

L'individu, propriétaire de son corps ? Le jus disponendi de son propre corps: entre scolastique juridique et réalisme économique ?

Pouillon Jean-Michel
Support de cours - 2000/12

Peut-on être propriétaire de son corps ? Question classique pour un juriste, mais qui n'en recèle pas moins de redoutables problèmes. Propriétaire de son corps, cela implique le pouvoir d'en disposer comme on l'entend, dans la limite du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Mettre sa force de travail au service d'un employeur, son talent sportif au service d'un club, ou sa beauté au service d'un photographe de mode, telles peuvent être les modalités de disposition de mon corps, les prestations qu'il permet. Cela implique également qu'autrui ne peut disposer de mon corps, sans que j'y consente. L'esclavage est donc exclu, tout comme l'idée du droit romain que le corps répondait des dettes et qu'il constituait un gage pour les créanciers. En revanche, si l'on peut s'opposer à une prise de sang ou à l'alcotest, l'on doit en tirer les conséquences...

Droit et corps entretiennent, on le voit, des relations évidentes, relations qui deviennent de plus en plus complexes actuellement. En effet, le corps n'est plus seulement une source de revenus, en raison des prestations qu'il permet. Il est également une source de revenus per se : les progrès de la biologie et de la médecine ont montré que le corps humain était devenu une source de profits par les ressources qu'il détenait en lui même. Dès lors, comme l'a montré aux États Unis la célèbre affaire Moore, l'individu peut-il "gérer" son propre corps de manière à profiter pécuniairement des ressources qu'il recèle, au risque de se dégrader humainement ? Ou doit-il se soumettre à des impératifs moraux à des principes juridiques qui le limiteraient dans son droit de jouissance, au risque de laisser autrui s'enrichir en exploitant les ressources biologiques qu'il détient ?

On le voit, le juriste se trouve confronté à des problèmes qui dépassent singulièrement la technique pour atteindre la morale et les valeurs d'une société. Le juriste est concerné à plusieurs titres. Le monde judiciaire, tout d'abord. En effet, c'est devant le magistrat que sont portées les affaires concernant les maternités de substitution, les dons d'organes... Dès lors, se pose la question du rôle du magistrat. Il doit naturellement appliquer la loi. Mais encore faut-il que celle-ci soit claire... Mais doit-il aller au delà, et promouvoir de nouvelles valeurs ? Est-ce à lui de décider, comme en Angleterre, de la séparation de sœurs siamoises ? Le traditionnel positivisme juridique, fondé précisément sur la séparation entre morale et droit, doit-il être remis en question devant les progrès scientifiques ?

Le législateur est évidemment concerné. C'est à lui qu'il appartient de trancher et de légiférer de manière à refléter les valeurs qu'il pressent être celles de ses concitoyens. Car, loin d'être un "légisfacteur", il est législateur, le "porteur des lois", le traducteur des valeurs émises par la société.

Et précisément, dans ce domaine de la détermination des valeurs, qui longtemps fut celui du juriste, conseiller du pouvoir, se hausse désormais le pouvoir médical. Ce dernier concurrence désormais le juriste, l'éclipse même dans le domaine du conseil au pouvoir. Concurrence qui explique peut-être les malentendus dont les lois bioéthiques de 1994 sont un exemple...

Enfin, on peut noter, toujours dans ce domaine de la détermination des valeurs, que se heurtent au moins deux conceptions diamétralement opposées. A ceux qui limitent la libre disposition du corps humain répondent ceux qui souhaitent au contraire que l'individu puisse davantage en disposer. D'un côté, les tenants de la dignité humaine au détriment de la liberté individuelle, de l'autre les partisans de la liberté individuelle la plus large possible, mais avec une autre conception de la dignité humaine.

L'objectif de ce modeste travail n'est évidemment pas de prendre parti, mais de tenter de montrer, à partir de la lecture de la doctrine juridique, de la jurisprudence, comment ces différentes positions s'enracinent dans l'histoire de la pensée, et même dans la théologie. Nous verrons ainsi que la plus grande partie de la doctrine juridique envisage le principe de la disponibilité du corps sur le fondement suivant: le corps est la personne même. D'autres au contraire, procèdent à une analyse différente, le corps est distinct de la personne. Au point que, si nous osions, nous pourrions presque qualifier les premiers de monophysites, les seconds de nestoriens. Les monophysites affirmaient l'unité du divin et de l'humain en Jésus Christ, tandis que les nestoriens voyaient en lui d'une part le logos, divin, et d'autre part, la personne humaine.

I. Un "monophysisme" juridique ?

Un détour par la théologie s'avère nécessaire, tant est parfois étonnante la similitude d'approche entre théologiens et juristes.

A. Un rappel théologique

Créé à l'image et à la ressemblance de Dieu, l'Homme est à la fois matière, substance et spiritualité. Il est une matière animée par le souffle divin. Adam, créé par Dieu n'est-il pas appelé par Chouraqui dans sa traduction de la Genèse, le Glébeux ? Laissons de côté les conceptions de l'Antiquité qui considéraient, à l'instar de Platon, ou des stoïciens, le corps comme la prison de l'âme, pour nous attarder quelque peu sur les conceptions théologiques de l'Homme.

Boèce le définit comme "naturae rationalis individua substantia", Patrologie latine, Migne t. 64, col. 1343, soit une substance individuelle de nature rationnelle. Cette définition sera reprise par Thomas d'Aquin, qui verra dans la nature raisonnable le fait que l'homme peut agir et penser par lui-même. Ainsi, la personne est une matière animée qui possède la conscience de soi. D'où l'importance du corps qui est le support de l'âme. La personne est donc constituée par la réunion de l'âme et du corps Cf. Dictionnaire de théologie catholique contenant l'exposé des doctrines de la théologie catholique, leurs preuves et leur histoire Paris V° hypostase, col. 425 et 426. Il s'ensuit l'affirmation de l'union substantielle de l'âme et du corps ibid. col. 436: "la doctrine catholique rejette la théorie cartésienne identifiant l'âme et la personne humaine. La personne inclut l'âme et le corps unis substantiellement." Cf. Ibid, V° Forme du corps, col 546, l'affirmation de Pie IX: "l'âme est vraiment par soi et immédiatement la forme du corps".

Dès lors, se posent, théologiquement la place du corps par rapport à l'âme et leurs relations. De fait, le corps est évidemment nécessaire, mais son existence ne doit pas primer celle de l'âme, dont il n'est que l'instrument. Le corps est à la fois la

manifestation du péché originel, par sa mortalité et sa déchéance, mais également l'instrument de l'âme au service de Dieu. Service exigeant qui va jusqu'à l'amputation de toute partie du corps qui nuirait à la qualité du chrétien. Le corps n'appartient plus vraiment au chrétien. Il est le temple de Dieu, comme le souligne fortement 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. Toute action est donc placée sous l'égide de l'esprit de Dieu: "soit que vous mangiez, soit que vous buviez, faites tout pour la gloire de Dieu" ibid. 10, 31. L'homme ne s'appartient donc plus, et il doit à son corps le respect, c'est à dire le refus de l'exposer à des actes qui le saliraient spirituellement et qui seraient donc indignes de sa qualité de chrétien et même d'homme, en tant que créature de Dieu. On assiste, semble-t-il, à la proclamation de la dignité humaine, que l'on peut évidemment rapprocher de la dignité de l'Homme en général: "Il n'y a plus ni juifs, ni grecs...".

