

LE CORPS ENTRE PERSONNES ET CHOSES: LE STATUT NORMATIF ET JURIDIQUE DU CORPS HUMAIN

MARIA MICHELA MARZANO PARISOLI*

1. Le corps: un objet juridique particulier

Depuis quelques années, les greffes et la possibilité d'utilisation des différentes parties et composantes du corps humain ont suscité un réveil de la normativité éthique et juridique¹ afin de comprendre et expliquer non seulement la relation entre personnes et corps dans le monde, mais aussi la place du corps dans le milieu juridique. A cause des grands progrès de la médecine et de la science qui rendent possibles et réalisables des choses autrefois impensables, la solution juridique traditionnelle - selon laquelle le corps doit être identifié avec la personne - ne semble plus en effet capable de donner au corps une place adéquate dans le droit.

Par ailleurs, toutes nos sociétés se débattent avec le problème de l'écart entre une demande quasi-illimitée de soins pour la personne-sujet, et une offre de soins limitée à son corps-objet². Le droit contemporain sur le corps oscille ainsi visiblement entre couples de termes opposés. En tant que "objet juridique nouvel"³, le corps se

*. Centre de Recherche Sens, Ethique et Société (CNRS, Paris) 108 rue Cardinet, 75017-F Paris, e-mail: lm.parisoli@online.fr.

1. Cf. S. Goldberg, *Culture Clash. Law and Science in America*, New York, New York University Press, 1994; R.H. Foster - P. W. Huber, *Judging Science. Scientific Knowledge and the Federal Courts*, Cambridge Mass., Mit Press, 1997; F. Fagioli, *Questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Milano, Giuffrè, 1997.
2. Cf. A. Fagot-Largeault "Problèmes d'éthique médicale posés par de nouvelles techniques thérapeutiques: greffes d'organes, de tissus et de cellules", in *L'Ethique à la croisée des savoirs*, textes réunis par P. Livet, Vrin, Paris, 1996, pp. 13-52.
3. S. Rodotà, *Ipotesi sul corpo giuridificato*, in *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp.179-205, a p. 179.

place entre personne et chose, unité et multiplicité, nature et artifice. D'une part, il y a la difficulté de concilier la personne-corps de la science juridique avec la chose-corps de la science médicale. D'autre part, il y a la difficulté de rendre compte du corps à la fois comme unité et comme ensemble d'organes différents qui peuvent à leur tour être distingués entre éléments constitutifs (rein, sang, moelle, etc.) et produits (urine, cheveux, placenta, lait, etc.). Enfin, à côté du corps naturel et de ses parties il y a aujourd'hui une série d'éléments du corps produits artificiellement qui rendent la distance entre corps naturel et corps artificiel toujours plus difficile à cerner⁴: la possibilité de produire par un processus technique des éléments séparés identiques aux éléments naturels du corps humain (par exemple une ou plusieurs séries de gènes) transforme le corps en produit de la science et permet aux juristes de parler de brevetabilité non seulement à propos des objets inanimés, mais aussi à propos du corps humain⁵.

Quel statut peut alors avoir aujourd'hui le corps et quelle réponse peut nous donner le droit? Y a-t-il un nouvel encadrement juridique du corps, de ses parties et de ses produits qui soit capable à la fois de respecter la relation intrinsèque entre chaque personne et son corps et de permettre les greffes et l'utilisation des diverses parties et composantes du corps humain?

Sur un plan philosophique nous pouvons dire, à la suite d'auteurs comme Merleau-Ponty et Marcel⁶, que le corps est en même temps quelque chose que nous avons et que nous sommes⁷. La dichotomie entre l'être et l'avoir n'est d'ailleurs jamais une dichotomie précise. Les mêmes verbes "être" et "avoir" ont une polysémie essentielle. Comme l'a montré Aristote, plus précisément encore que Platon, l'être se dit de différentes manières: l'être potentiel et germinal n'est pas l'être actuel et achevé, parce que l'être se dit en même temps de la puissance et de l'acte. En appli-

4. A. Hyde, *Bodies of Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

5. La Directive Européenne sur la brevetabilité du vivant du 6 juillet 1998, par exemple, tout en proclamant que les éléments du corps ne peuvent être brevetés (cf. art. 5.1: "Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables"), ajoute que "Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel" (art. 5.2).

6. M. Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, 1945; *Le Visible et l'Invisible*, Paris, Gallimard, 1964; G. Marcel, *Être et Avoir: Journal métaphysique*, Paris, Aubier, 1968.

7. Cf. à ce propos ce que Rosmini disait déjà en 1846-48 (A. Rosmini, *Psicologia*, I, V, ch. 13, in *Opere*, vol. X-1, Stresa, 1989).

quant alors cette distinction à la dichotomie “être le corps/avoir le corps”, la proposition “je suis mon corps” devient en même temps vraie et fausse. Si l’être s’entend de la puissance, le sujet humain est bien son corps, car celui-ci exprime et rend possible la vie dans le monde. Donc, “je suis mon corps” est une proposition vraie. Si au contraire l’être s’entend de l’actualité, le sujet humain n’est pas son corps, car la personne ne s’identifie pas purement et simplement à son corps. Dans ce cas-là, “je suis mon corps” est une proposition fausse. Et le même discours peut être fait à propos de l’avoir. Comme l’a montré en effet Gabriel Marcel, l’avoir s’entend soit de la prise de possession, soit de l’expérience du recevoir et de la prise de conscience. C’est pourquoi la proposition “j’ai mon corps” est à la fois vraie et fausse: la proposition est fausse si elle exprime la possession parce que le corps n’est pas un simple objet que nous “avons” (le corps n’est pas d’ailleurs une *propriété*, comme nous le verrons en détails, mais il est plutôt ce qui nous *appartient* et donc une *possession ontologique*) à moins de tomber dans une représentation mécaniste du corps. Mais la proposition est aussi vraie, parce que nous avons reçu notre corps à la naissance afin de vivre dans le monde et de communiquer avec autrui (comme nous allons voir surtout dans le troisième chapitre). Nous ne pouvons pas être simplement notre corps, parce qu’il y a un excès dans la personne qui ne peut jamais être réduit au corps physique. Mais nous ne pouvons pas non plus avoir simplement le corps, à moins de supposer que le sujet de cet avoir soit une âme désincarnée qui habiterait ce corps comme le pilote son navire.

Sur un plan juridique, cependant, le problème est beaucoup plus complexe parce qu’il semble plutôt difficile de résoudre le problème de l’encadrement normatif du corps en utilisant les deux catégories (personnes et choses) que le droit a toujours utilisées pour régir le monde: même si le droit ne peut pas éviter de placer le corps dans la réflexion juridique, aujourd’hui la demande d’éclaircissement normatif au sujet de ce qu’on peut faire et ne pas faire à son égard étant continue⁸, il semble évident que la règle juridique semble avoir entériné la réalité de certains usages du corps qui lui a été imposée, notamment, par la représentation “objectivante” et médicale du corps, sans arriver à donner une solution satisfaisante au problème de son statut normatif.

8. L’un des problèmes principaux, d’ailleurs, est que “Les potentialités qu’offre la technique ne portent pas en elles-mêmes leur propre légitimité morale qui s’induit de l’objet auquel elles s’appliquent: comme les intentions sont impuissantes à justifier l’acte indépendamment de son *objet* auquel elles tendent”, *Persona ou la justice au double visage*, Gênes, Biblioteca di Filosofia Oggi, 1990, p. 217. C’est pourquoi le souci bioéthique comporte une interrogation sur les limites de la connaissance scientifique, pour autant que celle-ci paraît indissociable d’un pouvoir-faire, d’une puissance technique de transformation de la nature humaine elle-même.

