

Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige

Jacques Fierens

Volume 41, Number 2, 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043607ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043607ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Fierens, J. (2000). Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige. *Les Cahiers de droit*, 41(2), 383–402. <https://doi.org/10.7202/043607ar>

Article abstract

How should one take account of the legal grounds for protecting the human body? An ancient doctrine handed down through Locke, plus some case-law decisions, have asserted a right of ownership over one's own body. This analysis rests, however, upon the assertion, somewhat implicit, of the impossible distance between the body and the person living in it, an inheritance from Platonism, plus the subjectivist philosophy that seeks to assert the prevalence of reason - a given reason - over oneself, other humans and the world. The danger resides in forgetting that the body is first and foremost a relationship with others, which in fact justifies its protection from relations in substantiality. It is in this earthy setting of relations, and not in an impossible soul-to-soul linkage, that the ultimate grounds founding the legal protection of the body must be sought. Since the Renaissance in philosophy and the United Nations Charter in law, the concept of respecting human dignity could constitute such grounds.

**Critique de l'idée de propriété du corps humain ou
Le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige**

Jacques FIERENS*

Comment rendre compte des fondements juridiques de la protection du corps humain ? Une doctrine ancienne héritière de Locke et certaines décisions de jurisprudence ont affirmé un droit de propriété du sujet sur son corps. Cette analyse repose sur l'affirmation au moins implicite d'une impossible distance entre le sujet et son corps, issue du platonisme, puis de la philosophie subjectiviste qui cherche à affirmer la maîtrise de la raison — d'une certaine raison — sur soi-même, sur autrui et sur le monde. Le danger est d'oublier que le corps est d'abord relation à autrui, ce qui d'ailleurs justifie sa protection contre des relations réifiantes. C'est dans cette relation même, et non dans un impossible lien de soi à soi, que doit être cherché le fondement ultime de la protection juridique du corps. Depuis la Renaissance, en philosophie, depuis la Charte des Nations Unies, en droit, le concept de respect de la dignité humaine pourrait constituer ce fondement.

How should one take account of the legal grounds for protecting the human body ? An ancient doctrine handed down through Locke, plus some case-law decisions, have asserted a right of ownership over one's own

* Avocat, Barreau de Bruxelles ; professeur aux Facultés universitaires de Notre-Dame de la Paix à Namur et à Liège.

body. This analysis rests, however, upon the assertion, somewhat implicit, of the impossible distance between the body and the person living in it, an inheritance from Platonism, plus the subjectivist philosophy that seeks to assert the prevalence of reason - a given reason - over oneself, other humans and the world. The danger resides in forgetting that the body is first and foremost a relationship with others, which in fact justifies its protection from relations in substantiality. It is in this earthy setting of relations, and not in an impossible soul-to-soul linkage, that the ultimate grounds founding the legal protection of the body must be sought. Since the Renaissance in philosophy and the United Nations Charter in law, the concept of respecting human dignity could constitute such grounds.

	<i>Pages</i>
1. L'illusion de la propriété du corps	385
1.1 La distance entre le sujet et son corps	385
1.2 Un droit absolu sur les corps	390
1.3 La propriété comme droit absolu	391
2. L'impossible distance, l'impossible propriété	393
2.1 « Mon corps, c'est moi »	393
2.2 Un bien étrange droit de propriété	394
2.3 Le rôle idéologique de la propriété du corps propre	395
3. Le fondement de la protection corporelle : la dignité	396
3.1 Un corps en relation	397
3.2 La dignité comme attribut de l'humanité	397
3.3 La dignité humaine, principe matriciel en droit	399

*Elle avait un miroir magique, quand elle se mettait devant
et s'y contemplait, elle disait : Petit miroir, petit miroir chéri,
quelle est la plus belle de tout le pays ? et le miroir répondait :
Madame la reine, vous êtes la plus belle du pays.*

Frères GRIMM, *Contes*, choix, traduction
et préface de M. ROBERT, coll. « Folio, n° 840 »,
Paris, Gallimard, 1976,
pp. 144-145.