Cette doctrine ne variera guère au point que François d'Assise parlera de "Frère corps" Dictionnaire de Théologie, V° forme du corps, col 2358. **Le corps est donc le support de l'âme, mais reste à son service.** Ils sont unis de manière tellement intime, étroite, que l'âme imprègne chacune des parties du corps: "l'âme est tout entière dans le corps et dans chacune des parties du corps." Saint Thomas, Sum. Théol. Ia,q.LXXVI, art.8 . L'âme communique à la matière son existence propre. De là les questions que se posèrent les théologiens et que nous retrouverons, pratiquement inchangées, chez les juristes. L'âme informe-t-elle le sang ? Et les Thomistes et le Jésuites de répondre que l'âme donne au sang sa nature de "corps vivant". Les os, les cheveux, la barbe, sont ils informés par l'âme ? Cf. Dictionnaire de Théologie, V° Forme du corps humain, col 584.

On le voit, ce détour par la théologie ne semble pas inutile. Nous pouvons en retenir que l'homme n'est que l'usufruitier de son corps, que ce dernier est soumis à l'âme. Il en découle le principe de dignité humaine et l'idée que l'âme est présente dans chacune des parties du corps, fussent elles détachées. Principes que nous retrouverons chez les juristes. Cf. Cependant les doutes exprimés par Kant en ce qui concerne l'existence et le rôle de l'âme par rapport au corps (Métaphysique des moeurs, doctrine de la vertu, I.I.§4)

B. Une scolastique juridique ?

Énonçons d'emblée les principes généraux afin de mieux en percevoir les fondements. Selon les lois de 1994 et pour la doctrine juridique actuelle, le corps humain est assimilé à une abstraction, la personne; comme elle, il est inviolable. La personne n'en dispose pas comme elle l'entend: elle ne peut que faire don de son sang, ses organes, et ces dons ne sont validés qu'à des fins thérapeutiques. **Enfin, toute expérimentation doit, naturellement, résulter, de la part de celui qui s'y prête, d'un consentement éclairé.**

Connaissant ces principes, nous allons examiner **la définition du corps pour les juristes, puis le principe de l'indisponibilité.**

1. "Le corps consubstantiel à la personne" Ch. Jamin, RTDCiv. 1994, p.935
Que signifie le corps humain pour le juriste ? Question d'autant plus importante que le droit civil a longtemps nié l'existence du corps humain, au point que certains

auteurs n'ont pas hésité à évoquer une "désincarnation du corps" J.P. Baud, l'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps Seuil 1993, p. 93. L'ordre juridique envisage même de classer le corps comme catégorie appartenant au sacré (art. 1128 CC).

La doctrine juridique, quant à elle, est quasiment unanime pour affirmer que le corps n'est pas seulement matière. Il est certes matière, mais uni à une abstraction, à une entité que certains envisagent même de manière spirituelle. C'est l'idée de personne, que l'on trouve déjà en droit romain et qui rappelle, étymologiquement, ces masques des acteurs. Le monde juridique est ainsi un théâtre, comme le disait le jurisconsulte romain Gaius, où l'individu joue un rôle. Le corps est ainsi rattaché à la personne, ne serait ce que parce que l'individu ne saurait exister abstraitement. La catégorie juridique des personnes physiques ne peut exister que si l'abstraction, la personne, est rattachée à un corps physique.

Le corps est donc la matière unie à la personne. Le corps et la personne forment la personne physique. Le corps n'existe donc pas en soi pour le droit civil; il est indissociable de la personne. Il est le "substratum de la personne" J. Carbonnier, Droit civil, 1/ les personnes janvier 2000, p. 19. Cf.p.20: "parce qu'il est la personne elle même, le corps échappe au monde des objets, au droit des choses même vivantes. Il a, en quelque manière, un caractère sacré."

Mais, comme l'avaient déjà noté les théologiens, le corps est le mode d'expression de l'âme : "le corps humain est l'instrument de l'esprit. La volonté s'exprime par lui, la pensée vient de lui et c'est tout ce qui fait la noblesse de notre condition." C'est pour cela que la morale et le droit en font un objet inviolable. La doctrine de l'église est sur ce point formelle: "le corps, porteur provisoire de l'âme est sacré et doit être respecté par les autres comme par celui qui l'habite." F. Chabas, rapport sur les actes humains et les actes juridiques en droit français, in le corps et le droit, Travaux de l'association Henri Capitant t. XXVI, 1975 p. 226. Par voie de conséquence, le corps bénéficie de la protection de la personne. Le respect de la personne implique le respect du corps et réciproquement. Le droit assure le respect de la personne par le système des droits subjectifs, tels que le droit à la voix, à l'image... Le corps est ainsi indirectement protégé en tant qu'expression, apparence extérieure, image, visage (prosöpon, en grec, qui a donné la personne).

Mais comment le protéger concrètement, physiquement ? Car, comme le faisait observer Madame Labrusse Riou, La maîtrise du vivant : matière à procès, in Pouvoirs, 1991 n°56, p. 94 , **"le droit civil ne connaît pas la nature du rapport de droit que l'individu entretient avec son corps; le rapport de la personne juridique abstraite avec son moi charnel reste à inventer."**

De fait, la logique de la propriété privée, dont la finalité est protectrice, pourrait pallier cette difficulté. En effet, la propriété privée a toujours été conçue comme le rempart protecteur de l'individu contre les empiétements du pouvoir. Mais, en même temps, la propriété impliquerait la libre disponibilité du propriétaire sur ce qui lui appartient, en l'occurrence, son propre corps. Le corps deviendrait ainsi une chose, ce qui semble impossible à la doctrine civiliste, dans la mesure où le corps est la personne et où d'autre part, l'individu, propriétaire de son corps, pourrait l'utiliser de manière dégradante pour lui même. De là, le principe qui est posé, l'indisponibilité du corps.

2. L'indisponibilité du corps.

L'idée même que l'individu puisse disposer d'un droit sur son propre corps était déjà réfutée par des juristes du siècle dernier, comme Savigny ou Ihéring. Sur ce point, cf. X. Dijon, Droit naturel, t. 1, les questions du droit, p. 135 et suivantes. Une telle conception conduirait notamment à reconnaître un droit au suicide et mettrait sur un même plan le droit de propriété, qui concerne l'action individuelle vers l'extérieur, et un droit sur soi même.

Par ailleurs, le respect du corps conduit à restreindre la libre disponibilité du corps. En effet, la dégradation possible qui s'ensuivrait avilirait non seulement l'individu propriétaire de son corps, mais concernerait, par delà sa personne, l'homme en général. Se dégradant lui même, l'individu dégrade par là même l'idée d'homme, d'humanité qu'il incarne et représente malgré tout. On reconnaît la logique religieuse selon laquelle tout chrétien est le Temple de Dieu qu'il ne saurait salir. Cette logique s'est laïcisée. L'Individu, reflet de l'Humanité, de même qu'il ne saurait, selon le principe kantien, considérer autrui comme un moyen, ne saurait se considérer lui même comme un instrument de dégradation. C'est ainsi qu'il ne saurait s'aliéner définitivement (art. 1780), ce qui interdit esclavage ou servage.

