statut de l’embryon... On se borne donc à rechercher “des compromis opérationnels”, à dégager “un consensus provisoire quant à l’acceptabilité, pour une majorité relative de citoyens, de certaines règles de conduite” (P.-A. Taguieff), débouchant sur des équilibres nécessairement précaires.

Des équilibres précaires

A chaque fois que sont en cause des valeurs, à chaque fois qu’on justifie une restriction à la liberté non plus par des impératifs matériels, concrets, immédiatement perceptibles, mais par des impératifs immatériels, la mise en balance des exigences contradictoires s’avère particulièrement délicate à effectuer.

On le voit bien lorsqu’est en cause la liberté de conscience. L’affaire dite “du foulard”, en France, a montré à quel point posait problème la conciliation entre les exigences de la liberté religieuse et d’autres principes considérés comme aussi fondamentaux dans une société laïque et démocratique, à quel point, également, la notion de “dignité” était d’un maniement délicat. On rencontre la même difficulté lorsqu’il s’agit de décider jusqu’où il convient de protéger le droit de chacun au respect de ses croyances, le cas échéant au détriment de la liberté d’expression, comme le montre l’arrêt très contesté *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (1994) dans lequel la Cour européenne des droits de l’homme a considéré que la saisie et la confiscation d’un film susceptible d’être perçu comme une attaque injurieuse contre la religion catholique — religion de l’immense majorité des Tyroliens —, n’avait pas porté une atteinte excessive à la liberté d’expression.

Mais c'est encore dans le domaine de la bioéthique que l'on constate la difficulté la plus évidente à trouver un "juste" équilibre entre des exigences opposées. Les progrès des techniques biomédicales permettent d'allonger la vie et d'améliorer la qualité de celle-ci en soignant des maladies jusque-là incurables ou en greffant des organes vitaux, elles permettent de surmonter la stérilité en offrant de nouvelles possibilités de procréer : elles élargissent en somme le champ des possibles et donc, très concrètement, celui la liberté. Proposer d'encadrer le recours à ces techniques, c'est donc bien mettre des bornes à la liberté, au nom d'autres valeurs.

Il y a d'un côté ceux qui, s'opposant à toute modification de l'ordre "naturel" des choses, préconisent l'interdiction de tout recours aux procréations médicalement assistées, de toute forme d'utilisation du corps humain, de toute modification du patrimoine génétique ; de l'autre ceux qui érigent en valeurs primordiales, à l'encontre de tout interdit moral, la liberté de choix individuel et la liberté de la recherche (procréation, choix du sexe de l'enfant à naître, manipulations génétiques, expérimentation...), estimant que toute innovation est acceptable dès lors qu'elle est librement acceptée par ceux qui y ont recours. Entre ces deux positions extrêmes, on peut s'efforcer de rechercher une voie moyenne qui ne sacrifie ni n'absolutise la liberté. Dans cette perspective, on admettra qu'il est légitime de poser certaines limites à une utilisation non contrôlée des techniques bio-médicales, parce que la liberté immédiate de chacun ne doit pas s'exercer sans considération des droits d'autrui — l'enfant à naître —, ni au prix d'une aliénation future accrue ou d'une déshumanisation de la société. Autrement dit, en face de la liberté individuelle et du principe de la libre disposition de soi, en face de l'amélioration du bien-être et de la prolongation de la vie à tout prix, il y a la responsabilité envers les générations futures et une certaine conception de la dignité humaine qui s'oppose à l'instrumentalisation de la personne et de son corps, fût-ce avec son consentement.

A partir de ces prémisses approximatives — approximatives à la fois parce que des concepts comme ceux de "dignité" ou d'"humanité" restent des concepts flous et parce qu'on n'a qu'une connaissance incertaine des bienfaits à attendre et des risques à redouter du progrès technique — on s'efforce de dégager des normes "équilibrées", mais forcément contestables et provisoires. La liberté de recourir aux procréations médicalement assistées, la liberté du don d'ovule ou de sperme ou du don d'embryon doivent-elle être entières, au nom du droit à l'enfant et du principe de la libre disposition de soi, ou faut-il les encadrer parce qu'elles risquent de remettre en cause les fondements de la filiation et, dans le cas du clonage reproductif, l'indétermination génétique ? Est-on libre de porter l'enfant d'une autre, ou pour une autre ? A partir de quel degré d'"anormalité" du fœtus constatée par un diagnostic prénatal est-il légitime de demander un avortement ? Peut-on se contenter du consentement "libre et éclairé" de la personne qui s'y prête pour procéder à des expérimentations ou des prélèvements d'organes ? La liberté de mettre fin à ses jours conduit-elle à admettre la possibilité pour les médecins de pratiquer l'euthanasie ? La liste des questions s'allonge au fur et à mesure des découvertes scientifiques et du perfectionnement des techniques — comme peut changer le sens des réponses qu'on décide de leur apporter.