Tous les systèmes de droit protègent l'intégrité du « corps propre », à travers le droit criminel, le droit de la responsabilité civile et, de plus en plus, à travers l'élaboration difficile de lois particulières tendant à réguler les possibilités de transferts d'organe, d'actes de procréation assistée ou artificielle, d'actions sur le matériel génétique¹. Cependant, quel est le fondement, la justification juridique de cette protection ? Dans ce qui suit, nous nous pencherons spécialement sur l'émergence de l'affirmation d'un droit de *propriété* de la personne sur son corps, parce que cette analyse, outre qu'elle peut servir de repoussoir et mène à la recherche d'un autre fondement, permet de comprendre la façon dont est aujourd'hui conçu le sujet de droit lui-même.

C'est à l'aube des temps modernes que sont réunies les conditions d'une telle illusion (section 1). L'affirmation d'un droit de propriété du corps exprime l'exigence d'une protection juridique forte, mais elle recèle aussi de graves dangers (section 2). Parce que la propriété du corps doit être rejetée, nous proposons un autre fondement de sa protection : l'idée de *dignité*, progressivement passée de la sphère spéculative au concept juridique (section 3).

1. L'illusion de la propriété du corps

Pour en arriver un jour à l'affirmation de la propriété du corps, il a fallu que s'instaure une distance entre le sujet et son corps (section 1.1), que le sujet exige pour sa protection un droit absolu (section 1.2) et que le droit de propriété soit érigé en droit subjectif par excellence (section 1.3). Ces conditions n'ont été que progressivement remplies au fil du temps, par la philosophie qui précède toujours le droit.

1.1 La distance entre le sujet et son corps

L'illusion de la propriété du corps s'explique par le fait qu'à plusieurs reprises la philosophie a creusé la séparation entre le corps, objet de propriété, et le propriétaire. Le constat fondamental est que le corps n'est pas

1. En Belgique, une loi du 13 juin 1986 est relative au prélèvement d'organes et une loi du 5 juillet 1994, au sang. Il est permis de se demander si de nouvelles interventions législatives ne sont pas nécessaires. Si le législateur n'intervient pas, le pouvoir est en réalité aux mains des médecins et des scientifiques. À l'échelle du Conseil de l'Europe, voir la *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* du 4 avril 1994 (<http://www.coe.fr/fr/txt/jur/164fr.htm>) ; S. OSCHINSKI et Y. OSCHINSKI, « La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Conseil de l'Europe) », (1997) *Journal des tribunaux* 465-474.

seulement substance matérielle prise dans le temps et dans l'espace, marques essentielles de la finitude. Aussi loin que nous remontions dans toutes les civilisations du monde, le mystère de la vie, l'existence d'êtres semblables et le désir religieux indiquent que la matérialité du corps est dépassée par ce que la tradition occidentale appellera « psychè », « nous », « anima », « esprit », « âme ». Le corps n'est même pas réduit à la pure matérialité lorsqu'il est mort, lorsque l'esprit l'a quitté pour un ailleurs ou un nulle part, comme l'indiquent les normes qui le protègent encore². Il faudra des penseurs de l'extrême comme Nietzsche pour remettre en question la dualité corps-âme³.

Cette volonté de dire que la personne est plus que de la matière corporelle poussera à imaginer une distance entre l'être humain et son corps. Les antécédents sont sérieux : ils commencent par Platon. Celui-ci hérite lui-même de la tradition pythagoricienne l'idée que le corps est une prison : « *Sôma sêma*⁴. » Une prison pour quoi ? pour qui ? Pour ce qui est en plus de la matière du corps, qui participe du mystère de la vie humaine. Le corps est aussitôt déprécié par rapport à l'âme. Platon pense deux mondes, celui des idées et celui d'ici-bas. Il lui est donc aisé de créer la distance en posant l'âme unie au premier et le corps rivé au second : « Si nous devons jamais avoir une pure connaissance de quoi que ce soit, il faut nous séparer [du corps], et, avec l'âme en elle-même, contempler les choses en elles-mêmes⁵. » Voilà la distance instaurée, et elle est aussi immense que celle qui, dans la caverne, existe entre l'ombre des choses et le soleil⁶.