De même, l'Individu, faisant partie de l'Humanité, ne saurait dégrader cette meilleure part de lui même, en s'avilissant jusqu'à l'animalité : "*le corps n'est pas un tas de viande ou équivalent d'une somme d'argent.*" D. Fenouillet, JCP, Fasc. 10, Respect et protection du corps humain, n°50, conclut à l'interdiction de spectacles comme le lancer de nains, ou des campagnes publicitaires déshumanisant certaines personnes. Mais ce même auteur pousse plus avant le respect du corps humain et nous retrouvons de nouveau la résonance religieuse: "Il serait trop réducteur de limiter la dignité à la protection de la personne en son corps. La dignité de la personne doit prévaloir aussi à l'égard de la personne en son âme. La dignité de l'être humain ne réside-t-elle pas dans sa faculté de penser, de parler, dans sa conscience ?" De là, le rejet de toute discrimination, au nom du respect du "corps anonyme, du corps de l'Homme. " C'est l'art. 16 CC qui "interdirait ainsi tout acte ou attitude qui nierait l'humanité d'une personne en raison de tel élément personnel qui ne lui est pas propre mais qu'elle partage avec d'autres personnes." *ibid.* n°51. Le principe de dignité chrétienne, "il n'y a plus ...", devient le principe de dignité humaine.

Ainsi se trouve fondé le principe d'indisponibilité de son corps par l'individu. Toute utilisation de sa part conduirait à considérer son corps comme un objet extérieur au sujet. Une telle idée serait contradictoire avec le principe établi que le corps est la personne. Mais tout principe ne saurait exister sans connaître des limites.

Une limite essentielle se trouve dans l'art. 1128 CC: "**Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions.**" Le raisonnement a contrario, cher aux juristes, implique que les choses hors commerce ne peuvent être l'objet de conventions. Une chose hors commerce ne saurait être louée ou vendue.

C'est à ce point du raisonnement que certains posent une question essentielle: le corps humain, s'il est considéré comme hors commerce, doit donc être considéré

comme une chose. Ou, tout au moins, **ses éléments détachés**, doivent l'être J.P.Baud, l'affaire de la main volée...op. cit. p.212 et suivantes.

Mais, pour la majorité de la doctrine, une telle question n'a pas lieu d'être. Le corps étant la personne même ne saurait être classé comme chose. Mais alors, comment considérer la manière dont l'individu utilise son corps dans le monde extérieur ? **Comment considérer le contrat de travail, par exemple?** La force de travail n'est elle pas la force du corps ? Et le contrat de travail ne considère-t-il pas le corps comme une chose au service de l'employeur ? La doctrine donne une réponse conforme à son analyse qui considère le corps comme la personne même. Cette dernière peut parfaitement, de par sa libre volonté, s'obliger à effectuer une prestation personnelle. C'est ce qui légitime le contrat de travail D. Fenouillet, JCP, fasc 12, n°136.

Le principe de disponibilité du corps humain s'est également posé à l'occasion d'affaires portant sur des **inséminations artificielles**. Il semble intéressant, dans notre optique, de voir comment l'ordre juridique a appréhendé le problème.

De fait, déjà en 1880, une insémination artificielle entre époux avait déjà été condamnée, pour les motifs suivants: "Elle répugne à la loi naturelle, elle peut constituer un véritable danger social, et il importe à la dignité du mariage que de semblables procédés ne soient pas transportés du domaine de la Science à celui de la Pratique." Cité par M. Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*. (A propos des maternités de substitution) RTD civ Juillet sept 1992, p. 516. En 1987, l'opération fut acceptée, parce qu'entre époux; mais l'insémination artificielle avec donneur, "posant de graves problèmes d'ordre moral ou religieux", fut refusée. Il convient d'en retenir la conclusion suivante: l'offense à la nature, sa transgression, est acceptée, mais tant que l'on demeure dans un autre cadre naturel, "normal", celui du couple.

En 1990, la cour d'Appel de Paris avait validé une "convention d'insémination artificielle avec donneur" en tant que "libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelle de ceux qui y souscrivent." *ibid.* p.490. La volonté individuelle primait là l'ordre naturel. Devant l'émoi suscité par une telle décision, l'affaire revint devant la Cour de Cassation, réunie en Assemblée plénière, qui cassa la décision de la Cour d'appel, en invoquant (ou en créant ?) "le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain", ainsi que l'art. 1128 CC. Elle sous entendait ainsi que le corps était une chose hors commerce, donc n'était plus la personne même. L'explication de ce qui apparaissait comme une contradiction résidait dans le recours au sacré: "On réifie le corps en même temps qu'on le sacralise." M. Gobert, *ibid.* p. 514.

L'ordre public assurait, par cette sacralisation, la protection contre un interdit, l'insémination artificielle, en l'occurrence presque un tabou, qui saperait l'ordre social, à sa base constitutive, la famille. Le sacré, comme on l'a fait justement remarquer, de transcendant aux institutions sociales, était ainsi renvoyé "au for interne" *ibid.*

Il semble ainsi que l'ordre juridique vise à protéger, au nom de l'ordre naturel, puis de l'ordre public, un ordre social fondé sur le couple stable, à défaut de la famille davantage institution juridique que "naturelle". C'est au couple qu'il appartient de

procréer. La volonté individuelle ne saurait aller contre cet ordre naturel et brouiller, disposer de l'état des personnes, quelle que soit la transaction, et fût elle à titre gratuit. La "charité" ne saurait aller contre l'ordre naturel.

Cette décision fut critiquée : on reprocha aux magistrats d'outrepasser leur rôle qui est d'appliquer la loi, et non de créer des valeurs. L'on parla même d'un retour "à l'équité des parlements" *ibid.* p. 526. Mais elle fut approuvée au fond, de manière expectative par certains qui y voient "un effet dissuasif qui n'est pas garanti" *ibid.* p. 527; totalement par Madame le Professeur Fenouillet qui approuve l'ordre juridique de s'ériger ainsi en défenseur de la vie personnelle et de l'ordre naturel: "Cette convention impose à la mère une prestation corporelle; et cette prestation est beaucoup trop liée à sa sexualité et à sa vie intime pour être admise en droit positif; à quoi il faut ajouter qu'en détachant ainsi la sexualité et la procréation, la convention modifie un équilibre naturel sans que les conséquences à long terme en soient aisément discernables." JCP, fasc.12, n°138.

Respect de l'ordre naturel, respect du rôle dévolu naturellement au couple ou à la famille, maintien de l'union de la sexualité et de la procréation. La doctrine juridique actuelle, on le voit, reprend, à l'exception de l'acceptation du couple, le flambeau théologique. Elle marche dans les pas de Portalis qui, déjà, voyait dans le mariage (modernisons et parlons du couple stable...) "ce qu'il a toujours été, un acte naturel, nécessaire, instauré par le Créateur Lui-même." N'ajoutait il pas, demandant à la loi de canaliser les passions et désirs individuels "il était impossible d'abandonner ce contrat à la licence des passions." et sans la loi "le genre humain eût péri par les moyens mêmes qui lui ont été donnés pour se conserver et se reproduire." Sur ce point, cf JM Poughon, *Le Code civil* PUF, coll. Que sais je? p. 18 et suivantes. Les lois sur la bioéthique de 1994 reprennent ces principes dans les articles 16.1, al. 3, 16.5 et 16.6, dont la doctrine se plaît à souligner le flou et l'ambiguïté.

