

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 645

Dirigée par
Guillaume Wicker
Professeur
à l'Université
de Bordeaux

DES BONNES MŒURS À L'AUTONOMIE PERSONNELLE

ESSAI CRITIQUE SUR LE RÔLE DE LA DIGNITÉ HUMAINE

Estelle Fragu

Préface de
Yves Lequette

Prix solennel André Isoré de la Chancellerie des universités de Paris
Prix de thèse de l'Université Paris-Panthéon-Assas

L G D J

un savoir-faire de
lextenso

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 645

Dirigée par
Guillaume Wicker
Professeur
à l'Université
de Bordeaux

DES BONNES MŒURS À L'AUTONOMIE PERSONNELLE

ESSAI CRITIQUE SUR LE RÔLE DE LA DIGNITÉ HUMAINE

Estelle Fragu

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Préface de
Yves Lequette

Professeur émérite en droit privé de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Prix solennel André Isoré de la Chancellerie des Universités de Paris
Prix de thèse de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Bibliothèque de droit privé fondée par Henry Solus
Professeur honoraire à la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris



© 2024, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275142746
ISSN : 0520-0261
Collection : Thèses

Thèse retenue par le Comité de sélection de la Bibliothèque de droit privé
présidé par Guillaume WICKER et composé de :

Mireille BACACHE

*Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation*

Dominique BUREAU

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Cécile CHAINAIS

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Dominique FENOUILLET

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Laurence IDOT

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Thierry REVET

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pierre SIRINELLI

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

*À mes parents sans lesquels rien n'eût été possible.
À mon grand-père qui aurait aimé la lire.*

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff.	affaire
<i>AJ Fam</i>	Actualité juridique Famille
al.	Alinéa
anc.	Ancien
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
art.	Article
ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CASF	Code de l'action sociale et des familles
CCNE	Comité Consultatif National d'Éthique
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
chron.	Chronique
Cons. const.	Conseil constitutionnel
com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales
crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Defrénois</i>	Répertoire du Notariat Defrénois
<i>DH</i>	Dalloz hebdomadaire
dir.	Sous la direction de
<i>DP</i>	Dalloz périodique
<i>Dr. et pat.</i>	Revue Lamy droit et patrimoine
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille
éd.	édition
ex	Exemple
<i>GA CCNE</i>	Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique
<i>GAJA</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>GAJC</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>GAJ DIP</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>GD Cons. const.</i>	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit

<i>Infra</i>	Plus bas
IR	Informations rapides
JCP	JurisClasseur Périodique (Semaine Juridique)
JO	Journal officiel de la République française
<i>loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , à l'endroit cité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
n°	Numéro
not.	Notamment
Obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Préc.	Précité
Préf.	Préface
Rapp.	Rapport
RDC	Revue des contrats
Rép. min.	Réponse ministérielle
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RJPF</i>	Revue juridique personnes et famille
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>S.</i>	Sirey (recueil)
s.	suivant(s)
soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
<i>Supra</i>	Plus haut
t.	Tome
trad.	Traduction
V.	Voir

PRÉFACE

Un vieillard libidineux et adultère déshérite sa famille et gratifie sa concubine, sa cadette de 64 ans, laquelle se conduit ouvertement comme une prostituée (« pas d'argent, pas d'amour »). Voilà, pour la Cour de cassation, siégeant dans sa formation la plus solennelle, une situation qui mérite approbation. Un médecin ainsi qu'un magistrat se livrent sur l'épouse de ce dernier à des pratiques sadomasochistes interdites par les clubs spécialisés et susceptibles, du fait de leur gravité, de donner lieu à des poursuites pénales. Le droit de frapper et de blesser autrui est entériné par la Cour de Strasbourg (Cour EDH), dès lors que ces sévices ont été infligés avec le consentement de la victime, dans un but de jouissance sexuelle. Longtemps, la doctrine a, par ses voix les plus autorisées et les plus prestigieuses, condamné de telles solutions. C'est Henri Mazeaud dénonçant l'entrée de la concubine dans la famille au nom de la « morale du bon sauvage ». C'est René Savatier célébrant le mariage « soutien nécessaire de la société » et stigmatisant toutes les libéralités entre concubins adultères. Depuis, les temps ont bien changé, puisque leurs petits-fils n'hésitent pas à prendre leur contrepied au nom de la lutte contre l'hypocrisie. On pourrait être porté à trouver l'explication d'une telle position dans l'existence d'une figure psychanalytique inédite – le « meurtre du grand-père » –, les générations nouvelles essayant ainsi d'échapper à la mauvaise conscience que leur procure leur condition d'« héritier ».