2. En droit belge, voir par exemple l'article 453 du *Code pénal*, qui réprime la violation de tombeaux ou de sépulture.

3. « J'ai un mot à dire à ceux qui méprisent le corps. Je ne leur demande pas de changer d'avis ni de doctrine, mais de se défaire de leur propre corps — ce qui les rendra muets. « Je suis corps et âme » — ainsi parle l'enfant. Et pourquoi ne parlerait-on pas comme les enfants ? Mais l'homme éveillé à la conscience et à la connaissance dit : « Je suis tout entier corps, et rien d'autre ; l'âme est un mot qui désigne une partie du corps. » » F. NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra*, « Des contempteurs du corps », Paris, Aubier-Flammarion, 1969, p. 99. Par ailleurs, Zarathoustra se réfère au sang comme à un esprit. Le résultat de cette philosophie est en effet une notion moins élevée de l'âme, mais en revanche une spiritualisation du corps.

4. PLATON, *Œuvres complètes*, « Gorgias », coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1950, 493a, p. 440 ; Voir aussi « Cratyle », 400d et « Phèdre », 250c. CICÉRON, *De la république*, Livre VI, XV, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 110, reprendra cette idée. Voir aussi C. JOUBAUD, *Le corps humain dans la philosophie platonicienne : étude à partir de Timée*, Paris, Vrin, 1991 ; S. LE DIRAISON et E. ZERNIK, *Le corps des philosophes*, coll. « Major », Paris, PUF, 1993.

5. PLATON, *Phédon*, *op. cit.*, note 4, 66d, p. 778.

6. Voir PLATON, *La République*, *op. cit.*, note 4, Livre VII, p. 514a et suiv.

Le droit de propriété de son propre corps apparaîtra-t-il immédiatement ? Non, car la pensée antique ne connaît pas encore le droit subjectif⁷. Et si elle ne le connaît pas, c'est qu'elle refuse de placer dans l'individu le centre du pouvoir, de la maîtrise. Le droit subjectif ne s'affirme qu'avec l'idée que tout être humain jouit de droits intrinsèques parce qu'il est une personne. Il faudra attendre Descartes au point de vue de l'anthropologie ou Hobbes dans le domaine proprement juridique. D'ailleurs, selon le vieil adage romain, *Dominus membrorum suorum nemo videtur* : « Personne n'est considéré comme le *dominus* de ses membres. »

La mise à distance du corps est contestée par le plus brillant élève de Platon, Aristote. Il admet la dualité, pas la distance. L'âme est inséparable du corps, elle en est la cause formelle, l'*entéléchie*. L'âme est la forme du corps, liée à lui et disparaît d'ailleurs avec lui. L'âme est la forme « d'un corps ayant la vie en puissance ». La substance humaine n'est pas l'âme, mais le composé d'âme et de corps. Dans le traité *De l'âme*, dès le premier chapitre, Aristote affirme que l'âme « ne peut, en effet, exister à l'état séparé, puisqu'elle est toujours donnée dans un corps quelconque⁸ ». Voilà la distance abolie. Aristote nous a appris, le premier, à concevoir le corps et l'âme sans les séparer.

Le Moyen Âge chrétien se réfère tantôt à Platon avec Augustin d'Hippone et les Pères de l'Église, tantôt à Aristote, un millénaire plus tard, lors de la synthèse thomiste. Le corps n'est pas méprisé par la doctrine chrétienne : Dieu s'est incarné en son fils. La résurrection des corps est affirmée par saint Paul⁹, qui reprend une intuition déjà présente chez Job¹⁰. Toutefois, ce sont toujours des distances : entre le corps des mortels et celui de Dieu, entre aujourd'hui et le temps de la résurrection. Personne ne parle de droit de propriété du corps, parce qu'il n'existe pas au sens actuel en tant qu'affirmation du pouvoir d'un individu.