Il en est ainsi de l'art. 16.1, al.3: "Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.", c'est à dire ne peuvent être l'objet d'une opération à titre onéreux. En revanche, pourraient-ils faire l'objet d'une opération à titre gratuit ? Il faudrait pour cela revenir sur l'assimilation fondamentale du corps et de la personne et admettre en conséquence que le corps, ses éléments sont des choses. Cette dissociation est, on le sait, inadmissible par l'ordre juridique. Mais s'est élaborée une casuistique subtile, qui n'est d'ailleurs pas sans rappeler les discussions théologiques ou scolastiques. Cette casuistique a pour but de justifier des pratiques usuelles qui conduisent à considérer certaines parties du corps comme des biens. Des cheveux, des dents, mais aussi du sang peuvent être vendus.

Le principe traditionnel demeure: le corps est la personne même. Il est animé par la vie de la personne qui lui permet de jouer un rôle sur la scène juridique. Il en résulte que lorsque la personne disparaît, le corps devient une chose, tout comme les éléments qui en sont détachés. En effet, séparés du corps, ils ne sont plus "animés", et redeviennent des choses.

Mais ces choses ne doivent pas être considérées n'importe comment. Tout comme le théologien pensait que l'âme informait le corps, et donc le sang, les os, les cheveux ou la barbe, le juriste soutient que "ces choses conservent une trace de la personnalité de l'âme qui habitait autrefois ce corps, ce qui explique qu'elles soient

soumises à un statut dérogatoire au droit commun." D. Fenouillet, JCP, fasc. 12, n°146 et la bibliographie citée.

Enfin, précisons que les articles 16.5 et 16.6 CC soulignent l'obligation du principe de gratuité. Le mépris de l'argent, son dédain, montrent que, loin d'être une source de profit individuel, le corps doit être l'instrument de réalisation d'une fraternité, l'expression d'une solidarité. Là encore, n'y a-t-il pas continuation du principe chrétien du mépris de l'argent ? Sur ce point, cf. JM. Poughon, histoire doctrinale de l'Echange, LGDJ 1987, p. 236 et suiv. C'est la raison pour laquelle on parlera, hypocritement selon certains, de "dons" de sang ou d'organes, tout comme le chrétien fait don de sa personne dans un esprit de sacrifice et de charité. Le donneur professionnel et donc rémunéré est immoral et dangereux, dans la mesure où la recherche de la rentabilité de ses ressources corporelles pourrait nuire à la qualité de sa "prestation".

3. Les applications: dons de sang et patrimoine génétique

Nous serons brefs sur ces applications, nous contentant de montrer les conséquences des principes qui viennent d'être exposés (indisponibilité, gratuité..) sur le don du sang et sur le patrimoine génétique.

a). Le don de sang. La transfusion sanguine, pratiquée depuis les Égyptiens, a toujours été envisagée avec embarras. En effet, pratiquement toutes les civilisations considèrent le sang comme le porteur de la vie. Cet embarras n'a pas épargné les juristes, notamment lors de la loi du 21 juillet 1952 qui organise les transfusions sanguines.

S'efforçant de dégager les postulats juridiques qui la fondent, R. Savatier affirme d'emblée, dans une chronique restée célèbre : "Tout dérive de la règle que le sang n'est pas une marchandise." Et d'ajouter: "Fraction du corps humain prélevée in vivo, et restant un certain temps vivante, le sang comporte, de la part du droit, une manifestation de ce respect qui s'attache à l'homme lui-même, raison d'être du droit." R. Savatier, De sanguine jus, D. 1954, chr.XXV, p. 141. Cette chronique a fait l'objet d'une analyse critique de la part du Professeur Baud Histoire de la main volée, p. 192 et suiv. , qui souligne la gêne du juriste devant le problème de la qualification du sang. Il n'est pas marchandise, mais il n'est pas davantage une chose. D'où le vocabulaire qui, traduisant cet embarras, évite les mots de vente, de profit... Et qu'est ce que ce don d'un sang dont on ne serait pas propriétaire, puisqu'il fait partie de l'homme ? Cette gêne se traduirait chez R. Savatier par une référence à la religion, une sorte d'échappatoire en quelque sorte. Mais, s'arrêtant au réflexe religieux, il ne peut percevoir cette "sacralité sauvage qui était à la base des censures." Ni voir que si la gestion du sang recueilli est un véritable service public, cela s'apparente "au trésor de sang dont l'Église a la gestion" ibid. p. 194. De nouveau, la continuité religieuse...

Cet embarras du juriste devant les contradictions que pose la qualification du sang (est-il ou non une marchandise ?) est également justement souligné par le fait que le juriste, s'il n'utilise pas le langage contractuel, a cependant recours à la technique du contrat. Mais un contrat où prédomine le médecin, et, par delà, l'État gestionnaire D. Fenouillet, JCP, fasc.12, n°155 : "Si le législateur répugne à employer le vocabulaire contractuel, il utilise la technique" et le pouvoir médical accru explique "l'emprise de l'Etat sur le corps humain, ce qui n'est pas sans danger.", presque propriétaire des corps. Nous verrons que cet aspect sera fortement dénoncé.

b). Le patrimoine génétique. L'expression seule, patrimoine génétique, pourrait laisser penser que l'individu peut librement disposer de son essence la plus intime. Cependant, les dangers induits par les progrès de la génétique humaine nécessitent l'intervention de l'ordre juridique afin de prévenir toute déviation possible, eugénique notamment, toute exploitation industrielle, créatrice de profits incompatible avec le principe de l'extrapatrimonialité du corps. D'où l'importance de la qualification juridique des gènes, qui peuvent être envisagés à la fois matériellement, puisqu'ils existent réellement, et "immatériellement", puisqu'ils contiennent l'identité de la personne, son "image biologique" JCP, fasc 30, D. Fenouillet, n°21. Or, l'idée même de patrimoine, parce qu'elle est intimement reliée au concept de propriété, aurait pu être retenue, dans la mesure où la propriété assure une protection juridique. L'individu aurait ainsi été titulaire d'un patrimoine génétique, comme il possède un patrimoine juridique. Mais cette assimilation est refusée par la doctrine juridique. En effet, le patrimoine est défini depuis Aubry et Rau, juristes du siècle dernier comme "l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité de droits". Il ressort de cette définition que le patrimoine ne comprend que des droits pécuniaires, les droits patrimoniaux, opposés aux droits extra patrimoniaux, non pécuniaires (droit au nom, à l'honneur...). C'est précisément cette connotation économique qui aboutit à rejeter l'idée d'un patrimoine génétique: cette connotation économique ne saurait concerner les gènes, éléments du corps humain, lui-même assimilé à la personne, elle même hors commerce... Le même raisonnement est effectué envers une autre possibilité de patrimoine, le patrimoine d'affectation. Certains éléments du patrimoine, en l'occurrence les gènes, seraient affectés à un même but, mais là encore considéré comme économique, donc rejeté.