Mais s'il est, sans doute, une part de vérité dans une telle lecture, la raison de pareil changement doit probablement, comme l'atteste le cercle plus large de ceux qui font leurs ces solutions, être recherchée plus avant, dans une profonde mutation des forces qui animent les systèmes juridiques occidentaux. Visionnaire, Portalis avait, au demeurant, discerné ce qui pourrait permettre d'expliquer pareille révolution. N'écrivait-il pas : les bonnes mœurs « sont le véritable ciment de l'édifice social (...) Si on pouvait les blesser par des conventions, bientôt l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom, et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice seraient remplacées par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel et par les calculs du vice ». Est-il meilleure illustration de cette assertion que les deux espèces rapportées en ouverture de cette préface ? Les bonnes mœurs y ont été non pas seulement blessées mais assassinées et les « lâches combinaisons de l'intérêt personnel » ainsi que « les calculs du vice » s'y donnent libre cours. Reste à savoir pourquoi, malgré la mise en garde de Portalis, ce qu'il présentait comme la cheville ouvrière du système a été abandonné au risque de le disloquer. Aussi bien, ne pouvait-on que souhaiter qu'un auteur prolonge sa réflexion en analysant en profondeur les forces qui entraînent pareille mutation du droit des personnes et de la famille et entreprenne, à partir des fondations renouvelées offertes par une telle analyse, la reconstruction de celui-ci. C'est précisément la double ambition de la thèse de M^{me} Estelle Fragu.

Si Portalis nous fournit, avec les bonnes mœurs, le début du fil conducteur, son aboutissement se trouve dans la décision précitée de la Cour EDH, avec la notion

d'« autonomie personnelle » qui la fonde. Défini comme « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend », le droit à l'autonomie personnelle exerce une emprise toujours plus grande sur la Convention européenne et à travers elle, sur le droit des personnes et de la famille au point que certains, tel M. Frédéric Sudre, n'hésitent pas à lui conférer le « rôle de principe matriciel ». D'où l'intitulé de la thèse de M^{me} Estelle Fragu – *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle*, lequel rend ainsi pleinement compte de cette révolution. Encore faut-il savoir par quel cheminement s'est opéré le passage des premières à la deuxième. C'est précisément le premier apport de la thèse de M^{me} Estelle Fragu que de nous donner une clef de compréhension d'un bouleversement qui s'est opéré en moins d'un quart de siècle. À essayer de la résumer en quelques mots, ce serait le passage du collectif à l'individuel. Comme on l'a souligné bien souvent, le droit donnait délégation non aux mœurs mais aux *bonnes mœurs*, faisant ainsi de cette norme-cadre une zone de confluence entre la morale et le droit. Chrétienne ou kantienne, cette morale était destinée à être partagée par tous. Réunissant les individus autour de valeurs communes, elle était un facteur de cohésion sociale. C'était une morale « sociétale, fédératrice et moralisatrice » des individus. Grâce à elle, le droit avait un effet prophylactique, les individus étant encouragés à adopter certains comportements et dissuadés d'en suivre d'autres. Mais est survenu ce que M. Gilles Lipovetski a dénommé « le crépuscule du devoir ». On ne tolère plus qu'il existe de bonnes et de mauvaises mœurs, avec le jugement de valeur que cela implique. Il n'y a désormais que des mœurs, celles propres à chaque individu, sans qu'un modèle permette au législateur de hiérarchiser leurs choix de vie. Cette relativisation des valeurs se manifeste juridiquement par la disparition d'une morale commune et par l'avènement de l'éthique laquelle ne prétend, comme le soulignait Bruno Oppetit, à « aucune vérité absolue ». Concept « oléagineux », l'éthique « procède d'une morale de l'intérêt bien compris et correspond, au fond, à une instrumentalisation des valeurs morales », au point qu'elle se décline en éthiques particulières.