Le véritable problème, par ailleurs, est que la demande contemporaine de plus en plus forte de droit, renforcée parallèlement par une montée en force de l'éthique, fait resurgir des questions anciennes de philosophie du droit surtout concernant la signification de la règle de droit: la question qui se pose est en effet si cette règle doit être antérieure à l'élaboration des normes morales ou, à l'inverse, si elle doit être le reflet des valeurs établies par la société ou reconnues par les philosophes⁹. Ma démarche a alors comme point de départ la certitude qu'entre le domaine de l'éthique et celui du droit il y a une distinction, parce que les instruments utilisés sont différents: le droit a un pouvoir d'obligation que l'éthique n'a pas et découle d'une autorité qui ne se pose pas toujours des problèmes moraux. Cependant, l'éthique a un pouvoir d'évaluation que le droit n'a pas et donc elle peut (et à mon avis elle doit) avoir toujours la possibilité de s'interroger sur la valeur morale des normes établies par l'autorité juridique. Dans ce contexte, je suis d'accord avec Catherine Labrusse-Riou qui souligne que le droit est par essence une "instance de jugement sur les faits"¹⁰, mais, en même temps, je pense aussi que l'éthique est par essence une instance de jugement sur le droit. Dans cet article j'essaierais donc, en tant que philosophe moral, de "juger le droit" à propos du corps humain, en examinant si le droit est capable aujourd'hui de donner un véritable statut au corps humain et de satisfaire ainsi la demande contemporaine d'éclaircissement normatif à son égard. Notamment, mon hypothèse est que la solution classique, selon laquelle le corps doit être complètement identifié avec la personne, de même que la solution contemporaine d'une réification du corps afin de le considérer comme une chose dont nous disposons, ne sont pas capables de donner au corps un statut juridique adéquat. La première solution, en effet, n'est pas capable de justifier les greffes sans arriver à une incongruité logique. Par contre, la deuxième solution ne nous permet pas de respecter la relation intrinsèque que chacun de nous vit avec son propre corps.

Par ailleurs, l'un des plus importants points d'interrogation philosophique et éthique est lié à l'expression "droit de disposer de son corps" qui révèle l'existence d'une ambiguïté fondamentale à l'égard du corps humain. Cette expression peut en effet désigner, dans une acception *minimaliste*, un droit de disposition que le sujet exercerait sur différents éléments de son corps; on songe ici aux organes, aux pro-

9. "Le droit, ainsi placé en constante relation dialectique entre les faits d'une part et la morale d'autre part, entre les dimensions universelles et singulières de cette dernière, conserve son autonomie propre à assurer le mouvement des uns aux autres; fermé sur ses propres limites, le droit doit fournir un instrument ouvert de régulation", J.-L. Baudouin & C. Labrusse-Riou. *Produire l'homme de quel droit?*, PUF, Paris, 1987, p. 144.

10 C. Labrusse-Riou, "Les procréations artificielles: un défi pour le droit", *Ethique médicale et droit de l'homme*, Actes Sud-Inserm, Paris, 1988, p. 67.

duits et éléments du corps humain, aux fonctions reproductives, voire au corps dans sa totalité (cas de l'expérimentation biomédicale). Mais elle peut également signifier, dans une acception *maximaliste*, une mutation du droit de disposer de son corps en droit de disposer de sa vie, notamment de manière tout à fait radicale, c'est-à-dire en y mettant fin. De plus, le droit de disposer de son corps repose, dans la plupart des cas, sur une représentation dualiste des entités "corps" et "personne", les deux étant conceptuellement dissociées, qui transforme le corps en instrument sans plus de valeur intrinsèque. C'est pourquoi le droit de disposer de son corps semble en concurrence non seulement avec le principe d'indisponibilité, mais aussi et surtout avec le principe de respect du corps humain.

La solution que je propose est alors d'utiliser une catégorie juridique particulière, c'est à dire celle du *dominium*. Parler de *dominium* signifie en effet parler d'une maîtrise naturelle du corps à la fois capable de ne pas identifier la personne avec le corps et de ne pas considérer le corps comme une propriété de la personne. D'une part, d'ailleurs, le corps n'est pas identifiable à la personne, parce que la personne est toujours quelque chose qui dépasse le corps qu'elle habite; d'autre part, si la propriété est un droit positif qui permet de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, le droit de *dominium* est plutôt un droit naturel qui nous permet d'être, de vivre et de jouir de notre corps sans aucun *abusus* (c'est-à-dire d'une façon non absolue).

Pour synthétiser les aspects principaux de ce travail, mon but est alors de justifier les thèses suivantes:

- 1) La dichotomie classique entre choses et personnes n'est pas capable de résoudre le problème de la réelle relation entre la personne et son corps parce que le corps ne peut être considéré ni comme tout à fait identique à la personne, ni, en même temps, comme une chose parmi les autres;
- 2) Les conséquences d'une identification du corps avec la personne ne sont pas acceptables car ainsi nous ne pouvons pas arriver à donner un véritable statut juridique au corps, ni à justifier les greffes;
- 3) Les conséquences d'une identification du corps avec les choses sont inacceptables parce que, si le corps devient une propriété de la personne, nous justifions ainsi le suicide et encore le commerce répugnant des diverses parties du corps;
- 4) Une relation entre la personne et son corps n'est bonne que si la personne reconnaît le droit de *dominium* sur son corps: le corps est une propriété naturelle de la personne que chacun doit maîtriser; chaque personne possède à la fois des droits et des devoirs sur son corps.

2. La dichotomie entre personnes et choses: une distinction entre sujets de droit et objets de droit

Du point de vue juridique le monde est régi par une distinction fondamentale (*summa divisio*), celle des personnes et des choses, qui remonte au droit romain et qui a été construite à fin de fixer les relations que les personnes entretiennent entre elles et avec les choses¹¹. Dans le droit romain, en effet, pour la première fois l'homme est séparé de toutes les autres choses. Comme le dit Justinien dans les *Institutiones*: "tout droit dont nous usons se rattache soit aux personnes, soit aux choses, soit aux mises en scène des procès"¹². Cependant, il faut aussi reconnaître que chez les Romains la notion de chose et celle de personne ne sont pas véritablement éclaircies. Le mot romain *res*, par exemple, est utilisé pour indiquer une catégorie grammaticale polyvalente. La *res* fait un lien entre choses différentes et renvoie plutôt à la logique de l'ensemble, au fonctionnement des interprétations et à tout l'implicite qui soutient le système. La "chose" romaine, donc, nous renvoie à ce dont on parle même si on ne dit pas précisément en quoi elle consiste. D'autre part, le mot romain *persona* renvoie explicitement, comme nous l'a très bien montré J.-M. Trigeaud¹³, au masque utilisé par les acteurs, et donc au rôle que l'acteur jouait dans une pièce. Afin de qualifier la personne, ce qui compte est surtout le rôle joué par l'individu plutôt qu'une définition substantielle de la personne. En particulier, la personne est un acteur parce qu'e-

11 M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1969; *Le droit romain*, PUF, Paris, 1972, p.44; J.-C. Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Thèse, Bordeaux, 1998.

Il me semble très intéressant, dans ce contexte, de rappeler la position de Rosmini qui dans la *Philosophie de la politique* (Bière, Bordeaux, 2000) analyse la distinction entre choses et personnes d'une façon particulière en écrivant: "Les êtres sont tous des choses: certaines de ces choses sont aussi des personnes. Toutes les personnes sont donc des choses, mais toutes les choses ne sont pas des personnes. Toute personne peut donc être considérée sous deux aspects: sous l'aspect de chose et sous l'aspect de personne" (p. 118). Seulement à l'égard de la personne, en tant que telle, on peut d'ailleurs parler de la possibilité d'un véritable accomplissement ("L'état agréable appartient à la nature; l'accomplissement relève de la personne", p. 327).