Quid, cependant, si ces gènes ou d'autres éléments du corps, en sont détachés, comme les cellules dans l'affaire Moore ? Dans cette affaire, on le sait, le sieur Moore avait d'abord été considéré comme propriétaire des cellules détachées de son corps, à son insu. Puis, la Cour Suprême lui avait dénié sa qualité de propriétaire, au nom de la dignité humaine Voir sur cette affaire les amples développements de D. Borillo, L'homme propriétaire de lui-même. Le droit face aux représentations populaires et savantes du corps. Thèse 1991, Strasbourg, p. 282 et suivantes. Ce qui revient à dire qu'au nom de la dignité humaine, on a permis à d'autres que Moore de bénéficier des fantastiques profits engendrés par ses propres cellules et touchés par les industriels JP. Baud, Histoire de la main volée p. 228. Une telle conséquence, due au rejet farouche de l'économique, à l'ignorance du principe de réalité, ne devrait elle pas conduire la doctrine à reconsidérer sa position ?

Certains l'osent, mais, là aussi, la démarche complexe, ne facilite guère l'espérance d'une solution. Dans cette optique, les éléments, puisque détachés du corps de la personne, ne sont plus la personne. Ils ne peuvent donc qu'être qualifiés de choses. Ils sont donc appropriables. Mais un pas reste à franchir dans le raisonnement: Comment expliquer que ces "choses" soient appropriables par la personne du corps de laquelle ils sont détachés, et par personne d'autre ? En effet, elles pourraient être considérées comme étant "sans maître", et donc appropriées par le premier venu... M. Andorno considère au contraire que la personne en devient immédiatement propriétaire, "ce qui est normal, car la chose faisait partie de son être avant son détachement." R. Andorno, La distinction juridique entre les personnes et les choses

à l'épreuve des procréations artificielles. LGDJ, 1996, n°168. On semble là pris entre la conception religieuse (l'âme anime l'objet détaché) et le désir de tenir compte de la réalité, l'exploitation économique qui s'intensifie avec les progrès biologiques. Peut-être aussi l'idée de justice, le *suum cuique tribuere*, devrait-il transparaître davantage, au risque d'éclipser ce qui tend à devenir une chape morale ?

II. Empirisme et nestorianisme juridique.

Les positions humanistes des juristes et du législateur, sa logique quasi religieuse, sont parfois contestées. Cette contestation semble reposer sur deux fondements. D'une part, la contestation provient du milieu juridique lui-même, qui souligne les contradictions des lois de 1994, voire leur "hypocrisie" Ch. Jamin, RTDciv 1994, p. 944. D'autre part, les positions françaises diffèrent parfois de celles de l'étranger. Ainsi, une influence anglo-saxonne tend à développer davantage l'idée d'une propriété de l'individu sur son propre corps. Nous ne retiendrons, volontairement, pour montrer jusqu'où l'on peut aller, qu'une conception extrême, celle des libertariens.

A. La dénonciation des " hypocrisies ".

Elle repose sur l'idée suivante: au nom d'une morale, de la bioéthique, qualifiée de " branche spécialisée de la morale laïque" JC. Galloux, Ethique et brevet ou le syndrome bioéthique, Dalloz Sirey 1993, chr. XIX, p.83, s'imposent les principes de gratuité, de respect du corps, d'indisponibilité du corps. On en arrive à enfermer l'individu dans un carcan juridique qui limite ses prérogatives Certes, il existe, mais dans le cadre restreint de ce travail, nous ne pouvons que les mentionner, des principes, qui permettent à l'individu de disposer de son corps, comme le consentement éclairé pour une expérimentation. Et lui portent préjudice. Ainsi, l'individu qui "donne" son sang, ses organes, apparaît exclu du circuit économique où vont entrer ces éléments et produits de son corps. Bien plus, ce dernier peut être exploité industriellement. On en arrive ainsi au résultat paradoxal de l'exploitation fructueuse des ressources corporelles (et qui sait? Génétiques bientôt brevetables) d'un individu, sans que celui-ci en tire un quelconque profit. Faudra-t-il en arriver à un combat semblable à celui qu'ont livré les auteurs depuis le XVIIIème siècle pour arriver à faire reconnaître leurs droits sur les œuvres qu'ils ont créées ? Allons plus loin. N'est-il pas paradoxal que certains attributs de la personne, les droits subjectifs, comme le droit à la voix, à l'image, puissent faire l'objet d'une rémunération, certes lorsqu'il en est fait usage contre le gré ou à l'insu de la personne, mais aussi avec son accord ? Ils sont la personne, nous dit-on. Mais le sang n'est-il pas la personne ? Peut-on dire du mannequin qui fait de la publicité pour une crème dermatologique en montrant uniquement ses mains qu'il effectue une prestation de travail, rémunérée comme telle, alors que celui qui fait don de son sang ou d'un organe, n'effectue aucune prestation, en raison du caractère "sacré" du don ? Et ne pourrait-on pas opposer à ces principes respectables de morale la liberté individuelle, qui est inscrite au titre des droits de l'Homme ? Et le désir d'enfant par un couple, désir non satisfait par le rejet de la maternité de substitution, n'en fait-il pas partie ?

Ces contradictions, ce rejet d'une morale, liées à des valeurs religieuses trop contraignantes expliquent la tentation de certains de proposer des solutions extrêmes.

B. Une liberté individuelle sans frein ou le risque de l'extrême.

1). Du nominalisme au protestantisme

Face à cette morale, somme toute idéaliste en ce qu'elle ignore la réalité de certaines pratiques, se profile une conception opposée qui s'affiche clairement en faveur d'un individu qui puisse librement disposer de son corps. Le corps ne serait plus, ou plutôt serait dans une moindre mesure, assimilé à la personne. C'est en ce sens que nous parlons de nestoriens.

Sans remonter aux épicuriens et aux cyniques qui accordaient au corps, instrument de jouissance, une grande importance Cf. *Les savoir grec*, de J. Brunschwig, G. Lloyd, et collab. de G. Pellegrin, Flammarion 1996, article *Epicure* de A. Laks, et M. Onfray, *Cynismes* Grasset, 1990, il convient de nous arrêter sur la philosophie nominaliste, et plus particulièrement celle de Guillaume d'Occam (XIV^{ème} siècle), si justement étudiée par Michel Villey. On nous pardonnera de résumer, au risque de la caricaturer, cette pensée fondamentale pour les juristes.

Pour Occam, seul existe le réel, le singulier. L'Universel n'existe pas. Ce qui revient à considérer que l'Homme, au sens abstrait n'existe pas, mais que seuls des hommes déterminés, réels, existent. Tout ce qui est réel est donc singulier, puisqu'individualisé. L'âme elle-même est substance, au sens théologique du terme, et substance singulière. Les idées, abstraites, ne peuvent exister. Elles ne sont que des modalités d'action de l'âme. Dès lors, si les idées n'existent pas, si n'existent que des réalités individuelles, on ne peut concevoir un ordonnancement de la réalité, au sens aristotélicien du terme. Il en résulte que cette absence de finalité, cette primauté de l'existence individuelle conduisent à cette conséquence fondamentale, et même révolutionnaire dans une société médiévale dominée par les idées d'ordres et de groupes: l'individu se détermine par lui-même, agit comme il l'entend, sauf évidemment à se soumettre à la volonté divine, toute puissante. Dès lors, comme l'a amplement montré Michel Villey, l'individu prolonge son action sur le monde extérieur par le droit de propriété, le pouvoir de disposer comme il l'entend des choses qui lui appartiennent M. Villey, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, Archives de Philosophie du droit, 1964.

