

«Le droit contre la morale ou qui décide sur mon corps, sur ma vie et sur ma mort?», par Daniel Borrillo

À qui appartient mon corps? Suis-je maître de ma vie et de ma destinée? Ces questions traversent l'histoire de la philosophie politique et morale et leur réponse juridique conditionne – et parfois détermine – la relation de l'individu à lui-même et à son intimité.

Le mouvement féministe, porté par les avancées techniques en matière de contraception, a permis de poser sur la scène publique, de manière renouvelée, la question de la disponibilité de soi, de son corps et *in fine* de sa vie. Cette problématique n'est pourtant pas nouvelle, elle constitue l'un des fondements du rapport au pouvoir, entendu comme contrainte de vie et de mort (dans l'Ancien Régime) ou comme discipline permanente sur le vivant, depuis l'ère moderne, comme l'a mis en lumière Foucault.

Si les avancées technologiques permettant d'objectiver le corps ont certes renouvelé le débat bioéthique, son ancrage demeure toutefois bien plus ancien. Les Romains organisaient la vie politique à partir de la *summa divisio: alieni iuris et sui iuris* ce qui déterminait la communauté d'hommes libres, maîtres d'eux-mêmes et les autres (femmes, étrangers, enfants, esclaves...) se trouvaient nécessairement sous tutelle. La tradition chrétienne généralise le dispositif tutélaire, désormais le corps n'appartient plus au chrétien. Il est le temple de Dieu, comme le souligne Saint Paul: «Le corps n'est pas pour l'inconduite, il est pour le Seigneur et le Seigneur pour le corps» (I, Cor.6.13.), «celui qui se livre à l'inconduite pêche contre son propre corps» (ibid., 6, 18). Le corps, porteur provisoire de l'âme, est sacré et doit être respecté par les autres comme par celui qui l'habite.

L'Église n'hésite pas à utiliser la figure de l'usufruit pour caractériser le rapport de l'individu à son corps. Reprenant la tradition, Pie XII, dans son [Allocution aux participants du VIIIe congrès international des médecins à Rome, le 30 septembre 1954](#) ^[2], proclamait: «L'homme n'est que l'usufruitier, non le possesseur indépendant et le propriétaire de son corps et de tout ce que le créateur lui a donné pour qu'il en use et cela conformément à la nature».

Si de nos jours la justification chrétienne s'est laïcisée, la doctrine majoritaire des juristes s'accorde, toutefois, à considérer que la vie et l'existence n'appartiennent pas à la personne.

En effet, la technique de la propriété ne semble pas la plus adéquate pour caractériser le rapport de l'individu à son corps et à sa vie. Les publicistes parleront plutôt d'une liberté que d'un droit subjectif et les privatistes oscilleront entre la notion de contrat (lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité civile) ou de primauté de la personne humaine (lorsqu'il s'agit de justifier les limitations à la libre disposition de soi).

Sans rentrer dans le débat jus-philosophique relatif à la nature du droit qui relie la personne à son corps: droit subjectif ou naturel, liberté ou droit de la personnalité..., il semble important de souligner que l'utilisation que la jurisprudence fait de la notion de propriété sur son corps peut être particulièrement bénéfique pour l'individu. Souvenons-nous de la décision de la cour d'appel de Californie laquelle a considéré, dans l'affaire Moore, que le malade avait un droit de propriété sur ses cellules qui ont servi de base à la création d'un médicament breveté par une multinationale pharmaceutique. Cette décision a permis à M. Moore d'obtenir un dédommagement millionnaire.

En France, sans aller jusqu'à invoquer le droit de propriété et dans une décision n'ayant pas la dimension économique de l'affaire californienne, la dissociation du sujet et de son corps est particulièrement bien illustrée par la jurisprudence Perruche où le requérant se plaint du préjudice consécutif à son handicap de naissance. Se plaindre de son corps implique nécessairement de se différencier de celui-ci, à témoigner de sa liberté vis-à-vis de celui-ci. Olivier Cayla a raison d'affirmer que «la liberté de l'individu se pense donc utilement comme une liberté à l'égard de sa propre nature. [...] Cette modernité individualiste et artificialiste [...] pense la personne comme étant le construit de la volonté et non pas le donné de la nature, ou, plus précisément, comme le produit de la technique juridique et non pas comme une qualité ontologique de l'être humain que le droit devrait se contenter de consacrer.»