12 *Institutiones*, I.2. 12., in principio: "omne autem ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones". Cette remarque, comme l'a écrit Pierre Legendre, "implique que nous ayons le plus grand mal à nous sentir parmi les choses et choses nous-mêmes, à considérer que nous puissions être en commerce avec un ordre des échanges où nous serions à la fois négociateurs et négociés, offrandes parfois d'un sacrifice, mais toujours inclus dans la circulation des créances et des dettes" (P. Legendre, *L'instimable objet de la transmission*, Fayard, Paris, 1985, pp. 26-27).

13 J.-M. Trigeaud, *Persona ou la justice au double visage*, Biblioteca di Filosofia Oggi, Genova, 1990, et aussi "La personne", *Archives de Philosophie de Droit*, 34, 1989, p.103.

Ile est un sujet de droit: selon la pluralité des rôles effectifs qu'elle joue dans la société, la personne est essentiellement définie par la (les) fonction(s) qu'elle remplit, de même que par le statut afférent à cette fonction. La personne est alors une catégorie abstraite utilisée par la jurisprudence qui ne considère pas la réalité physique et corporelle de l'être humain: "La personne juridique est une notion qui fut conçue au sein de la civilité romaine pour mettre en scène l'homme sur le théâtre de la vie juridique [...] L'invention de la personne et, corrélativement, la censure du corps humain s'imposèrent, dans la civilité romaine, comme les conditions indispensables pour que le droit des hommes puisse gérer la matière humaine"¹⁴.

Mais ici je ne veux pas faire une histoire des ces concepts juridiques, ni un examen précis de ces notions. La seule chose que je voudrais souligner est que même aujourd'hui la notion de chose et celle de personne posent des problèmes aux juristes. D'une part, en effet, la notion de chose n'est pas exactement précise en droit positif: le terme "chose" est utilisé aujourd'hui pour désigner tout et n'importe quoi. Comme l'a écrit Carbonnier, avec ce terme on peut désigner "un boeuf, un oeuf, mais aussi les usines Renault, un billet de cent francs, l'étang de la Ville d'Avray"¹⁵. Et on peut dire le même à propos du terme "bien". Bien que ce terme soit beaucoup plus précis de celui de "chose", la distinction entre *bien* et *chose* n'est pas unanime dans la doctrine juridique. Même dans le *Code Civil* il y a une confusion évidente: l'art. 544 parle des choses que l'on peut posséder ("la propriété est le droit de jouir de la chose de la manière la plus absolue"), alors que les articles 516 et suivants utilisent le terme de bien; ce qui a conduit la doctrine à hésiter parfois à reconnaître aux choses une existence juridique au détriment des biens. La seule certitude est que les choses sont toujours objet du droit et jamais sujet du droit: pour cette raison les choses peuvent être objet de propriété et se prêter à la maîtrise absolue de l'homme¹⁶.

D'autre part, pour ce qui concerne la personne, cette notion est utilisée non seulement pour désigner une personne physique, mais aussi pour indiquer une personne juridique. A partir de la définition romaine, la personne va donc subir une double évolution. La première concerne l'adéquation entre homme et personne: la reconnaissance dans tout être humain d'une personne au sens juridique du terme et donc la reconnaissance de tous les hommes comme personnes physiques et sujets de droits. La seconde évolution est celle qui a conduit les juristes à donner au terme de personne un sens de plus en plus précis et technique pour qualifier aussi les groupements formant corps,

14 *Ibidem*, art. cit., p. 59.

15 J. Carbonnier, *Droit Civil*, PUF, Paris, 1975, tome III, p. 57.

16 F. Terré, P. Simler, *Droit Civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 1992.

c'est-à-dire les personnes morales ou juridiques. Mais le fait que nous avons aujourd'hui des personnes physiques et des personnes juridiques n'empêche pas les juristes de définir la personne comme un sujet de droits (c'est-à-dire comme le point d'imputation des droits et des obligations juridiques) et, surtout, ne les empêche pas d'interdire toute atteinte à la dignité de la personne. Chaque être humain doit être respecté dès le commencement de la vie et il ne peut jamais devenir un objet de droits. Les personnes sont en effet toutes hors commerce et ne peuvent jamais être l'objet d'une convention: on ne peut pas acheter ou vendre une personne comme on fait au contraire avec les choses qui peuvent toujours être objet d'une convention¹⁷. Au contraire des choses, donc, les personnes jouissent de droits propres qui leur permettent de se faire connaître et respecter en tant que personnes et de devenir propriétaires de choses¹⁸.

La sauvegarde de la dignité contre toute forme d'asservissement et de dégradation est d'ailleurs un principe à valeur constitutionnelle¹⁹ même si le concept de dignité n'a jamais été défini par les textes juridiques. La Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine, adoptée en novembre 1996 (ratifiée à Oviedo le 4 avril 1997), affirme par exemple que la dignité humaine doit être respectée dès le commencement de la vie, mais elle ne nous dit pas assez à propos du contenu de la dignité. Après l'article 1 selon lequel la Convention protège "l'être humain dans sa dignité et son identité" en garantissant à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, elle se contente d'affirmer que "nul ne peut être soumis... à des traitements inhumains ou dégradants" (art. 3), sans cerner d'aucune façon cette notion. Également, le Conseil constitutionnel français, qui a extrait le principe de dignité de la personne humaine de la Constitution de 1946, n'a pas donné une définition de la dignité de la personne humaine et de ce qui est de nature à porter atteinte à son intégrité. La dignité humaine est tantôt citée comme un fondement non juridique des prérogatives juridiques de l'être humain, tantôt comme concept juridique et spécifique capable de fonder droits et libertés de la personne humaine. Cependant, cette notion dérive d'un postulat phi-

17 "Le principe de l'inviolabilité de la personne humaine relève d'un principe fondamental de la morale, qui est à la base de toute civilisation: le respect de la personne humaine". Gascon, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, éd. Y. Blais, Cowansville, 1993, p.11.

18 J. Carbonnier, *op. cit.*, tome I, p.227: «Les personnes, au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits; ce sont d'une expression équivalente les sujets de droit».

19 Comme le disait la *Déclaration des droits de l'homme* incluse dans la Constitution française de 1793: "Tout homme peut engager ses services, son temps. Mais il ne peut se vendre ni être vendu. Sa personne n'est pas une propriété aliénable" (Art. 23).

losophique et éthique selon lequel il existe une nature humaine différente de celle des choses et des animaux²⁰ qui ne pourra jamais être démontré et qui, pourtant, est à la base non seulement des positions liées à la tradition judéo-chrétienne²¹, mais aussi du rationalisme philosophique et notamment du kantisme. Comme l'écrit en effet Kant dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs*: "Ce qui se rapporte aux inclinations et aux besoins généraux de l'homme, cela a un prix marchand; ce qui, même sans supposer de besoin, correspond à un certain goût... cela a un prix de sentiment; mais ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais a une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une dignité. Or la moralité est la condition qui seule peut faire qu'un être raisonnable est une fin en soi; car il n'est possible que par elle d'être un membre législateur dans le règne des fins. La moralité, ainsi que l'humanité, en tant qu'elle est capable de moralité, c'est donc là ce qui seul a de la dignité"²². C'est sur la base de sa dignité que la personne a chez Kant un rôle privilégié. Mais c'est aussi sur la base du principe de la dignité de l'être humain qu'aujourd'hui est condamnable le statut d'objet ou d'instrument auquel peut se trouver ravalée la personne. La dignité, quelle que soit son contenu exact, est aujourd'hui une valeur indérogeable²³, exactement comme indérogeables sont les valeurs d'intangibilité et d'intégrité qui découlent de la dignité de l'être humain²⁴.