Franchissons quelques siècles pour nous arrêter à la Renaissance. Les grandes découvertes astronomiques, géographiques donnent de l'Univers une vision mécaniste. Les découvertes médicales, notamment un siècle plus tard la découverte de la circulation du sang par Harvey, donnent de l'homme une vision mécanique. Descartes l'approfondira. Notamment, outre le discours de la méthode, dans sa *Description du Corps humain et sa Formation du fœtus* (1647 et 1648). D'ailleurs, son cogito, son affirmation "je suis une chose qui pense", bref, le dualisme cartésien, distinguent un corps mécanique d'une âme, substance pensante, mais distincte du corps.

Continuons notre voyage dans le temps. Arrêtons-nous en Angleterre, avec Locke. Il met en scène un individu dont le corps est le moyen de survie, par le biais du travail, et l'appropriation des objets créés. On en déduira que l'homme est propriétaire de son corps Cf. sur ce point L. Pfister, *Etude historique de la propriété littéraire du XVI^{ème} siècle à la loi de 1957*, Thèse Droit, Strasbourg, 1999, p. 218 n46 qui cite en ce sens l'interprétation de Barbeyrac et d'autres. L'idée sera développée par les physiocrates *ibid.* p. 357, n. 38 qui cite Dupont de Nemours: "la jouissance de la propriété de sa personne est une nécessité absolue au bonheur." Il en résultera

d'ailleurs la création de l'économie politique, science des échanges et de la jouissance individuelle. Cf. JM Poughon, histoire doctrinale, op. cit. p 141 et suivantes.

Le corps apparaît dans cette optique comme un instrument de création, de mieux être, de jouissance. Ses créations sont protégées par le droit d'auteur, par le brevet. Le corps est ainsi devenu l'instrument de propriété matérielle, le spirituel n'étant plus dominant. Peut être peut on voir dans l'affirmation de ce pragmatisme, de cet empirisme d'un Locke ou d'un Dupont de Nemours, une influence de la pensée protestante ? L'austère Calvin n'écrivait il pas: "Et même les bonnes qualités de toutes les choses de la nature nous montrent comment nous en devons jouir" cité par AM Schmidt, Calvin et la tradition calvinienne Le seuil 1965, p. 135. L'individu, dans le protestantisme, libre, responsable, et dont l'initiative est favorisée, est en effet un créateur qui collabore à l'oeuvre divine. Le partage des richesses laisse la place à la création de richesses. Ainsi s'expliquent peut être les dimensions que prendra cette pensée chez ceux que l'on appelle les libertariens, et qui effaceront toute influence protestante pour ne garder que la liberté de jouissance.

2). Les libertariens. La pensée libertarienne nous vient des États Unis où elle s'est illustrée chez des auteurs comme Nozick, même s'il a évolué en ce domaine, et surtout Rothbard, auteur notamment de "l'éthique de la liberté", M. Rothbard, l'éthique de la liberté, Les Belles Lettres, 1991. On y retrouve abondamment développé ce thème de la propriété individuelle qui comprend la libre disposition par l'individu de son propre corps. C'est parce que chacun dispose de son propre corps qu'il est propriétaire des oeuvres qu'il a pu créer par son corps Cf l'exerue de l'ouvrage , une citation du Révérend E. Williams (1744) : "Ainsi que nous l'indique la raison, tous les hommes sont nés naturellement égaux, c'est à dire d'un Droit égal sur leur personne. Et comme chacun possède un Droit de propriété sur sa propre personne, le travail de son corps et l'oeuvre de ses mains lui appartiennent en propre." Telle est la trame du raisonnement de Rothbard. Il prolonge ainsi la pensée de Locke, dans l'oeuvre duquel il se plaît à voir "l'un des premiers exposés systématique de la théorie libertarienne." ibid. p. 24. La pensée lockienne ne constitue t'elle pas d'ailleurs la toile de fond des valeurs américaines ? Ibid. p. 27, où Rothbard rattaché à la pensée de Locke le préambule de la Déclaration d'Indépendance ainsi que les Déclarations contre l'esclavage de 1833.

Rothbard s'efforce donc d'adapter à la réalité actuelle ce principe de libre disposition de son corps par l'individu. Il analyse d'abord l'individu "en soi", en l'occurrence Robinson seul sur son île, comme un être rationnel, libre d'exercer sa raison à la compréhension du monde extérieur, ce qui passe par la domination de son corps ibid. p.39: "En faisant l'examen introspectif de sa propre conscience, la personne découvre en même temps le fait naturel primordial de sa propre liberté ontologique: liberté de choisir... Bref, le fait de nature qu'est son libre arbitre. Il découvre aussi le fait de nature qu'est le contrôle de son esprit sur son corps et sur ses actions: à savoir, le fait de la possession naturelle qu'il exerce sur lui même." Une possession de son corps qui semble s'éloigner de l'idée paulinienne du corps qui n'appartient pas à la personne. La rencontre des différents individus met en présence ces différentes propriétés. Car, pour Rothbard, le fondement de la liberté individuelle repose sur le droit de propriété. Les échanges entre individus constituent moins des échanges de produits que des échanges de droits de propriétés ibid. p. 45 et suivantes. C'est ainsi que se crée une société libre, c'est à dire dans laquelle "toute

propriété est finalement réductible à la propriété naturelle de chaque homme sur soi-même et sur les ressources naturelles qu'il a transformées pour les faire entrer dans le domaine des choses produites." *ibid.* p. 54 . Fondement de la liberté individuelle, le droit de propriété constitue également le fondement des Droits de l'Homme. Ces derniers ne peuvent se comprendre qu'en termes de propriété. La liberté d'expression, c'est à dire la liberté d'exprimer ses opinions, se heurte au droit de propriété du directeur du journal ou de la radio où l'on veut s'exprimer *ibid.* p. 149 et suivantes.

Les conséquences pour notre propos sont importantes et, autant le dire, leur opposition à nos valeurs peut les faire paraître choquantes. Nous n'examinerons que ce qui concerne les relations entre parents et enfants. En ce qui concerne le fœtus, le droit de propriété de l'individu sur son propre corps s'applique totalement. La mère est titulaire d'un droit de propriété sur le fœtus, et c'est ce droit de propriété qui légitime son choix d'interrompre ou non sa grossesse: "Chaque femme est titulaire d'un Droit absolu sur son propre corps, elle jouit d'un empire sans partage sur son corps et tout ce qui se trouve à l'intérieur. Ce qui inclut le fœtus. Si la mère décide qu'elle ne veut plus du fœtus, celui ci devient ipso facto une sorte de parasite envahissant pour sa mère, qui est tout à fait dans son Droit de l'expulser de son domaine. Il faut voir l'avortement non pas comme le "meurtre" d'une personne vivante, mais comme l'éviction d'un intrus dans le corps de la mère. Toute loi limitant ou interdisant l'avortement constitue donc une violation des droits de la mère." *ibid.* p. 130. Même si l'on concède que le fœtus est un être humain, les données du problème ne changent pas: Quels êtres humains ont donc le Droit de s'imposer par la force comme parasites dans le corps d'un hôte humain non consentant ? *ibid.* p. 131.