Mais il faut apporter ces réponses, même provisoires, même approximatives, comme ont tenté de le faire les lois dites de bioéthique de 1994, dont le contenu reflète bien la difficile quête d'un équilibre forcément instable et par essence contestable : elles n'ont ouvert le recours aux procréations médicalement assistées qu'au couple stérile, hétérosexuel, en âge de procréer ; elles ont permis la conception in vitro d'embryons mais uniquement pour répondre à la demande parentale d'un couple ; elles ont autorisé des "études" sur l'embryon, mais non des recherches susceptibles de

porter atteinte à son intégrité ; elles ont permis le diagnostic prénatal, mais seulement en vue de “détecter une affection d’une particulière gravité”. Dans le domaine de la génétique, un consensus semble s’opérer sur l’idée que les thérapies géniques peuvent porter sur les cellules somatiques mais pas sur les cellules germinales, ou encore que le clonage humain à visée reproductive devrait être strictement interdit, à l’exclusion du clonage animal ou portant sur des cellules ou tissus humains, etc.

A ceux qui contestent l’intervention du législateur dans des domaines qui touchent à la sphère la plus intime de l’individu, il est aisé de répondre qu’on ne peut à la fois se tourner vers la médecine et la science — donc vers la collectivité — pour réclamer de nouveaux droits sur son propre corps, et refuser à cette même collectivité la possibilité d’encadrer l’exercice de cette liberté, comme de toute autre, afin de le concilier avec le respect de certaines valeurs. Ce qui n’empêche pas de discuter du bien-fondé des équilibres sur lesquels on s’est provisoirement mis d’accord et de chercher à les faire évoluer.

*

Dans un plaidoyer célèbre en faveur de la liberté, Stuart Mill écrivait : « Le seul objet qui autorise les hommes, individuellement ou collectivement, à troubler la liberté d’action d’aucun de leurs semblables est la protection de soi-même [...]. Un homme ne peut pas être obligé d’agir ou de s’abstenir parce que ce serait meilleur pour lui, parce que cela le rendrait plus heureux ou parce que, dans l’opinion des autres, ce serait sage ou même juste ».

Cette conception absolutiste de la liberté, nos sociétés démocratiques ne l’ont jamais faite leur et elles en semblent plus éloignées que jamais. Il ne faut ni s’en indigner, ni en déduire que ces démocraties ne méritent pas d’être appelées “libérales”. D’abord, le paradigme utilitariste sur lequel repose cette conception — c’est en cherchant son propre bonheur que chacun contribue le mieux au bonheur de tous — est un peu court pour assurer l’harmonie sociale et garantir les droits de tous. Ensuite — mais les deux choses sont liées —, la densité des règles qui enserment l’activité des individus dans tous les domaines ne fait à beaucoup d’égard qu’exprimer les contraintes du “vivre ensemble” et refléter la complexité des mécanismes de solidarité à l’œuvre dans l’Etat-Providence, même en “crise”. Nous renonçons à une part de liberté contre une part de sécurité : la sécurité physique, mais aussi cette autre forme de sécurité qu’est la protection contre les aléas de l’existence et la libération du besoin. Au-delà de la sécurité, au-delà de la solidarité, il y a aussi la nécessité ressentie de préserver les fondements immatériels du lien social et l’interdiction qui en découle de transgresser certaines valeurs : c’est sans doute ici, on l’a montré, que les bornes sont le plus délicates à tracer.

Le problème réside plutôt dans la fragilité même de cette idée d’équilibre dont on s’est attaché à montrer qu’elle était au cœur du paradigme libéral mais qui n’oppose jamais qu’une digue de papier aux menaces qui pèsent sur les libertés. Car il ne suffit pas de dire ce que l’on met dans chacun des plateaux de la balance : il faut encore décider, par une évaluation forcément arbitraire, du poids respectif de ce qu’on y a mis. Autrement dit, ce n’est pas le respect formel du paradigme libéral qui peut prémunir contre un grignotage sournois des libertés, mais seulement la volonté des gouvernants, des juges, et en définitive la vigilance des citoyens eux-mêmes.