Au nom de son autonomie, l'individu devient son propre créateur et acquiert la pleine maîtrise et disposition de son corps. L'idée même de modernité implique ce rapport d'appartenance à soi-même. C'est parce que l'on a pu s'arracher à la domination naturelle du monarque absolu que fut possible la délégation du pouvoir aux représentants du peuple. La question est éminemment politique: le lien qui me lie à mon corps et à ma vie apparaît ainsi comme un lien civique et non pas comme un lien naturel comme le prétendait Savigny dans sa formule célèbre «*Jus in se ipsum*».

En ce sens, le slogan des féministes «Mon corps m'appartient» avait une portée émancipatrice: l'individu contre l'autorité, la femme contre l'État, il s'agit selon [Gisèle Halimi](#) ^[3], «d'un point de résistance infranchissable». C'est à partir de cette notion qu'il

nous est permis de penser le rapport de l'individu à son corps, à sa vie et à sa reproduction.

Mais ce point de résistance s'est aujourd'hui déplacé, il se trouve du côté des trans' qui souhaitent accéder au changement d'état civil sans passer par le parcours médical et la stérilisation, il est du côté des femmes qui souhaitent porter un enfant pour autrui, il est également du côté des prostitué.e.s, hommes et femmes, qui se battent pour la reconnaissance du statut de travailleur et travailleuse du sexe, il se trouve aussi du côté de malades qui souhaitent mettre un terme à leur souffrance...

Une démarche démocratique commence donc par penser le lien qui nous lie à nos vies, nos corps et notre descendance non pas à partir d'une idée naturelle ou sacralisée (nécessairement immuable et s'imposant à nous) mais en fonction d'une vision politique, c'est-à-dire soumise constamment à la délibération démocratique. Comme le note Tocqueville, «l'individu est le meilleur comme le seul juge de son intérêt particulier [...], chacun est le meilleur juge de ce qui ne regarde que lui seul».

Mais cette vision de la liberté, propre au XIXe, fut nuancée par [Foucault](#) ^[4], qui met magistralement en lumière des nouvelles formes de domination sur la vie: le biopouvoir, défini par le philosophe comme «l'ensemble des mécanismes par lesquels ce qui, dans l'espèce humaine, constitue ses traits biologiques fondamentaux, va pouvoir entrer à l'intérieur d'une politique, d'une stratégie politique, d'une stratégie générale de pouvoir». Les limites à cette nouvelle forme d'assujettissement semblent acceptées par les sociétés démocratiques qui, conformément aux règles de bioéthique, ont permis de justifier certaines interventions de l'État (et de ses gardiens: hôpital, comité d'éthique, école...) sur les corps des individus. De même, les interventions permettant d'empêcher les abus et les déséquilibres financiers entre les parties semblent un impératif de l'État de droit. Toutefois, la critique du libéralisme et la mise en lumière du biopouvoir ne doivent pas éclipser les principes qui fondent les droits de l'Homme depuis la perspective de la pensée politique moderne, à savoir la liberté de l'individu dans la relation qu'il entretient avec lui-même.

Sur le fondement de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu le droit de tout individu à «l'autonomie personnelle». Est ainsi admise la «faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend», ce qui «peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne». Cette précision des juges de Strasbourg me semble particulièrement éclairante: c'est aux individus de choisir leur conception de ce qui est convenable pour

la réalisation de leurs intérêts. Et nous devons respecter ce choix même s'il nous semble choquant et contraire à la dignité humaine.

L'autonomie personnelle s'exprime particulièrement dans le droit de disposer librement de son corps. «Certaines personnes peuvent ressentir le besoin d'exprimer leur personnalité par la manière dont elles décident de disposer de leur corps», note la Cour. Toutefois, l'absence de consensus et la marge d'appréciation des États limitent considérablement l'autonomie individuelle en tant que droit subjectif. De surcroît, au niveau national, des principes tels que la dignité humaine, l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ou encore le corps hors commerce, additionnés à une supposée «fonction symbolique du droit» constituent un nouvel ordre impératif et transcendant susceptible d'anéantir toute prétention subjective de l'individu à son corps, à sa vie et à sa destinée.

Tout au long de cette journée, le Syndicat de la magistrature nous invite à interroger les arguments déployés en faveur de l'auto-détermination personnelle ou contre elle, lorsqu'il s'agit de protéger l'individu y compris contre lui-même.