Sur le terrain du droit de la famille, les mutations qui en résultent sont profondes. Traditionnellement, celui-ci permettait de résoudre, selon la formule de Jean-Claude Guillebaud, l'opposition entre le « temps court de l'individu » et le « temps long de la collectivité ». Désormais, il n'est plus question d'harmoniser ces deux temporalités puisqu'on leur préfère « la satisfaction du bonheur immédiat de l'individu en reflétant ses sentiments dans toute leur versatilité ». C'est ce que M^{me} Estelle Fragu dénomme le « modèle affectif ». Tout doit correspondre aux sentiments, voire répondre aux désirs de l'individu. Le législateur n'est pas seulement devenu sceptique sur les mérites de telle ou telle structure familiale. Il s'interdit en amont ce type de réflexion. Plus encore que dans le droit de la famille, cette tendance se fait sentir en droit des personnes. En quête de liberté, celui-ci, pour mieux s'adapter à la montée en puissance de l'éthique, a cultivé une notion ultra-individualiste. Et de fait, en même temps que s'éclipsaient les bonnes mœurs, prenait racine une notion venue d'ailleurs, plus précisément d'outre-Atlantique, l'autonomie personnelle. M^{me} Fragu montre parfaitement comment s'est implanté le contexte nécessaire à la consécration de ce concept. Contexte institutionnel : l'émergence de l'autonomie personnelle n'a été possible qu'en raison de l'émancipation toujours plus grande de la Cour EDH dont l'auteur rappelle les différentes étapes. Contexte matériel avec la déconstruction du droit au respect de la vie privée et familiale : sa dilution l'a rendu de plus en plus imprévisible et insaisissable ; il s'agit non plus de vivre caché mais de vivre différemment. Comprise comme une sorte de « droit à la différence », la notion de vie privée devient un « droit à l'auto-détermination », lequel confère à l'individu une maîtrise totale sur son identité (sexe, nom, prénom, origine) et

plus encore sur son corps, en sorte que « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus ». Le consentement devient ainsi, au rebours du droit pénal classique, un fait justificatif et l'individu est libre de renoncer aux droits fondamentaux et notamment à l'article 3 de la Convention EDH qui prohibe les traitements inhumains et dégradants. D'où une « réification » de la personne, illustrée notamment par les évolutions en cours en matière d'euthanasie ou de gestation pour autrui, et un désengagement du droit des personnes qui oublie ainsi ses fonctions premières – la protection de l'individu et la structuration de la société.

Comment contrer cette suprématie de l'autonomie individuelle ainsi que les dérives qui lui sont attachées ? Pour M^{me} Estelle Fragu, il faut redonner au droit des personnes et de la famille de solides assises en l'organisant autour d'une grande notion, laquelle pourrait être la dignité humaine. Mais, alors même qu'elle recèle de grandes potentialités, cette notion a vu celles-ci gâchées par l'usage intempestif qu'en ont fait le législateur et plus encore de multiples juridictions en sorte qu'elle en a été dénaturée. D'où un essor puis un déclin corrélatif étroitement lié au mouvement précédemment décrit. Comme le relève M^{me} Estelle Fragu, « la fin des années 90 révèle à la fois le déclin des bonnes mœurs et l'avènement de la dignité humaine, tandis que le début des années 2000 concentre l'abandon des bonnes mœurs, l'affaiblissement de la dignité et la montée en puissance de l'autonomie personnelle ». Aussi bien, et c'est là à notre sens l'apport le plus original de la thèse, l'auteur s'emploie-t-il à développer les potentialités de la dignité humaine en en conceptualisant la notion avant de rechercher les raisons de son déclin.

Notion ancienne puisqu'il en est fait état dans le décret *Schoelcher* du 27 avril 1848 abolissant l'esclavage, « attentat contre la dignité humaine » en ce qu'il détruit le « libre arbitre de l'homme », la dignité humaine n'a pris véritablement son essor qu'avec la découverte à la fin de la Seconde Guerre mondiale des crimes du nazisme, lequel avait mis en place un véritable appareil industriel destiné à annihiler dans l'homme toute trace d'humanité, avant de connaître un regain dans les années 90 du fait d'un accroissement du risque d'instrumentalisation de l'homme dans la recherche scientifique. D'où sa floraison dans toute une série d'instruments internationaux et dans les constitutions de quelques pays qui la consacrent d'une manière d'autant plus appuyée qu'ils ont, dans la période antérieure, fait prévaloir leurs instincts collectifs sur les droits individuels. S'agissant de la France, il a fallu attendre la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 pour que la dignité humaine soit revêtue de la qualité de principe à valeur constitutionnelle. Mais cette invocation de la dignité humaine s'est faite, particulièrement pour la France, « sans réflexion préalable sur sa signification profonde », en sorte qu'elle a conduit, comme on le verra, à une « dilution » et à une « dénaturation » de la notion qui est devenue, selon le constat dressé par certains auteurs, « insaisissable », transformant celle-ci en une « énigme pour les juristes ». D'où la nécessité d'une clarification, passant elle-même par un approfondissement.