3. L'identification du corps à la personne: le problème de la dérogação

Le corps humain est-il susceptible d'être rangé dans la catégorie des choses, ou peut-il plutôt être rangé dans la catégorie des personnes? Est-il une réalité intangi-

- 20 Comme l'écrit François Borella ("Le concept de dignité de la personne humaine", *Ethique, droit et dignité de la personne*, éd. Economica, Paris, 1999, p. 32): "Ce postulat peut être formulé: il existe une nature humaine. Elle ne se réduit pas à une conception biologique de l'être humain, animal de la famille des mammifères". Cf. aussi la "Préface" au même ouvrage de J.-L. Baudouin: "En philosophie, elle impose donc une norme universelle: la personne humaine doit toujours être perçue comme fin en soi et non comme un simple moyen à la différence du règne des choses et des animaux" (p. IX).
- 21 Dans la tradition judéo-chrétienne la dignité de l'homme est liée à la ressemblance entre l'homme et Dieu. Cf. Gn. 1, 26: "Dieu dit: 'Faisons l'homme à notre image, comme notre ressemblance, et qu'il domine sur les poissons de la mer, les oiseaux du ciel, les bestiaux, toutes les bêtes sauvages et toutes les bestioles qui rampent sur la terre'".
- 22 I. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, PUF, Paris, 1993, p. 113.
- 23 Cf. P. Pedrot, "La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales", *Ethique, droit et dignité de la personne*, pp. 39-50.
- 24 "Elle se réfère à deux autres concepts fondateurs: l'intégrité et l'inviolabilité de la personne humaine", J.-L. Baudouin, "Préface", *Ethique, droit et dignité de la personne*, p. IX.

ble et hors commerce comme la personne ou est-il une chose dont la personne peut jouir et disposer?

Selon l'analyse juridique la plus commune, le corps est associé à la personne. C'est pourquoi le corps n'est pas considéré une chose et donc il est hors commerce et ne peut être l'objet d'aucune convention juridique, de même que la personne. Chez Carbonnier²⁵, par exemple, le corps exprime la subjectivité de la personne et le droit a l'obligation de le reconnaître comme partie du sujet. Le corps exprime en effet pour Carbonnier la réalité corporelle du sujet et le droit, ayant pour objet d'assurer la reconnaissance mutuelle des sujets au sein de la communauté politique, ne peut instaurer aucune distance entre la personne et son corps. Toute distance instaurée entre le sujet et son corps priverait d'ailleurs le droit de l'objectivité dont il a besoin pour ne pas succomber à l'arbitraire, le sujet se donnant justement à reconnaître en son corps. Et ainsi se formulaient aussi les positions juridiques de von Savigny et de von Ihering²⁶, ou encore la position philosophique de Kant²⁷. Mais ici je ne suis pas intéressée à une reconstruction historique de ces positions²⁸. Je veux plutôt analyser les conséquences d'une identification entre corps et personne afin de comprendre si cette position peut nous aider dans le domaine des réflexions éthiques contemporaines.

Or, chez Kant la position est non seulement très claire, mais aussi logiquement impeccable. La dignité de la personne est en effet selon lui la dignité du corps: l'homme ne peut jamais renoncer à sa propre dignité et à la dignité de son corps sans renoncer en même temps à sa propre humanité. C'est pourquoi il ne peut jamais sacrifier sa personne ou se laisser utiliser comme une chose. Sacrifier sa personne signifie en effet renoncer à la valeur de l'humanité: "Quiconque offre son corps à la malice d'autrui pour en retirer un profit, renonce du même coup à sa personne, et celui

25 Cf. aussi: J. Bouton, *L'obligation de se soigner?*, Thèse, Strasbourg, 1990; J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme: de quel droit?*, PUF, Paris, 1987; C. Labrusse-Riou et B. Edelman, *L'homme, la nature et le droit*, Bourgois, Paris, 1988; I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994.

26 K. von Savigny, *Traité de droit romain*, Didot, Paris, 1855 (18401); R. von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Maresca, Paris, 1886-1889 (18651). Chez Savigny et chez Ihering le sujet n'a aucun droit sur sa propre personne et sur son propre corps, parce que il ne faut pas reconnaître un droit au suicide.

27 I. Kant, *Eine Vorlesung Kants über Ethik*, R. Heise, Berlin, 1924; *Métaphysique des moeurs*, Vrin, Paris, 1968. Dans la *Doctrine de la vertu*, Kant analyse le don ou la vente d'un organe comme un suicide partiel, et dit qu'on ne saurait vouloir cela pour soi-même sans contradiction.

28 Cf. N. Poulantzas, *Nature des choses et droit*, LGDJ, Paris, 1965.

qui le paie pour cela agit de façon aussi méprisable que lui”²⁹. A différence des choses dont la personne peut disposer, la personne, possédant le libre arbitre, ne peut jamais se réduire elle-même à l’état de chose: “Ainsi, par exemple, l’homme n’est pas autorisé à vendre un de ses membres pour de l’argent, même s’il devait recevoir dix mille thalers pour un seul de ses doigts, car autrement on pourrait lui acheter tous ses membres. On peut disposer des choses qui n’ont pas de liberté, mais pas d’un être qui possède le libre arbitre”³⁰.

Pour Kant, finalement, l’homme n’est pas propriétaire de lui-même et de son corps parce que le corps n’est pas une chose, mais il est plutôt une partie de lui-même en constituant sa propre personne (“Un homme ne peut faire de sa personne une chose”³¹). C’est pourquoi, les conséquences de l’identification du corps à la personne et de la reconnaissance de la dignité de la personne sont évidentes chez Kant et le conduisent à nier toute utilisation du corps. Au contraire, dans les systèmes philosophiques et juridiques contemporaines, on retrouve souvent des nombreuses contradictions. En droit français, par exemple, depuis les lois de bioéthique de 1994, les caractéristiques normatives du corps humain sont énoncées par les alinéas 2 et 3 de l’article 16-1 du *Code Civil*. Tout d’abord, en effet, il est déclaré *inviolable*, c’est-à-dire qu’une atteinte au corps n’est pas juridiquement admise. Et cela signifie non pas qu’il n’est pas permis à autrui de le violer, mais qu’une des qualités qui s’attache au corps est de ne pouvoir l’être. En outre, l’énoncé “il est inviolable” opère un lien entre le respect du corps humain et sa non-patrimonialité. Le terme “inviolable”, en effet, comprend à la fois l’intangibilité du corps et son caractère sacré, duquel découle la seconde caractéristique selon laquelle le corps et ses éléments ne peuvent pas faire l’objet d’un droit patrimonial. C’est ainsi l’indisponibilité du corps humain fondée sur l’inaliénabilité de la personne qui est véritablement consacrée: le corps n’est pas une marchandise dont on pourrait acquérir la propriété. Intimement lié à la personne, le corps ne peut être pensé comme une entité détachée de cette dernière, et par voie de conséquence il n’est pas susceptible d’appropriation. On retrouve donc ici, apparemment, la traduction formelle de la tradition juridique qui désigne de façon toute “naturelle” le sujet de droit en assimilant le corps humain à la personne elle-même. Cependant, après avoir souligné l’inviolabilité du corps, le *Code* nous dit aussi qu’en cas de nécessité thérapeutique il est possible de porter atteinte à l’in-

29 I. Kant, *Leçons d’Éthique*, Le livre de poche, Paris, 1997, p. 230.

30 I. Kant, *Leçons d’Éthique*, p. 236.

31 I. Kant, *Leçons d’Éthique*, p. 293.

tégrité du corps. Le cadre érigé par le législateur admet donc comme démarche conforme et comme exception légitime à une règle donnée, toute conduite ayant une justification thérapeutique. Mais comment le but thérapeutique d'une opération transformerait-il le recours à un procédé technique en acte moralement acceptable? En réalité, une législation ainsi conçue ne fait que transférer à la profession médicale la responsabilité de l'orientation normative des pratiques. De plus, la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 (intégrée dans le *Code de la santé publique*) fixe les conditions du prélèvement d'éléments corporels et donc d'une intervention sur le corps humain d'un donneur dans un intérêt autre que le sien.