L'analyse des relations entre les parents et les enfants repose sur ce même droit de propriété: "les parents-ou plutôt la mère qui est le seul parent visiblement certain-deviennent, en tant que créateurs du bébé, ses propriétaires." *ibid.* P.132. Certes, ce droit de propriété est de nature spéciale, limité dans le temps et dans sa nature et s'apparenterait davantage à une fiducie ou à "une relation de garde" *ibid.* page133. Mais retenons l'idée, originale, du parent propriétaire, parce que auteur de l'enfant. Car Rothbard poursuit logiquement son raisonnement, et c'est là qu'il nous choque: "Si un parent est propriétaire de son enfant, alors il lui est loisible de céder son Droit de propriété à quelqu'un d'autre. Il peut donner son enfant en adoption ou, par contrat volontaire, vendre les droits qu'il détient sur lui. Autrement dit, nous devons accepter que le marché libre des enfants connaisse un grand développement dans une société totalement libre" *ibid.* p. 138 et de montrer que ce marché libre des enfants éviterait les inconvénients d'un marché noir qui existe réellement, à cause précisément du monopole de l'Etat sur l'adoption. Bien que cela déborde le cadre de notre problématique, nous avons voulu développer le raisonnement de Rothbard jusqu'à son terme, afin de montrer la logique implacable des conséquences d'un droit de propriété sur soi. Ce que nous avons appelé le risque de l'extrême. Mais ce même raisonnement a été repris en France, par le Professeur Lemennicier, dans un article au titre déjà significatif: "Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ?" *Droits, Revue française de théorie juridique*, numéro 13 sur Biologie, personne et droit, 1991, pp. 111 et suivantes. Nous insisterons quelque peu sur les critiques et propositions de l'auteur, parce que les critiques qu'il énonce, en économiste qu'il est *ibid.* p. 112: "l'économiste, le seul à remettre en cause

véritablement la valeur morale et empirique de cette doctrine", et l'auteur de souligner que les économistes n'ont pas jusqu'à présent (1991) participé au débat de la bioéthique, et ses propositions tentent d'apporter des réponses qui se veulent réalistes et concrètes à des principes qu'il juge idéalistes, contraignants et inadaptés. Tout d'abord, le Professeur Lemennicier critique sévèrement les positions de la doctrine juridique actuelle en ce qui concerne le statut fait au corps humain. Il s'insurge ainsi contre le Comité national d'éthique, le Conseil d'État, parce qu'ils s'érigent en détenteur d'une morale qu'ils veulent imposer aux individus et parce que, au nom de cette morale, ils veulent contrôler les avancées de la recherche scientifique, ce qui constitue à la fois une main mise de l'État sur le corps humain ("un statut d'ordre public pour le corps humain" et "une atteinte fondamentale aux libertés individuelles, c'est à dire ici la libre disposition de soi et de son corps." *ibid.* . Or, cette atteinte aux libertés individuelles est socialement néfaste, en ce qu'elle contrarie la liberté de jouissance inhérente à l'individu *ibid.* p. 113 : "Empêcher une femme stérile d'avoir un enfant grâce à une mère porteuse, c'est priver celle ci des joies d'avoir son propre enfant et la condamner à se reporter sur le marché de l'adoption. C'est en même temps refuser à une autre femme le droit de gagner de l'argent comme elle l'entend. Empêcher la manipulation des gènes ou de l'embryon, c'est priver nos enfants d'opportunité de vie bien meilleure que les nôtres en leur évitant des maladies, en retardant le vieillissement et en allongeant la durée de vie ou en améliorant les performances du corps humain. Et cette atteinte aux libertés individuelles se légitime elle même par une morale dont le but est d'interdire à l'individu d'arriver à certaines fins qu'il désire : "Lorsqu'on applique la doctrine de l'intangibilité du corps humain, on impose une morale. L'idée d'une inviolabilité du corps humain signifie: ne pas utiliser son corps comme moyen pour atteindre certaines fins; le seul moyen autorisé est le don et les seules fins convenables sont les finalités thérapeutiques. Il ne s'agit pas de droit ici mais de morale" *ibid.* p.117. Et cette morale d'État s'impose à tous, sans tenir compte des croyances et valeurs personnelles. La finalité de l'ordre juridique est ici transgressée, et le droit outrepassé son rôle: "le droit ne doit pas être confondu avec la morale" *ibid.* : "Le droit n'a pas pour but de violer les morales des uns et des autres, mais de permettre qu'elles puissent s'épanouir dans un respect mutuel des uns et des autres. Le droit ne doit pas être confondu avec la morale."

Par ailleurs, le fondement des principes au nom desquels cette morale, relayée par le droit, s'impose, est très contestable. Tout repose sur le concept de personne que, selon l'auteur, les juristes n'explicitent guère. Et peut on confondre, comme les juristes ne cessent de le faire, personnalité et être humain sans s'exposer à des contradictions, tout simplement parce que les principes moraux ne peuvent tenir en face des réalités. Il en est ainsi du principe de l'inviolabilité du corps "Si le corps humain et la personnalité ne font qu'un et que l'on pose a priori l'inviolabilité de la personne humaine, pourquoi accepter le don d'un rein ou d'une partie de sa peau? Il est contradictoire de poser comme postulat l'inviolabilité de la personne humaine et en même temps accepter le don d'un organe." *ibid.* p. 114. Il en est de même pour le principe d'inaliénabilité *ibid.* : "Ce principe est constamment violé par les juges eux mêmes tant les limites de ce concept sont rapidement atteintes. Si on devait respecter strictement ce principe, il n'y aurait pas de coiffeur, les cheveux font partie intégrante du corps humain. Pourquoi le juge fait il une distinction entre les organes renouvelables et ceux qui ne le sont pas ? Par ailleurs, ne conviendrait il pas d'en revenir à des positions plus concrètes et d'abandonner l'idée que la personnalité d'un

individu perdure dans certains de ses organes: "A t'on vu la personnalité d'un individu qui reçoit un rein ou qui en donne un se modifier ? Non évidemment. Les éléments du corps humain une fois séparés de celui ci ne contiennent pas la personnalité de l'individu." *ibid.* p. 115 et d'ajouter (p.116): "Les juristes attribuent à des choses et des non existants une personnalité! Alors qu'en même temps ils refusent à des êtres existants, le fœtus par exemple, le droit de vivre !" Ce pragmatisme conduit à une définition réaliste du corps humain, "une machine biologique dans laquelle notre esprit est incorporé.", définition qui n'est ni spiritualiste, puisque le corps n'est pas le produit de l'esprit , ni matérialiste, puisque l'esprit n'est pas le produit du corps. *ibid.* p. 116. Selon cette définition biologique, l'esprit de l'individu s'incorpore aux gènes, s'identifie par l'empreinte génétique et surtout, se voit reconnaître un droit de propriété privée sur cette "machine biologique". De cette conception biologique de l'individu découlent plusieurs conséquences.

Tout d'abord, cette définition biologique permet non seulement à un sujet conscient de lui même, mais aussi à un embryon ou à un malade mental d'être considérés comme des êtres humains, propriétaires de leur corps. *ibid.* p116 Le juriste ne peut manquer là de s'interroger. Si l'on peut, en effet, comprendre que l'embryon ou le malade mental soient considérés comme des êtres humains, ce qui est la moindre des choses, il est plus difficile d'accepter qu'ils soient propriétaires de leurs corps. Ne serait ce que parce que cette propriété suppose une personnalité, que l'auteur refuse "au fœtus ou à un handicapé mental. Ce ne sont pas des êtres conscients d'eux mêmes et/ou libres d'effectuer des choix ou de discerner le bien du mal." *ibid.* p. 114. Ensuite, cette conception biologique implique le droit de disposer de son corps, considéré comme appartenant au domaine des objets : "On peut en user, disposer et transférer tout ou partie de son corps comme on le fait de sa maison ou de sa voiture." *ibid.* p.116. Enfin, la libre disposition de cette machine biologique ne peut que permettre de profiter des progrès scientifiques qui concernent le corps *ibid.* "La modification du corps humain en vue d'améliorer ses performances est irréversible parce que cela fait partie de la poursuite du bonheur. Pourquoi vouloir empêcher la manipulation des gènes, la transplantation des organes, la procréation artificielle, si cela permet aux individus de réaliser leurs rêves sans violer les droits de propriété d'aucun autre individu?". Le droit au bonheur semble ainsi être un droit de l'homme et, même, une idée neuve en biologie...