Nous pouvons les présenter synthétiquement en deux groupes. D'un côté, les arguments qui mettent en avant l'autonomie morale et la liberté individuelle sous la forme de la prééminence de la *privacy* et de l'autre côté, les arguments selon lesquels les droits de l'individu peuvent être sacrifiés au nom d'une priorité normative sur l'affirmation égoïste des droits individuels et se traduire dans des dispositions juridiques contraignantes: ordre public, identité narrative, communauté de sens, dignité humaine, Humanité...

L'Humanité apparaît dans ce discours comme une entité antérieure à l'humain et s'imposant à lui par l'usage réflexif du principe de dignité humaine. Les droits subjectifs de l'homme doivent donc se subordonner au droit objectif de l'Humanité qui nous habite.

Ainsi, on trouverait les droits de la personnalité d'un côté et les droits de l'Humanité portés par tout un chacun de l'autre. La protection de l'Humanité est ce qui nous permet l'intervention de l'État contre notre volonté, si nécessaire, car Il semble connaître mieux que nous ce qui est digne ou indigne pour nous.

De même, les notions d'indisponibilité de l'état des personnes et de corps hors commerce permettent de justifier les limites à la liberté de l'individu vis-à-vis de lui-même, de sa procréation, de son genre et de sa mort. Ces limites peuvent effectivement être nécessaires et justifiées lorsqu'il s'agit des atteintes des tiers mais lorsqu'il s'agit d'un choix de l'individu concernant sa propre personne, l'imposition de

telles limites devient problématique. De surcroît, lorsque celles-ci se présentent comme de nature universelle, abstraite et anhistorique, elles peuvent être particulièrement dangereuses pour les libertés individuelles.

D'autant plus que la question ne concerne pas uniquement la sphère intime des individus, elle touche aussi le politique.

Ainsi, les analyses d'[Éric Fassin](#) ^[5] ont démontré comment la sacralisation de la filiation mène à la naturalisation de la nation par un mécanisme de «soustraction à la délibération politique, pour en faire une vérité absolue transcendant l'histoire». D'autres courants se sont opposés à la libre disposition de soi, comme le montre [Bertrand Guillarme](#) ^[6], non pas à partir d'une conception sacralisée mais sur la base d'une critique du consentement contractuel, source d'aliénation, puisqu'il installerait un rapport distancié de l'individu à son corps ([Carole Pateman](#) ^[7]).

Le féminisme matérialiste, inspiré de la pensée marxiste, considère que pour les femmes le consentement est nécessairement vicié à cause de la domination masculine, ainsi l'expérience subjective des femmes n'aurait pas d'importance, sur le plan structurel, elles sont des victimes. À partir d'une théorie radicale de la domination masculine, peut-on considérer qu'aucune femme dans aucune circonstance ne peut consentir à se prostituer ou à faire une GPA?

En tout état de cause, ces critiques ont permis une interrogation juridique pertinente: comment le droit saisit-il le consentement des parties à l'acte? Quelle analyse fait-il de leurs conditions particulières? Et surtout, ces critiques ont posé la question de savoir si l'on peut continuer à maintenir les frontières entre sphères privée et publique dès lors qu'on touche à une problématique si fondamentale comme la disposition de soi.

L'analyse approfondie du consentement me semble plus que nécessaire dans un monde d'inégalités économiques et sociales mais une fois qu'il a passé l'examen et qu'il n'y a ni dol, ni contrainte, ni déséquilibre financière dans les prestations, au nom de quoi est-il permis d'interdire cette libre disposition?

Considérer que dans aucune circonstance, aucune personne ne peut disposer librement de son corps pour, par exemple, se prostituer, participer à une GPA ou demander un suicide assisté, ne reviendrait-il pas à traiter tout le monde comme des incapables?

Comment donc trouver l'équilibre entre une protection nécessaire dans un monde où le marché placerait uniquement une minorité comme détentrice de tous les droits y compris ceux de disposer du corps d'autrui et la sauvegarde de ce qui fonde notre

système démocratique: le droit à l'intimité et respect de la vie privée comme *ultima ratio* dans le rapport à soi.

À vouloir protéger l'individu contre lui-même, ne sommes-nous en train de créer une société des victimes au lieu d'encourager l'autonomisation, l'émancipation, le pouvoir d'agir des individus?