Enfin, après avoir souligné le fait que le corps ne peut pas être l'objet d'un droit patrimonial, le *Code* accepte qu'il puisse faire l'objet de conventions à titre gratuit. Le terme "don" retenu par la loi a été pris au sens d'un acte moral de quelqu'un qui se dépouille de quelque chose exprimant ainsi sa générosité. Il a été choisi par le législateur afin que le corps et ses éléments soient écartés du modèle marchand. Mais une telle vision pose au moins un problème parce que, en principe, on ne peut donner que ce que l'on a. C'est pourquoi, ou bien le corps est la personne et alors aucun don d'organes ne peut avoir lieu, parce que l'intégrité et l'intangibilité de la personne ne le permettent pas; ou bien en donnant un organe, et donc une chose qu'il possède, l'on opère un transfert de propriété et le corps devient un objet parmi les autres, le don devenant la renonciation au caractère inviolable du corps.

Enfin, après avoir fait allusion à l'existence d'une union ontologique entre le corps et la personne, le droit positif français cherche à répondre aux nouveaux usages médicaux du corps par l'affirmation d'un droit de disposer de son corps qui réintroduit cependant une forme de dualisme corps/personne. Dans un premier temps, alors, le discours juridique tente de résister à la contamination par le dualisme et nous donne une représentation moniste des entités "corps" et "personne". Il invoque à cette fin des principes juridiques censés contrer cette évolution en s'opposant à la dissociation conceptuelle entre le corps et la personne, à l'instar du principe selon lequel la personne physique est hors commerce. Néanmoins, par la suite, tant la faible normativité des principes invoqués que leur contrariété croissante avec la réalité des pratiques du corps semblent avoir raison de leurs capacités de résistance au processus d'objectivation juridique du corps, jusqu'à l'introduction de la notion de droit de disposer de son corps. Certes, il reste affirmé que la personne et le corps sont liés par une union fondamentale. Mais il semble aussi évident que la règle juridique semble avoir entériné la réalité de certains usages du corps qui lui a été imposés, notamment, par la représentation objectivante et médicale du corps.

4. Le corps comme une chose sui generis

Un cas très intéressant est celui de J.-P. Baud qui dans son ouvrage *L'affaire de la main volée*³² cherche à résoudre le problème du rapport entre chaque personne et les parties de son corps d'une façon différente. En particulier, pour Baud chacun est propriétaire de tout élément qui provient de son propre corps. Et pour montrer la validité de sa thèse il cite deux exemples, l'un fictif et l'autre réel. Le premier exemple est celui d'un malheureux bricoleur qui par accident se coupe la main par la scie qu'il utilise: son pire ennemi, en passant par là, prend la main coupée et la jette dans la chaudière. Le deuxième exemple est celui de John Moore: atteint de leucémie, ses cellules, prélevées par ablation de la rate, sont utilisées par les médecins et monnayées sur le marché pharmaceutique. D'une part, le bricoleur et John Moore sont clairement victimes d'une injustice, mais d'autre part les parties détachées du corps sont considérées comme des choses susceptibles d'appropriation. Pour cette raison le seul moyen d'éviter cette injustice est pour Baud de reconnaître *a priori* comme propriétaire de ces choses détachées, dans le premier cas le bricoleur et dans le deuxième cas John Moore. Mais le bricoleur et Moore ne peuvent être propriétaires de ces choses détachées que s'ils sont reconnus propriétaires de leur propre corps; pour Baud chacun doit être maître de soi même et de son corps pour éviter qu'il puisse être dépouillé de lui-même: "Compte tenu du fait que le cadavre est incontestablement une chose, qu'un élément séparé du corps est aussi une chose et que ces dons corporels, dont la médecine aura de plus en plus besoin, portent sur ce qui est approprié avant l'acte généreux, il faut pour ces diverses raisons réaliser qu'en l'absence de notion intermédiaire entre la personne et la chose on ne peut faire autrement que classer le corps dans la catégorie des choses"³³.

Mais la position de Baud est encore plus compliquée parce qu'il pense que le corps n'est pas une chose parmi les autres mais est plutôt une chose *sui generis*, c'est-à-dire que le corps est une propriété, mais il est aussi une propriété hors commerce: "L'appropriation du corps par la personne permet de définir clairement le droit sur le corps; elle permet aussi de le garantir efficacement et d'en fixer les limites"³⁴. Cependant, il convient de considérer qu'il n'est pas évident de s'engager à affirmer que le corps est une propriété et en même temps soutenir qu'il est une propriété hors com-

32 J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, Paris, 1993; cf. sa critique dans X. Dijon, *Droit naturel*, PUF, Paris, 1998, p.137s.

33 J.-P. Baud, op. cit., pp. 212-213.

34 *Ibidem*, op. cit., p. 224.

merce. Dès que nous parlons de propriété, en effet, il nous faut admettre non seulement la possibilité d'un droit d'*usus*, mais aussi d'un droit d'*abusus*.

5. Le corps comme propriété: l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*

Le droit de propriété est sans doute le plus important des droits réels: il est défini dans l'article 544 du *Code Civil* comme "le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements". Donc, c'est un droit exclusif et perpétuel et chaque propriétaire ne peut consentir de limitations quelconques à son droit de propriété: il peut user (*usus*), profiter (*fructus*) et aussi abuser (*abusus*) des choses; pour cette raison il peut transformer la substance des choses et même les détruire³⁵.

Si nous définissons le corps comme une propriété de la personne, alors, il faut considérer la conséquence de cette position: le corps devient une chose dont le propriétaire peut user (*usus*), jouir (*fructus*) et aussi disposer (*abusus*); le corps devient ainsi une chose que la personne peut transformer et même détruire. Si le corps est une propriété, chacun pourra alors vendre, supprimer, louer, prêter, tout ou partie de son corps, gratuitement ou contre rémunération, pour quelque finalité que soit aux conditions du marché.

Si on considère la position des philosophes comme John Harris³⁶ et Bernard Lemennicier,³⁷ il faut d'abord reconnaître que la possibilité d'une définition du corps comme une propriété est prise en considération comme le seul moyen d'établir une véritable relation entre chaque personne et son corps. Harris et Lemennicier pensent en effet que si chacun est le propriétaire de son corps alors il est vraiment libre de disposer de sa propre vie et de devenir un être humain autonome. Le contrôle individuel sur son propre corps est perçu comme une manifestation de la liberté indivi-

35 Cf. E. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Plon - LGDJ, Paris, 1928, notamment p. 242, en bas de page. Comme Cuq nous l'explique, en s'appuyant sur le Digeste, dans le régime de propriété individuelle le propriétaire peut librement disposer de sa chose, la "consommer par l'usage" (D. VII, 5, 5.1) et en faire un usage définitif en l'aliénant ou en la détruisant (D. VII, 1, 27, 1).

36 J. Harris, *Wonderwoman & Superman*, Routledge, London, 1992; J. Harris, *The Value of Life*, Routledge, London, 1985.