Enfin, après ces critiques, ces propositions, B. Lemennicier répond aux objections qu'on ne peut manquer de lui opposer, objections qui rejoignent celles, plus générales, adressées au libéralisme et à la société de marché. Mais ces objections prennent d'autant plus de force qu'elles concernent la santé et la maladie. Et chacun peut constater, en ce domaine, l'inégalité des individus, tant parce que on possède "naturellement" une bonne ou une mauvaise santé, que parce que on dispose de moyens financiers inégaux pour se soigner. Et, à tort ou à raison, l'opinion dominante accrédite l'idée qu'un marché libre de la santé défavoriserait les plus démunis, au profit des plus favorisés. Nous ne retiendrons que les réponses aux objections les plus fréquentes. Tout d'abord, à l'objection morale que, dans un marché libre, les plus pauvres seront contraints de vendre leurs organes, la réponse apportée veut démythifier l'idée que argent et santé sont incompatibles: "Pourquoi gagner sa vie en vendant son rein ou son sang voire son cadavre devrait il être répréhensible ?" *ibid.* p.119 : "On ne voit pas pourquoi il faudrait interdire à un pauvre de s'enrichir de cette manière alors que l'on accepte que les femmes prostituent leur sexe ou que certains

individus pauvres prennent des risques énorme dans certains métiers très dangereux. Pourquoi gagner sa vie en vendant son rein ou son sang voire son cadavre devrait il être répréhensible?" Ensuite, le marché libre des organes incite à vendre des "marchandises" de mauvaise qualité; "Si la vente du sang rapporte de l'argent, même les individus se sachant atteints du Sida seront incités à vendre leur sang." La réponse fait appel au souci de rentabilité de l'industrie collectrice du sang: "Sa réputation repose sur une bonne qualité des services qu'elle rend. Toute erreur de sa part est sanctionnée par une perte d'argent." *ibid.* p. 120

"Admettre le marché libre de la procréation artificielle et du matériel génétique, c'est imposer à un tiers non contractant (l'enfant à naître) une situation qu'il peut ne pas désirer. C'est aussi accepter l'eugénisme." En ce qui concerne l'enfant, la réponse paraît évidente, l'enfant n'a jamais demandé à naître et peut naître handicapé. Quant à la question de l'eugénisme, le plus redoutable fut l'eugénisme d'État *ibid.* p. 120-121.

Enfin, "Le commerce du corps humain est moralement dégradant. A force de voir son propre corps humain comme un objet, on finit par voir le corps des autres comme des objets. On ne respecte plus autrui." A cette objection encore une fois morale, et qui repose sur le mépris du commerce, la réponse fait appel à la satisfaction de la jouissance individuelle par une bonne utilisation de l'argent: "C'est parce que certains couples stériles attachent une très grande valeur aux enfants et à leur éducation qu'il y a un marché de la procréation artificielle ou un marché (noir) de l'adoption. Il est heureux alors que ceux qui offrent ce service ne s'intéressent qu'aux seuls aspects monétaires, car ils sont alors incités à satisfaire l'intérêt des autres et non le leur." *ibid.* p. 122.

Quelques réflexions s'imposent évidemment en conclusion de ce modeste travail. Un constat banal, tout d'abord. Nous vivons, semble-t-il, une évolution de la civilisation, due notamment aux immenses progrès scientifiques, évolution qui permet de tout espérer comme de tout craindre. Tout espérer pour l'amélioration biologique de l'individu, depuis la guérison de maladies jusque là incurables jusqu'au remplacement d'organes défaillants. La prophétie d'un Fourier que l'homme vivrait 140 ans ne paraît plus si ridicule. Bref, le meilleur des mondes.

Tout craindre, depuis l'exploitation industrielle de l'individu, sa dégradation et sa déchéance morale, l'eugénisme, une science au service de l'industrie ou de l'État. Le meilleur des Mondes.

Une morale, ancrée sur des valeurs séculaires, animée par "l'horreur économique" se heurte à un courant qui voit dans l'évolution récente, économique comme biologique, le moyen le moyen fantastique de réaliser le rêve poursuivi depuis la Renaissance en Europe, la libération totale de l'individu, le respect de sa volonté dans tous les domaines. Après la reconnaissance de la volonté et de la liberté individuelles dans le domaine politique (le contrat social), juridique (le Code civil), économique (le marché libre et la liberté des échanges), se profile la maîtrise sur son corps, et sa vie la plus intime.

De fait, on ne peut que constater que tout progrès de civilisation passe par une transgression des valeurs. La médecine dut faire face à l'opposition de l'Église, ne

serait ce qu'en ce qui concerne les atteintes au corps que constituèrent la dissection des cadavres et les vaccins. On accabla d'abord la transgression avant de voir le progrès. Transgresser pour progresser semble faire partie de la nature humaine. Adam lui même... Le résultat fut il un progrès est une autre question...

Par ailleurs, on ne peut s'empêcher d'évoquer la situation des auteurs des XVIIème et XVIIIème siècles. Eux aussi virent leurs oeuvres accaparées, exploitées par les libraires, et ils durent batailler ferme pour se voir reconnaître un droit sur leurs créations, droit qui leur permit de percevoir une rétribution sur cette création. L'individu ne se trouve t'il pas dans la même situation, qui voit ses ressources corporelles exploitées sans qu'il puisse en percevoir une rétribution ? Certes, on ne manquera pas d'objecter que l'individu ne crée pas ces cellules ou son sang, que Moore n'a rien fait pour avoir ces anti corps exceptionnels. Tout ceci est naturel. Mais alors, quelle différence entre la prestation d'un mannequin, qui est largement rétribué pour l'exploitation de sa beauté plastique, elle aussi naturelle, et la prestation d'un donneur d'organes ?

Enfin, l'individu ne doit il pas se voir reconnaître le droit de disposer librement de son corps pour satisfaire un désir naturel de maternité, sans qu'une morale le lui interdise ? L'individu ne doit il pas se voir reconnaître le droit de voir ses services ("transmission" d'organes) rémunérés, ne serait ce que pour éviter le risque d'un marché noir?

Nous ne saurions mieux faire, pour terminer, que de reprendre la conclusion de Tocqueville, qui percevait aussi qu'il était au confluent de l'inéluctable démocratie et de l'Ancien Régime: " Mais il dépend (des nations) que l'égalité les conduise à la servitude ou à la liberté, aux lumières ou à la barbarie, à la prospérité ou aux misères." Remplaçons égalité par progrès scientifique, et tout est dit...

Jean Michel POUGHON
Professeur à l'Université Robert Schuman (Strasbourg)