La dignité humaine constitue, selon l'auteur, un « droit-principe ». La difficulté de la définir vient, pour une bonne part, de son « ambiguïté », laquelle résulte elle-même de sa double dimension collective et individuelle. Comme le souligne un auteur : « l'universallement commun de l'humanité confère une dignité, l'universallement différent de la personne en confère une autre. (...) Chaque être humain porte en lui l'humaine condition qui consiste dans la détention d'une personnalité propre à chacun ». Le vocabulaire reflète cette dualité, l'expression « dignité humaine »

renvoyant plutôt à la conception universalisante, celle de « dignité de la personne humaine » à la sphère personnelle de la dignité. Certains auteurs distinguent, d'ailleurs, la « dignité fondamentale » qui vise le respect de l'humanité tout entière et la « dignité actée » qui protège les intérêts particuliers. Mais, pour M^{me} Fragu, une telle analyse est par trop réductrice d'un concept « qui tire sa force du croisement des deux. (...) il n'y a qu'une atteinte à la dignité dirigée contre une ou plusieurs personnes, qui les touche dans leur chair, mais qui en même temps atteint l'humanité de chacun, par ricochet. L'individuel est un préalable nécessaire au collectif, l'un ne peut exister sans l'autre ». Aussi bien, pour découvrir le sens profond de la dignité humaine, l'auteur entreprend-il de recomposer la notion en retournant à ses sources théologiques et philosophiques, lesquelles « fondent la dignité sur le maintien de l'humanité en chacun et ainsi sur l'interdiction suprême de toute réification de l'individu ». En d'autres termes, « la dignité est l'antinomie de la réification et comprendre l'une permet de saisir l'autre ». Or, « ne pas réifier une personne c'est avant tout lui reconnaître une sphère de liberté (et) traiter cette personne comme un égal ». Ainsi davantage que dans la dualité collectif-individuel, la clef de la dignité humaine tient dans un agencement entre sa dimension de liberté et celle d'égalité. Cette double dimension correspond à la « tension » mise en lumière par Alain Supiot dans son *Homo juridicus* « entre les deux faces de l'identité individuelle : nous sommes tous semblables, et donc tous identiques ; et nous sommes aussi tous différents, car tous uniques ». À la première répond la dignité-égalité qui impose de traiter son semblable comme son égal, comme un être humain à part entière et non, selon la formule de Primo Levi, « comme un homme dont on pourra décider de la vie ou de la mort le cœur léger, sans aucune considération d'ordre humain, si ce n'est tout au plus le critère d'utilité » et à la seconde la dignité-liberté qui commande le respect du libre arbitre, de l'autonomie, car comme y insiste Bernard Edelman, supprimer la liberté aboutit à « nier la qualité d'homme ». En d'autres termes, réifier une personne, c'est porter atteinte à sa dignité en l'excluant de la communauté humaine.

Précisant le sens et la portée de la dignité humaine ainsi définie, M^{me} Estelle Fragu détaille le champ d'application de la dignité-liberté et de la dignité-égalité. À cet effet, elle reprend une distinction familière aux philosophes, celle entre le rapport de soi à soi et le rapport de soi à autrui. La dignité-liberté évolue à la fois dans le rapport de soi à soi et dans le rapport de soi à autrui. Dans le rapport de soi à autrui, la dignité-liberté correspond au principe de capacité, lequel permet à la personne de se gouverner. Dans le rapport de soi à soi, la dignité correspond au principe d'autonomie : il s'agit de reconnaître à la personne une sphère de liberté. Ces deux principes, capacité et autonomie, sont susceptibles de limitation, lorsque la vulnérabilité de la personne le rend nécessaire. La dignité-égalité ne se comprend que dans le rapport de soi à autrui ; manifestant l'idée d'une égalité entre les personnes, il lui faut un référent, une logique de comparaison, ce qui implique *a minima* deux personnes. Rien ne peut justifier une atteinte à la dignité-égalité.