37 B. Lemennicier, «Le corps humain, propriété de lí...tat ou propriété de soi?», *Droits*, n° 13, 1991.

duelle³⁸. La chose la plus importante pour chaque être humain est - selon Harris et Lemennicier - la possibilité d'un libre choix et la possibilité d'exercer un pouvoir sur soi même et sur son propre corps. Le droit de disposer devient un pouvoir, une liberté de disposer, intégrée à l'autonomie et liée au principe de l'autodétermination de chaque personne.

Dans ce contexte le raisonnement que Harris nous offre à propos de la liberté de disposition du corps est très intéressant: décider de donner une partie de son propre corps est en effet un risque, mais ce n'est pas un risque différent de celui que nous prenons si nous décidons de rouler à toute vitesse ou de boire beaucoup de vin ou de nous adonner aux jeux de hasard. Pour Harris ces actions impliquent un risque, mais il faut les accepter parce qu'elles sont le résultat d'un choix personnel: je peux donner mon rein même s'il y a des risques de maladies, parce que cette décision est la mienne. Et pour cette raison Harris pense qu'on peut aussi décider de donner une partie vitale de son propre corps comme le cœur: chacun est maître de soi-même et de sa vie. Mais si le corps est une propriété de la personne, et si la personne peut décider de donner une partie quelconque de son corps, alors il faut accepter qu'elle puisse aussi vendre une partie de son corps et accepter également la possibilité d'un véritable commerce des organes. Puisque se vendre librement à un autre ne viole pas le principe d'autonomie, ces transactions sur les organes du corps humain relèvent de la sphère privée des individus libres, sphère qu'il faut protéger.

Par ailleurs, dès que nous analysons la position de Lemennicier, chez lui nous trouvons la théorisation d'un véritable marché du corps où se rencontre le libre marché de l'offre et de la demande des êtres humains à propos du corps. Pour Lemennicier, en effet, le corps humain n'est pas différent d'une machine biologique dans laquelle notre esprit est incorporé: "Le point essentiel ici est que l'on reconnaisse à l'esprit - parfaitement identifié par son empreinte génétique - un droit de propriété privée sur cette machine pour les simples et seules raisons: 1) qu'il est incorporé dans cette machine, 2) qu'il en est en général le seul occupant, 3) qu'il ne peut en changer"³⁹. Cependant, un droit de propriété privée sur son corps n'est possible que si le corps appartient au domaine des objets. Et si le corps n'est rien d'autre qu'une chose parmi les autres, alors "on peut user, disposer et transférer tout ou

38 Cf. H. T. Engelhardt, *The Foundation of Bioethics*, Oxford University Press, Oxford, 1986. Le principe du respect de la liberté des agents moraux est affirmé dans ce livre à propos des greffes, contre Kant lui-même. Engelhardt revendique en effet pour tout sujet moral la liberté, s'il le veut, d'aliéner une partie de lui-même. Le sujet est seul juge de ce qu'il veut pour lui-même: on doit respecter ses choix, même si on les désapprouve.

39 B. Lemennicier, art. cit., p. 116.

partie de son corps comme on le fait de sa maison ou de sa voiture [...] La libre disposition de soi-même conduit à un échange libre des organes à transplanter et ou du matériel génétique”⁴⁰.

Cependant, les conséquences de ces positions sont évidemment très problématiques: le corps humain devient chaque jour plus utilisable par autrui; il devient une réserve de tissus et d’organes; il devient une chose instrumentale, parce qu’il ne confère pas à l’être humain une essence, mais tout au plus une condition existentielle⁴¹; il devient, finalement, ce qu’on peut aliéner et détruire.

Bien que la science et la médecine se battent afin d’améliorer le bien-être des hommes, la stratégie qui conduit à la justification de la destruction du corps, en passant par la théorisation d’un véritable marché d’organes, ne peut que contredire l’effort soignant pour lequel les transplantations sont nées. La nécessité de justifier la possibilité d’une utilisation du corps à fin de soigner certaines personnes, devient en effet, en même temps, le moyen pour justifier la possibilité de se détruire, ou de permettre la destruction de la vie d’autrui. Je sais bien que beaucoup d’auteurs n’arrivent pas à voir l’aspect paradoxal de ces conséquences: si la décision de donner ou vendre une partie vitale du corps est en effet le résultat d’un choix autonome et libre, personne ne peut (selon Harris, par exemple) la blâmer ou l’empêcher. Cependant, même en laissant à côté les considérations sur la valeur intrinsèque de la vie humaine (mais à ce propos la position de Kant sur le suicide me semble tout à fait valide et personne n’est pas encore arrivé, jusqu’au présent, à prouver le contraire), on pourrait se demander s’il convient vraiment de parler dans la plupart des cas de choix autonomes et libres quand quelqu’un décide de vendre une partie de son corps ou de donner/vendre un organe vital. Quelle est en effet l’autonomie et la liberté d’une personne dépressive qui décide de se suicider? Et encore, quelle est l’autonomie et la liberté de celui ou celle qui ne “possède” rien d’autre que son corps et qui accepte de vendre certaines parties de son corps pour faire manger ses enfants?

Le fait que cela a été toujours accepté à propos de la prostitution ou de la vente de soi-même pour des travaux dangereux et peu rétribués ne pourra jamais être une justification, mais plutôt la preuve des injustices que souvent on accepte. Par contre,

40 B. Lemennicier, art. cit., p. 118.

41 C’est ce que Hans Jonas appelle la “neutralisation métaphysique de l’homme” (H. Jonas, “Toward a philosophy of technology”, *Hastings Center Report*, 9, 1979, pp. 34-43, p. 40). Comme l’écrit en effet Trigeaud: “La matérialisation, la réification du corps de l’homme engendre par là un développement des actes de contrôle et de disposition violant l’intégrité de la personne, la dignité de la chair, et le secret de son intimité”, *Persona ou la justice au double visage*, p. 220.

les discours de certains féministes comme Susan Sherwin⁴² sur l'abstraction et le danger liés au concept d'autonomie personnelle à la Harris ou à la Engelhardt⁴³ sont non seulement théoriquement corrects, mais surtout moralement convaincants. Leur analyse de la fausse autonomie de certaines femmes qui librement acceptent par exemple d'avorter à cause des pressions plus ou moins explicites de l'entourage familial peut difficilement être contestée, même par les libertaires les plus coriaces⁴⁴.

6. Le concept de dominium et le corps comme propriété naturelle de chaque personne

Comment pouvons-nous concevoir l'existence d'un droit de disposition du corps sans pour autant parler d'un droit de propriété? Comment pouvons-nous concevoir l'existence d'un droit sur le corps sans réfuter ce que Xavier Dijon nous dit quand il souligne que: "C'est la nature et non le droit, qui fait que l'homme est et doit rester lui-même en son propre corps. Le lien juridique lie le sujet à autrui; il ne le lie pas à son propre corps: cela, la nature l'a déjà fait pour lui"⁴⁵?

En réalité, la primauté appartient toujours à la personne. Comme l'a écrit l'évangéliste Matthieu: "Si ta main ou ton pied sont pour toi une occasion de péché, coupe-les et jette-les loin de toi: mieux vaut pour toi entrer dans la Vie manchot ou estropié que d'être jeté avec tes deux mains ou tes pieds dans le feu éternel" (Mt. 18, 8). Dans l'Évangile il y a bien sûr une référence à la vie éternelle après la mort qu'au présent j'ai ne pas le moyen d'analyser. Cependant, si nous réfléchissons à ce passage nous pouvons l'interpréter comme la reconnaissance, dans la tradition judéo-chrétienne, de la primauté de la personne. Même si le corps est toujours le temple du Saint Esprit, créé pour donner louange à Dieu et pour ressusciter à la fin du monde, son intégrité peut, au moins en principe, être sacrifiée afin de sauver la vie d'une personne.