La prise en compte de rapports de domination ne doit pas installer les individus dans le statut de victimes mais au contraire leur permettre d'en sortir. En effet, la question centrale qu'il faut se poser est la suivante: qui décide à la fin?

Ce qui me semble problématique ce n'est pas la mise en place de ce que Stéphanie Hennette-Vauchez a appelé l'ordre public corporel en tant que limite aux interventions extérieures (*noli me tangere*) mais l'application de cet ordre public contre la volonté de l'individu dans ce qu'il a de plus intime, à savoir le rapport à soi-même. Traditionnellement, cette emprise sur la vie peut s'expliquer par la volonté de l'État de maîtriser ses sujets de droit: «Comme la personnalité est un don du groupe qui confère une dignité, la faire disparaître par le suicide revient à nier le collectif qui a créé la personne en la conférant», soulignait Xavier Bioy. Cette idée est ancienne puisqu'au XVIe siècle «le suicidé commettait un acte de félonie, non seulement parce qu'il agissait contre la nature et contre Dieu, mais aussi contre le roi, "en ce que, par cet acte, le roi a perdu un sujet; et étant la tête, il a perdu l'un de ses membres mystiques"».

Le rapport à soi, à son corps, à sa vie et à sa destinée me semble si intime, si subjectif que l'intervention de l'État n'est envisageable que d'une manière exceptionnelle et comme *ultima ratio*. Or, dans l'état actuel du droit positif force est de constater que plusieurs pratiques volontaires qui ne nuisent pas à autrui demeurent sévèrement punies comme l'assistance médicale à la procréation pour les couples de femmes (2 ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende), la gestation pour autrui (3 ans de prison et 45000 euros d'amende), l'insémination post-mortem (2 ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende), l'euthanasie (3 ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende), le suicide assisté (3 ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende: [art. 223-13 code pénal](#) ^[8]). De même, ce n'est pas l'individu qui est maître de la destinée de sa dépouille mais l'Administration: seules l'inhumation ou la crémation sont possibles, tout autre choix est exclu, tels la cryogénéisation, l'immersion en mer ou l'embaumement même si ces pratiques n'encourent aucun risque pour la salubrité ou la santé publique.

Au lieu de consacrer un droit subjectif, le législateur et parfois le juge se sont limités à sortir du champ de la norme pénale certaines pratiques comme la contraception, l'avortement, le changement de sexe ou l'accouchement sous X, au point que la libre disposition de soi apparaît plus comme une figure rhétorique que comme une véritable prérogative individuelle.

C'est, en effet, à partir d'une justification clinique que l'individu est autorisé à agir et non pas comme créancier des droits subjectifs sur sa propre personne. Ainsi, le changement de sexe ou l'AMP par les couples hétérosexuels ne relèvent pas du droit à l'identité de genre ou de la liberté procréatrice mais bien d'un acte médical venant pallier un supposé trouble ou une supposée stérilité...

Ce n'est pas le respect de la «vie privée» et du «consentement libre» qui régit le rapport de l'individu à lui-même, ces notions sont considérées souvent comme trop subjectives, trop susceptibles de mener vers l'aliénation et la réification de soi. À leur place, l'État par le biais du droit nous propose le respect de la «dignité humaine», entendu non pas comme un bien individuel mais comme un bien commun: l'humanité qui nous habite. Cette idée n'est pas nouvelle, comme j'ai pu le souligner précédemment, elle renvoie aux thèses théologiques relatives à la sacralité du corps comme tabernacle de l'âme et plus récemment à la philosophie kantienne et néo-kantienne exprimée dans les critiques au consentement entre autres par Carole Pateman ou Harry Frankfurt qui proposent de requalifier le rapport à soi non pas à partir de la disposition mais à partir de l'identification et l'amour entendu comme bien-être fondamental duquel les personnes ne sauraient se détacher qu'au risque de s'aliéner... (Sur cette question, je vous renvoie à l'excellent essai de Ruwen Ogien, *Philosopher ou faire l'amour* (Grasset 2014) qui démontre comment l'éloge de l'amour est devenu un genre qui exprime la pensée conservatrice qui sévit désormais à droite comme à gauche.)