Ainsi définie, la dignité se révèle, ainsi qu'on l'a déjà noté, riche de potentialités et aurait pu, comme le montre M^{me} Estelle Fragu, prendre avantageusement le relais des bonnes mœurs. Sans être un « décalque » de celles-ci, la dignité humaine, par la conciliation des philosophies morales holistiques et individualistes à laquelle elle procède à travers le couple dignité-liberté/dignité-égalité, est en mesure de limiter la liberté individuelle, comme le faisaient jadis les bonnes mœurs. Mieux, elle n'est nullement incompatible avec le principe d'autonomie personnelle dégagé par la Cour EDH. Dignité et autonomie ne s'opposent pas, en effet, frontalement, la première laissant sa juste place

à la seconde : l'autonomie fait partie de la dignité-liberté mais uniquement dans le rapport de soi à soi. Bénéficiant du consensus qu'avaient perdu les bonnes mœurs, la dignité humaine semblait ainsi en mesure de structurer le droit des personnes et de constituer un antidote adéquat à la situation née de l'exténuation de celles-ci. Mais malheureusement, ainsi que le démontre fort bien M^{me} Estelle Fragu, l'histoire de son insertion dans le droit positif est celle d'une occasion manquée, en sorte que le potentiel qu'elle recélait a été gâché. Les causes de cet échec sont multiples.

La première tient à une « dilution » de ce droit-principe. Utilisée massivement par de multiples juridictions – juge constitutionnel, juge judiciaire, juge administratif, CEDH, CJUE –, sans qu'elle ait été définie au préalable en droit, la dignité couvre les solutions les plus improbables. C'est ainsi pour ne prendre qu'un exemple que la haute juridiction administrative n'a pas hésité à valider l'interdiction prise par le Préfet de police de Paris d'une distribution de soupe à base de porc par l'association « Solidarité des Français », car susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes ! Une fois de plus, on ne peut que constater que l'inflation a pour corollaire naturel la dévaluation. De manière plus générale, la dignité a fait l'objet, non seulement en jurisprudence mais en législation et en doctrine, d'une surexposition qui a conduit certains à y découvrir la source de tous les droits de l'homme ainsi que d'une myriade de principes dérivés. Reste que, comme le note M^{me} Fragu, le droit au respect de la vie privée et familiale ou encore le droit à un procès équitable, consacrés par les articles 8 et 6 de la Convention EDH, dont on sait qu'ils ont connu un développement exponentiel, « n'ont aucun lien avec la dignité humaine ». C'est dire que, traduisant une « incompréhension profonde du principe de dignité humaine », ces dérives en amenuisent la force.

Plus grave, au demeurant, que la dilution de la notion est sa « dénaturation ». On sait que le terme de dignité est polysémique. Longtemps, il a été utilisé, y compris en droit, au sens de *dignitas*, c'est-à-dire comme une « qualité attachée à un rang ou à une fonction officielle », laquelle mérite protection. Mais depuis qu'on lui a apposé l'épithète « humaine », la dignité a changé de sens, sans que la confusion entre la signification ancienne et la signification nouvelle soit toujours évitée. Il en a découlé une subjectivisation de la dignité. On oublie que la dignité, au sens nouveau, a une dimension transcendante. L'individu s'approprie la dignité pour en faire *sa* dignité, pour en faire un droit subjectif. Le discours des associations dédiées à la légalisation de l'euthanasie est, à cet égard, particulièrement révélateur. Or, comme le souligne M^{me} Fragu, « le sujet de droit ne peut s'approprier la dignité humaine, elle ne peut devenir sa dignité humaine, car ce principe n'existe pas pour satisfaire ses intérêts particuliers mais pour s'assurer que tous, y compris l'État, respectent l'essence même de l'homme ».

Ainsi à vouloir trop demander au principe de dignité, on a laissé le champ libre à l'autonomie personnelle et à son corollaire le consentement. Il en résulte que « la volonté dépasse la dignité » avec de multiples conséquences. Pour la Cour EDH qui « réduit son rôle à celui d'un observateur des mœurs librement consenties ». Pour les droits de l'homme qui, « à travers l'autonomie personnelle, deviennent source d'aliénation ». Pour la société, au sein de laquelle « le rapport de soi à autrui s'efface devant la multitude de rapports de soi à soi où chacun est libre de définir ses propres règles, sa propre éthique et d'accéder comme il peut, comme il veut au bonheur ». Encore faut-il avoir présent à l'esprit que derrière cette quête du bonheur, c'est bien souvent la loi du plus fort qui se profile : le consentement monnayé est l'instrument privilégié dont use le fort pour se soumettre autrui. Cette problématique a depuis été développée avec une grande force de conviction par M^{me} Muriel Fabre-Magnan dans son beau

livre *L'institution de la liberté* : les « leurres du tout consentement » conduisent au « retournement de la liberté ».