42 S. Sherwin, *No Longer Patient: Feminist Ethics and Health Care*, Temple University Press, Philadelphia, 1992; *The Politics of Women's Health: Exploring Agency and Autonomy*, Temple University Press, Philadelphia, 1998.

43 H. T. Engelhardt, *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, Oxford, 1986; *Bioethics and Secular Humanism. The Search for a Common Morality*, Trinity Press International, London/Philadelphia, 1991.

44 Un discours analogue peut être fait à l'égard de la liberté libérale. Comme l'écrit en effet Xavier Dijon: "on se demande si la liberté libérale admet une autre loi que celle du désir qui, lui non plus, ne connaît pas de naissance" (X. Dijon, *La réconciliation corporelle*, Presses Universitaires de Namur, Namur, 1998, p. 24).

45 X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps*, Larcier, Bruxelles, 1982, n. 916.

Dans ce contexte si la personne est indisponible, le corps est au contraire disponible pour sauver la personne et la soigner. Mais ceci ne signifie pas que le corps soit susceptible de violation: le concept d'inviolabilité (qui renvoi toujours au concept de viol) est en effet différent par rapport aux concepts d'intangibilité et d'indisponibilité⁴⁶. Violenter le corps, d'ailleurs, et lui porter atteinte signifie ne pas reconnaître que c'est dans le corps que la personne vit et cette atteinte est aussi contre la personne. Si donc le corps ne doit pas à mon avis être identifié à la personne, en même temps il ne doit pas non plus être ravalé au niveau des choses, parce que dans ce cas il serait susceptible non seulement d'utilisation, mais aussi d'abus en niant ainsi le rapport particulier qu'il y a entre chaque personne et son corps. Je peux donc (et peut être je dois) donner un organe pour sauver une vie, mais je n'ai pas le droit de détruire mon corps: accepter la possibilité de détruire le corps signifie en effet d'accepter la possibilité de détruire la vie d'une personne, le corps n'étant pas un simple objet dont la personne peut faire ce qu'elle veut sans conséquence pour sa vie. Entre corps et personne il y a d'ailleurs une relation étroite parce que la personne vit dans son corps et elle n'existe que corporellement⁴⁷.

Mais alors comment pouvons nous protéger le corps en le considérant comme étant hors commerce? Comment pouvons-nous le rendre inviolable en tant que corps sans l'identifier avec la personne? Sur la base de quel principe peut être condamné le statut d'objet et de chose auquel se trouve ravalé le corps humain s'il devient objet de commerce et si son inviolabilité n'est pas respectée?

Dès qu'on parle du corps et qu'on dit "mon corps", il faut tout d'abord analyser la signification du terme "mon". L'adjectif "mon" peut avoir, en effet, des signi-

46 Pour cette raison je suis tout à fait d'accord avec Anne Fagot-Largeault quand elle écrit qu'un médecin ne peut accepter de sacrifier un malade et donc doit transfuser une personne qui se vide de son sang ou encore chercher un organe à transplanter si la vie d'une personne est en péril. Mais je ne suis pas d'accord avec Engelhardt, dont elle analyse la position, qui pense qu'on ne peut empêcher la vente d'un organe ou encore la donation d'un organe vital: "La notion d'une indisponibilité de son propre corps pour l'agent moral est totalement aberrante. le sujet est seul juge de ce qu'il veut pour lui-même: se faire tatouer, se prostituer, donner un lobe de son foie à un ami malade" (A. Fagot-Largeault, "Problèmes d'éthique médicale posés par de nouvelles techniques thérapeutiques: greffes d'organes, de tissus et de cellules", in *L'Éthique à la croisée des savoirs*, cit., p. 36). Même si le corps n'est pas indisponible, le corps n'est pas en effet une propriété positive mais il est plutôt une propriété naturelle qu'il faut non seulement utiliser, mais aussi soigner et respecter.

47 "Or, il convient de montrer que le corps n'étant précisément pas pure matière, *res extensa* cartésienne, quantifiable et divisible, il constitue une expression, une objectivation de la personne, principe actif et informatif de vie", J.-M. Trigeaud, *Persona ou la justice au double visage*, cit., p. 219.

fications différentes. D'une part il peut avoir une signification possessive: quand on dit "ceci est ma plume", l'adjectif "ma" a la fonction d'adjectif possessif, car en disant que la plume est ma plume, on dit que la plume est ma propriété. D'autre part, ce même adjectif peut être employé de façon non possessive afin d'indiquer l'appartenance, plutôt que la propriété. Si on considère la proposition "X est mon mari" ou la proposition "Y est mon fils", le terme "mon" n'indique pas le fait que X et Y sont ma propriété.

Or, le fait que quelque chose m'appartient implique la possibilité d'exercer des droits sur ce qui m'appartient: chaque parent, par exemple, a des droits par rapport à ses enfants qu'il peut exercer dans le respect de la personne avec laquelle il a une relation de parent à enfant. Cependant, mes droits ne sont pas absolus: je ne dois pas traiter mes enfant comme des objets, ni exercer sur eux un droit absolu.

Dès qu'on parle de "son corps", on pourrait dire qu'il s'agit là aussi d'un rapport d'appartenance: le corps appartient en effet à la personne car il est une partie de la personne, tout en étant un objet différent des autres et sur lequel on ne peut avoir aucun droit de propriété. Dire que le corps n'est pas une propriété absolue de chaque personne ne signifie pas alors que la personne n'a aucun droit de disposition de son corps. Le corps appartient en effet à la personne, car, pour chaque individu, son corps est exactement "son corps". Entre chaque personne et son corps il y a d'ailleurs un rapport d'exclusivité qui transforme l'objet corps en "possession ontologique" (ou appartenance) de la personne. Cependant, cette relation d'appartenance exclusive, n'est pas un rapport de propriété: le corps n'est pas un simple objet du monde, mais est l'objet que chacun, à la fois, *a et est*; il est ce dont on peut disposer, mais la disposition n'est jamais absolue.

Une solution juridique possible afin de qualifier cette relation d'appartenance est d'utiliser une nouvelle catégorie juridique, le *dominium*. Si le corps est un *dominium* de la personne nous pouvons en effet respecter la valeur intrinsèque du corps en justifiant aussi les greffes. Mais maintenant il faut bien comprendre la signification du mot "dominium" et l'origine de ce concept pour montrer finalement pour quelle raison cette catégorie peut être utilisé pour résoudre (ou commencer à résoudre) le problème du corps et de sa place juridique.

Dans le langage juridique romain le mot "dominium" était utilisé pour désigner les droits absolus sur les choses et les animaux⁴⁸: le *dominium* était un droit de propriété mais sans aucune détermination de la notion de droit subjectif. Mais au

48 P. Legendre, *L'incalculable objet de la transmission* cit., p. 26.

Moyen Age le mot “dominium” a changé de signification⁴⁹: il avait en effet de nombreuses significations dont la plupart sont très intéressantes pour notre définition du rapport entre la personne et son corps.

En particulier, au Moyen Age le concept de *dominium* a été utilisé pour désigner des relations protégées comme celles de propriété, même si ces relations n'étaient pas considérées comme droits positifs de propriété. Mais le concept de *dominium* a été utilisé aussi par les théologiens juristes pour indiquer la relation entre chaque personne et sa volonté, c'est-à-dire la relation entre chaque personne et la faculté que Dieu lui avait donné pour la faire arriver à sa perfection (à partir de son parcours terrestre - *in via* - vers la béatitude du Paradis - *in patria*⁵⁰). Alors, d'un point de vue politique et juridique, le *dominium* est tout à fait différent de la propriété parce qu'il n'est pas un pouvoir positif et absolu sur les choses; d'un point de vue philosophique, le *dominium* est par certains aspects un synonyme du droit primitif (*ius primitivum*) que chacun a sur soi-même.