C'est ainsi au nom de l'amour et du bien-être (traduit en droit par respect de la dignité humaine) que l'on interdirait à une personne de solliciter une aide au suicide, d'assister sexuellement une personne handicapée, de se prostituer, de porter un enfant pour autrui, de participer à un spectacle de cirque (lancer des nains), de changer de sexe sans la permission des médecins, de se faire inséminer avec le sperme de son compagnon décédé, de s'adonner à des pratiques sexuelles extrêmes ou de porter la burqa.

À la libre disposition de soi (et de toutes les libertés qui en découlent: liberté procréative, liberté sexuelle, liberté religieuse, liberté d'expression, liberté vestimentaire...), une nouvelle forme de conservatisme anti-libéral de droite comme

de gauche propose (et parfois impose) l'amour de l'humanité qui est en nous. Au nom de notre propre bien-être et, si nécessaire contre notre propre volonté «aliénée» cette nouvelle et puissante forme de paternalisme considère que d'une manière générale et *in abstracto* certains choix sont «essentiellement» mauvais puisque contraires à l'amour de soi ou à la dignité humaine. Ainsi, il ne s'agit plus de promouvoir les droits de l'Homme mais les droits de l'Humanité, il ne s'agit plus de droits subjectifs de l'individu mais de l'ordre public de la dignité humaine. Celle-ci, souligne O. Cayla, «en pleine inflation fétichiste dans le vocabulaire juridique contemporain, offre aux adversaires résolu du subjectivisme moderne le moyen de combattre aussi bien en théorie qu'en pratique toute idée de souveraineté individuelle, y compris dans le cadre intime de la seule disposition de soi, en prétendant médiatiser et donc surveiller et contrôler, sans nullement y avoir été autorisés par l'intéressé de quelque manière que ce soit, le rapport que le sujet entretient avec lui-même, en lui faisant valoir que, même dans le contexte apparent de la plus pure *privacy*, la présence permanente de l'humanité qui l'habite lui interdit pourtant toute solitude et toute possibilité d'échapper à la transcendance des réquisitions d'un ordre public ou symbolique naturel».

Assigner les individus à cet ordre implique dans le même temps d'investir l'État d'une mission, celle de rendre les citoyens vertueux. Les récentes croisades morales contre les clients des prostituées et les personnes ayant recours à une mère porteuse ne constituent que les manifestations politiques de cette conception substantielle et objective de la dignité humaine – l'État et ses experts en Humanité savent mieux que nous-mêmes ce qui est bien ou pas bien pour nous.

Face cette conception «républicaine» de la dignité humaine, je propose une conception démocratique: la dignité ne recouvre que le droit de chacun de faire ce qu'il estime conforme à ses croyances, à ses valeurs ou à ses intérêts. Le rôle du droit est de protéger cette liberté, en s'assurant que la personne n'est soumise à aucune contrainte extérieure. Dans ces conditions, il est interdit à l'État de porter le moindre jugement sur l'usage qui est fait de ses droits par l'individu lorsqu'il s'agit du rapport à lui-même et que son consentement n'est nullement vicié. La construction de l'État de droit le conduit à une parfaite neutralité, au regard tant des valeurs que des pratiques culturelles dominantes. Malheureusement, ce n'est pas la logique de l'État de droit qui semble prévaloir dans les rapports de l'individu à lui-même mais une autre logique de type paternaliste et compassionnel, imprégnée de connotation moralisatrices et antidémocratiques, fournissant le cadre et la matrice de ce qu'on pourrait désormais appeler l'État-moral.

Daniel Borrillo, maître de conférences en droit privé, chercheur au CREDOF

[2] Allocution aux participants du VIIIe congrès international des médecins à Rome, le 30 septembre 1954:

http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/speeches/1954/documents/hf_p-xii_spe_19540930_viii-assemblea-medica_fr.html

[3] Gisèle Halimi: <http://yagg.com/tag/Gisele-Halimi>

[4] Foucault: <http://yagg.com/tag/michel-foucault>

[5] Éric Fassin: <http://yagg.com/tag/Eric-Fassin>

[6] Bertrand Guillaume: <http://yagg.com/tag/Bertrand-Guillaume>

[7] Carole Pateman: http://en.wikipedia.org/wiki/Carole_Pateman

[8] art. 223-13 code pénal:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3764C8D55D95270754C049EA8BEB0FD2.tpdjo16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165292&cidTexte=LEGITEXT00006070719&dateTexte=20141107

[9] Le programme du colloque.: <http://www.syndicat-magistrature.org/Colloque-du-Syndicat-de-la-2305.html>