On le voit, la recherche de M^{me} Estelle Fragu est au cœur des questions contemporaines et débouche sur un constat et des interrogations essentielles pour l'avenir de la société française et plus largement européenne. Au regard de la gravité des questions qu'elle soulève, la solution qu'elle avance dans les dernières pages de sa thèse pour tenter d'y remédier, à savoir l'adoption d'un protocole, prolongement du protocole n° 15 sur le principe de subsidiarité, prévoyant la réunion régulière des États membres afin d'examiner l'œuvre interprétative de la Cour EDH et d'intégrer par voie de protocoles les droits qui mériteraient une protection fondamentale, ceux qui ne sont pas validés étant abandonnés, pourra apparaître modeste, en ce qu'elle est exclusivement technique. Elle constituerait néanmoins un premier pas pour résoudre le problème jadis identifié par le doyen Carbonnier, dans *Droit et passion du droit* : « la Cour de Strasbourg est sortie de son lit. L'ennui est qu'on ne voit pas comment l'y faire rentrer ». Mais, au-delà de cette suggestion, l'apport essentiel de la réflexion conduite par M^{me} Estelle Fragu résulte de son originalité et de sa force. Originale, la thèse l'est en effet à plus d'un titre. Elle l'est d'abord par l'ampleur de son domaine qui a conduit l'auteur à investir l'ensemble du droit des personnes et de la famille, en l'éclairant si nécessaire au moyen du droit de la santé, ainsi que celui des libertés fondamentales. Dans un domaine où, en quelques années, les mutations ont été d'une ampleur rarement égalée, l'auteur brosse une fresque d'autant plus éclairante qu'elle a non seulement une parfaite connaissance de la matière étudiée mais une claire perception de ses ressorts et de ses enchaînements. Cette claire perception tient, et c'est là sa deuxième originalité, au fait que cette thèse de droit est, en même temps et tout autant, une thèse de philosophie du droit et de philosophie morale. Morale thomiste ou kantienne nourrissent en profondeur la réflexion de l'auteur tout au long de la thèse et la philosophie contemporaine est mise à contribution lorsque cela est nécessaire, par exemple pour approfondir la notion de « réification » avec les travaux d'Axel Honneth et de Georg Lukás. Originale, enfin, la thèse l'est par son approche critique, au sens fort du terme : il s'agit pour reprendre une expression employée par l'un des membres du jury d'une « thèse de combat ». Sans jamais négliger les opinions contraires auxquelles elle fait toujours une juste place, M^{me} Estelle Fragu défend une certaine conception de la dignité humaine et, derrière elle, une certaine conception du droit. Elle le fait avec courage, rigueur et vigueur, en développant une vraie réflexion personnelle, servie par une vaste culture, une maturité impressionnante et une grande hauteur de vues, en sorte que son travail constitue, et constituera dans l'avenir, un apport essentiel à la réflexion sur la notion et la fonction de la dignité humaine en droit civil. En cela, la thèse de M^{me} Estelle Fragu mérite à notre sens le qualificatif de « forte ». On ajoutera que les qualités de fond de ce travail sont servies par des qualités de forme certaines : le style est clair, l'auteur a un sens pédagogique de l'exposition ainsi que le sens de la formule, sans pour autant en abuser.

Les circonstances de la vie font que cette préface est, probablement, la dernière qu'il nous sera donné de rédiger et nous sommes heureux qu'elle ait pour objet un travail de cette qualité dont nous partageons pour l'essentiel les analyses. Il nous reste à souhaiter à l'auteur pleine réussite dans ses entreprises futures.

YVES LEQUETTE
Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

SOMMAIRE

PRÉFACE	11
INTRODUCTION	19
 PARTIE I	
LE CRÉPUSCULE DE L'IDÉAL MORAL	33
Titre I : Les bonnes mœurs, reflet controversé d'un droit-modèle	35
Chapitre 1. Les bonnes mœurs, notion exaltée par la loi	37
Chapitre 2. Les bonnes mœurs, notion délaissée par la jurisprudence	65
Chapitre 3. Les bonnes mœurs, notion contestée par la doctrine	101
Titre II : La suprématie nouvelle de l'éthique personnelle.....	127
Chapitre 1. Un renoncement de la jurisprudence	129
Chapitre 2. Un renversement des concepts moraux	157
Chapitre 3. Un bouleversement des modèles juridiques	185
 PARTIE II	
L'AVÈNEMENT DE LA MYSTIQUE INDIVIDUALISTE	221
Titre I : La dignité humaine, reflet controversé d'un droit-principe	223
Chapitre 1. La définition de la dignité humaine	225
Chapitre 2. Le champ d'application de la dignité humaine	259
Chapitre 3. L'insertion de la dignité humaine.....	295
Titre II : La suprématie nouvelle de l'autonomie personnelle	351
Chapitre 1. L'expansion du principe d'autonomie.....	353
Chapitre 2. La dénaturation du principe d'autonomie	405
Chapitre 3. La désagrégation du principe d'autonomie.....	437
CONCLUSION	493

INTRODUCTION

*Le droit, c'est bien Saturne dévorant
ses propres enfants*¹.