En particulier, il est intéressant de constater que le concept de *dominium* a été utilisé par l'école franciscaine (à partir de Alexandre de Hales - ou plutôt des auteurs de la *Summa fratris Alexandri* - jusqu'à Guillaume d'Occam) pour indiquer le premier et principal droit que chacun a sur soi-même et sur sa volonté. Comme l'a écrit le bx Duns Scot, chaque homme a un *dominium* sur soi-même: “l'homme est *dominus* de ses actes, ainsi qu'il est dans son pouvoir de choisir d'agir d'une façon A, ou bien de son contraire B [...] selon le témoignage de la raison naturelle”⁵¹. L'homme n'est donc pas un animal qui n'aurait aucun *dominium* sur ses *appetiti*. Comme l'a écrit bien Saint Bonaventure: “Chez les animaux sauvages, même si, d'une certaine façon, il est possible de découvrir un *dominium*, [...] à l'égard des actes externes, il n'existe cependant pas de *dominium* à l'égard de l'acte proprement interne, à savoir l'*appetitus*”⁵².

49 M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie de droit*, Sirey, Paris, 1962; A. S. Brett, *Liberty, Right and Nature*, Cambridge Un. Press, Cambridge, 1997; J.L. Aubert, *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, Vrin, Paris, 1954; et L. Parisoli, *Volontarismo e diritto soggettivo*, Istituto Storico dei Cappuccini, Roma, 1999.

50 Guillaume d'Occam, *Reportatio in Quartum Sententiarum*, q. 3-5 (*Opera theologica*, éd. San Bonaventure College, vol. VII).

51 Jean Duns Scot, *Opus oxoniense*, IV, d. 43, q. 2, n. 12, éd. Vivès XX: “homo est dominus suorum actuum, ita quod in potestate ejus est determinare se ad hoc, vel oppositum... per rationem naturalem”.

52 Saint Bonaventure, *In II Sententiarum*, d. 25, pars I, a. unicus, q. 1, éd. Quaracchi, II: “in brutis autem animalibus, etsi aliquo modo sit reperire dominium respectu actus exterioris... respectu tamen actus proprii interioris, videlicet appetitus, dominium non est”.

Pour les Franciscains, chaque personne garde ce droit sur ~~lui-même et sur sa~~ ~~volonté si elle ne veut pas perdre la dignité fondamentale de son existence.~~ Pour cette raison ce *dominium* sur soi (lié au concept de liberté) est à la base de tous les droits subjectifs. Au contraire du droit de propriété, qui est un droit positif, le *dominium* est un droit naturel et primaire pour les personnes. Au fondement du droit subjectif, il y a la reconnaissance de la liberté intrinsèque de chaque personne et aussi la distinction entre le droit de propriété, qui est un droit positif, et le droit de *dominium*, qui est un droit naturel parce qu'il est un droit que les hommes avaient avant le péché originel. Or, pour les Franciscains, la propriété n'était qu'un remède donné par Dieu aux hommes corrompus par le péché. Mais si ce droit est utile aux hommes, il est très différent du vrai droit naturel qui était le seul droit établi avant le péché.

Mais je ne veux pas ici analyser l'histoire du concept de *dominium*, ni approfondir l'exacte fonction du *dominium* dans la position franciscaine. Je ne veux que souligner l'absence de cette catégorie dans les débats contemporains à propos du corps humain. En effet, les Franciscains l'ont utilisée pour décrire la relation particulière entre l'individu et sa volonté, et donc pour décrire la relation fondamentale dans l'ordre naturel des choses. Pourquoi alors ne pourrions-nous pas utiliser cette catégorie pour décrire également la relation qui existe entre l'individu et son corps?

Le corps ne cesse jamais d'osciller entre la réalité subjective de la personne et celle objective des choses; il est en même temps le lieu privilégié de l'intervention médicale et le lieu primaire de la vie, un ensemble d'organes différents et une totalité unique qui permet à chaque personne de vivre dans le monde, une réalité organique et l'ouverture principale sur autrui dans sa corporéité concrète⁵³. La personne, par ailleurs, n'existe que corporellement parce que sans corps biologique il n'y a même plus de personne physique. Mais, en même temps, la personne n'est pas seulement un corps, parce que sa vie ne pourra jamais être réduite à son corps biologique: chaque personne a avec son corps une relation qui est à la fois constitutive et instrumentale, intrinsèque et extrinsèque, absolue et relative. Dans ce contexte, par le fait de parler de *dominium*, nous pouvons parler du corps comme d'une propriété naturelle de la personne que chacun peut administrer et gérer sans le réduire à simple propriété positive, exactement comme au Moyen Age on pouvait parler de la volonté comme d'une propriété naturelle de l'homme (il suffit de se souvenir de la

53 Je renvoie à ma thèse de doctorat: "Lo statuto del corpo umano: una proposta naturalistica", Scuola Normale Superiore, Pisa, 1998 et à mon livre *Una genealogia del corpo umano: norme e natura*, Vivarium, Napoli, 2000.

naissance médiévale de la théorie de l'imputation des actes: un homme ivre qui commettait un acte criminel n'était pas frappé par la sanction, mais l'homme qui s'enivrait et commettait le même acte criminel était puni, un schéma qui se reproduit aujourd'hui). Si donc pour les Franciscains les hommes avaient un *dominium* sur la volonté, et si cette position leur suffisait, il me semble qu'il faut, à notre époque, souligner explicitement que l'homme peut aussi avoir un *dominium* sur son corps: chaque homme peut en effet avoir un pouvoir sur son corps, mais ce pouvoir est limité par la nature intrinsèque du corps qui est douée d'une valeur intrinsèque et qui, en tant que valeur intrinsèque, doit toujours être respectée⁵⁴.

En utilisant le concept de *dominium*, nous pouvons alors éviter les problèmes que nous avons décrits à propos de l'identification de la personne avec son corps de même qu'à propos de l'*abusus* lié à la propriété du corps. En utilisant le *dominium* nous pouvons en effet expliquer la possibilité des greffes en même temps que nous évitons les conséquences inacceptables qui découlent de la vision d'un corps qui serait quelque chose dont nous pourrions user (*usus*), profiter (*fructus*) et aussi disposer (*abusus*) de la manière la plus absolue et toujours en confiant ses éventuelles limitations à l'arbitraire contingent du législateur. L'histoire nous montre, en effet, qu'une borne pareille ne suffit jamais.

54 Quand on parle de propriété naturelle, en effet, on n'implique pas que quelqu'un puisse faire ce qu'il veut de sa propriété comme il se passe dans le cas d'une propriété positive. Dire d'ailleurs que le corps n'est pas une propriété absolue de chaque personne ne signifie pas que la personne n'a aucun droit de disposition de son corps. Le corps appartient en effet à la personne, car, pour chaque individu, son corps est exactement "son corps". Entre chaque personne et son corps il y a d'ailleurs un rapport d'exclusivité qui transforme l'objet "corps" en "possession ontologique" (ou "appartenance") de la personne. Cependant, cette relation d'appartenance exclusive, n'est pas un rapport de propriété: le corps n'est pas un simple objet du monde, mais est l'objet que chacun, à la fois, *a et est*; il est une chose, mais une chose "sui generis"; il est ce dont on peut disposer, mais la disposition n'est jamais absolue.