1. Par son essence même, le droit demeure tributaire du temps. Il s'inscrit dans un mouvement qui, comme l'écrivait le doyen Carbonnier, permet au système juridique de durer « même si c'est en se transformant à l'intérieur »². Ce dernier serait alors une succession de sous-systèmes divisant dans le temps la vie sociale, et dont Aristote décrivait déjà la fragilité dans l'*Éthique à Nicomaque* : « Certains jugent conventionnelles toutes les règles de la justice : en effet, contrairement à la loi naturelle, immuable et qui conserve partout la même vigueur, comme par exemple le fait que le feu brûle aussi bien chez nous que chez les Perses, l'on constate que les règles de la justice varient. Il n'en est pas ainsi absolument, mais seulement dans une certaine mesure. Assurément, dans le monde des dieux, cette affirmation n'est point du tout vraie, au lieu que dans notre monde, il y a bien un droit naturel, mais toutes les règles de la justice varient »³.

2. Ce principe aristotélicien selon lequel tout varie, *κινητον μεντοι παν*, impose au juriste la prudence, expression de la sagesse pratique, qui invite à développer la réflexion et, comme l'étymologie du mot le suggère, la prévoyance, *providentia*⁴. Cette vertu cardinale s'appuie sur le passé en faisant appel à l'expérience, ce « savoir vécu plus qu'appris »⁵ et, parce qu'elle envisage les conséquences de l'action, permet de ménager l'avenir. Car la prudence n'est jamais la vertu de l'instant ; si elle ne refuse point le progrès, elle en retient le cours parfois trop rapide ; « sorte d'œil invisible du droit »⁶, elle en permet l'évolution lente et réfléchie, sans précipitation ni frénésie. Aussi, la prudence commande-t-elle au droit de résister au changement afin de mieux refuser toute évolution dangereuse ou *a fortiori* néfaste⁷.

3. Plus qu'à aucune autre branche du droit, cette vertu essentielle s'impose au droit des personnes et de la famille. En effet, le droit des personnes vise par essence à

1. R. von Jhering, *La lutte pour le droit*, Dalloz, 2006, p. 9.

2. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2008, p. 350.

3. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, VII, 3/1134b, 30 : « Δοκει δ' ἐνιοις εἶναι πάντα τοιαῦτα, ὅτι το μὲν φύσει ἀκίνητον καὶ πανταχού τὴν αὐτὴν ἔχει δύναμιν, ὥσπερ το πῦρ καὶ ἐνθαδὲ καὶ ἐν Περσείαι καίει, τὰ δὲ δίκαια κινούμενα ὁρώσιν. Τοῦτο δ' οὐκ ἐστὶν οὕτως ἔχον, ἀλλ' ἐστὶν ὥς. Καίτοι παρὰ γὰρ τοῖς θεοῖς ἰσὺς σὺδ' αὐτῶς 'παρ' ἡμῖν δ' ἐστὶ μὲν τι καὶ φύσει, κινητὸν μὲντοι πᾶν ».

4. *Providentia/prudentia* sont composés de *pro*, avant et *video*, voir. Il s'agit de « voir à l'avance » ce qui va se passer pour ne pas en subir les conséquences. La mythologie grecque illustre cette notion avec le mythe de Prométhée (« celui qui comprend avant ») et Epiméthée (« celui qui comprend après »). V. également A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e éd., 2010, p. 848.

5. Aristote, cité par Chr. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 3^e éd., 2012, p. 79.

6. S. Tzitzis, « Droit et prudence chez Michel Villey », *La Prudence*, actes du colloque du vendredi 19 oct. 2007 organisé à l'Académie des Sciences Morales et Politiques, textes réunis par M^{me} Ch. Delsol, p. 25.

7. C'est cette éminente vertu qui inspire à Montaigne cette réflexion pleine de sagesse : « On demandait à Solon s'il avait établi les meilleures lois qu'il avait plu aux Athéniens. "Oui bien, répondit-il, de celles qu'ils eussent reçues." Non par opinion, mais en vérité, l'excellente et meilleure police est à chacune nation celle sous laquelle elle est maintenue. Sa forme et commodité essentielle dépend de l'usage. [...] Rien ne presse plus un État que l'innovation : le changement donne seule forme à l'injustice et à la tyrannie », (*Essais*, éd. H. Bossange, 1828, t. 4, III, 9 « De la vanité », p. 81).

protéger ce que nous sommes tous *a minima*, des êtres humains. Ainsi, et à la différence des autres branches qui revendiquent une mission de protection comme le droit des contrats qui protège les contractants ou le droit du travail le salarié, il a pour destinataire l'individu, un individu dégagé des attributs sociaux qui viennent par la suite le préciser (homme, femme, parent, employé, actionnaire, administré, assuré, consommateur...). Quant au droit de la famille, encadrant une institution qui apparaissait naguère, selon les mots de Portalis, comme « la pépinière de l'État »⁸, il constitue le socle d'une société pacifiée dans ses relations humaines les plus fondamentales. Le droit des personnes et de la famille s'est donc lentement adapté aux évolutions de la société : en témoigne le concubinage qui s'est progressivement délesté de toute connotation négative⁹, la substitution de l'autorité parentale à l'ancienne puissance paternelle¹⁰, le développement des droits de la personnalité avec l'extension du champ de la vie privée¹¹ et l'autonomisation du droit à l'image¹², ou encore la protection des majeurs incapables avec l'introduction dans le Code civil de trois régimes spécifiques de protection, la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle¹³. Il ne faut point sous-estimer de tels changements : il s'agissait en effet de réformer en profondeur le droit civil des personnes et de la famille sans accomplir pour autant une rupture brutale. La « marche des neuf sœurs »¹⁴ fut ainsi la conquête de l'avenir sans être la victoire sur le passé. Conscient des dangers inhérents à des remaniements incessants, le législateur avait en effet choisi de « préserver de ces péripéties ce qu'il y a de plus fondamental dans le droit du *civis*, le droit civil, en donnant à ce droit un terrain de référence, un lieu d'ancrage, un symbole dans le temps des ancêtres, dans le passé mythique »¹⁵. La prudence inspire donc le maintien d'un héritage, d'une tradition guidant l'action du législateur, tout en lui conférant une certaine légitimité.

4. Au sein du « bâti de 1804 »¹⁶ figurait une notion symbolisant cette évolution prudente du droit, garantissant un lien rassurant entre le passé et l'avenir : les bonnes mœurs, héritage du droit romain, qui envisageait l'ordre public selon la distinction entre *jus publicum* et *leges*¹⁷. À travers elle, les bonnes mœurs se dévoilaient déjà comme une limite à la liberté des parties dans l'élaboration de leur contrat. Cette

8. J.-E.-M. Portalis, Présentation au corps législatif et exposé des motifs du titre du *Mariage*, P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, t. 9, p. 138.

9. Aussi les concubins, même non adultères, étaient-ils frappés dans l'ancien droit d'une incapacité de recevoir des libéralités par donation ou testament. Par ailleurs, l'article 340 du Code civil faisait obstacle jusqu'à la loi du 16 novembre 1912 à toute action en recherche de paternité fondée sur le concubinage.

10. Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

11. Dont tous, et particulièrement la Cour européenne des droits de l'Homme, s'accordent à dire qu'elle ne peut être définie, tant ses applications apparaissent diverses et variées.

12. Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000, n° 98-21161, *Bull.* I, n° 321 ; D. 2001, p. 1987, obs. Chr. Caron et p. 2434, note J.-Chr. Saint-Pau ; *RTD civ.* 2001, p. 329, obs. J. Hauser.

13. Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

14. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, LGDJ, 2^e éd., 2014, p. 13. L'expression désigne les neuf lois ayant, sous la plume du doyen Carbonnier, réformé l'ensemble du droit des personnes et de la famille entre 1964 et 1977, (la tutelle le 14 décembre 1964, les régimes matrimoniaux le 13 juillet 1965, les incapables majeurs le 3 janvier 1968, l'autorité parentale le 4 juin 1970, les liquidations successorales le 3 juillet 1971, la filiation le 3 juillet 1972, l'âge de la majorité le 5 juillet 1974, le divorce le 11 juillet 1975 et l'absence le 28 décembre 1977).

15. *Ibid.*, p. 10.

16. *Loc. cit.*

17. Le *jus publicum* désigne les règles obligatoires car elles concernent l'utilité publique, tandis que les *leges* font référence aux lois que le contrat doit respecter, (v. D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^e éd., 2012, pp. 374-376).