Viennent les xv^e et xvi^e siècles. La référence religieuse est remise en question, au moins dans son unicité, et aboutira aux guerres de religion avant que l'un ou l'autre, bien plus tard, prétende signer l'acte de décès de Dieu (Feuerbach, Schopenhauer, Nietzsche, Marx ou Freud croiront l'avoir enterré définitivement). En même temps, les sciences dites exactes, et

7. Michel Villey est à cet égard convaincant, même si nous pouvons lui reprocher de vouloir revenir à toute force à une conception antique du droit, dépassée par la modernité. Le concept de droit subjectif rend bien compte en effet de ce qu'est un droit aujourd'hui. Voir M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, spécialement pp. 77-78.

8. ARISTOTE, *De l'âme*, Paris, Belles Lettres, 1966, p. 4.

9. SAINT PAUL, *Rm*, 8, 11.

10. *Jb*, 19, 26 : « C'est bien dans ma chair que je contemplerai Dieu. »

spécialement les mathématiques, installent leur règne. La relation au corps s'objectivise — au sens littéral du mot. Il devient un objet à travers les progrès de l'anatomie. Vésale publie *De corporis humani fabrica* en 1543¹¹. Nous ne sommes d'ailleurs pas sortis du règne des mathématiques : que serions-nous sans nos pythagoriciens d'aujourd'hui, qui prévoient les éclipses ou font marcher les ordinateurs ? Et après tout, si la survalorisation des sciences exactes et des mathématiques était liée à l'éloignement du corps ?

Cependant, voici qu'un nouveau platonicien va nous jouer un tour extraordinaire. Il ne l'a pas inventé seul ni tiré du néant, mais il l'a exprimé en son temps mieux que tout autre. Le tour est de séparer mon corps de moi-même, de ma raison, à nouveau et jusqu'à aujourd'hui. Le prestidigitateur, celui qui nous influence tellement (surtout pour qui parle français), c'est René Descartes. Il voulait justement faire de la philosophie comme on fait des mathématiques, à l'instar de Hobbes, de Grotius, qui, à la même époque, veulent faire du droit de la même manière. Hegel dira avec raison de Descartes que l'« on ne saurait se représenter dans toute son ampleur l'influence que cet homme a exercé sur son époque et sur les temps modernes¹² ». C'est lui qui exprime le plus clairement le *subjectum*, littéralement le « sous-jacent de toute chose¹³ », qui profère le *cogito ergo sum* : « Je pense donc je suis », qui se pose lui-même comme première vérité et première certitude, c'est-à-dire *res cogitans* : « chose pensante »¹⁴. Devant le sujet, le monde est institué comme *obiectum*, *res extensa* : « chose étendue », à portée de la raison, mais radicalement distincte d'elle. Il en va de même du corps propre. Quoi d'étonnant alors à ce que Descartes considère le corps « comme une horloge composée de roues et de contrepoids [...] une machine tellement bâtie et composée d'os, de nerfs, de muscles, de veines, de sang et de peau¹⁵ » ? Quoi d'étonnant à ce que le *Discours de la méthode* serve d'introduction à la *Dioptrique* notamment, qui contient la description d'une partie du corps, soit l'œil ?

11. Voir aussi D. BORRILLO et J. BAUDOIN (dir.), *L'homme propriétaire de lui-même : le droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, thèse de doctorat, Strasbourg, Université de Strasbourg, 1991.

12. G.W. HEGEL, *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, t. 6, Paris, Vrin, 1985, p. 1384.

13. Voir à ce sujet M. HEIDEGGER, *Nietzsche*, t. 2, Paris, Gallimard, 1971, p. 114 et suiv. Heidegger souligne notamment que, pour Descartes, *cogitare* est aussi *percipere*. Or, *percipere* signifie littéralement « prendre possession de quelque chose, s'en emparer » (p. 122), comme dans le droit de propriété.

14. R. DESCARTES, *Œuvres et lettres*, « Discours de la méthode », coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1953, pp. 147-148.

15. *Id.*, « Méditations », p. 329.

Pour Descartes, l'âme et le corps sont deux substances nettement distinctes, même si elles agissent l'une sur l'autre. L'être humain est :

[...] logé dans mon corps ainsi qu'un pilote en son navire¹⁶ [...] Et partant, de cela même que je connais avec certitude que j'existe, et que cependant je ne remarque point qu'il appartienne nécessairement aucune autre chose à ma nature ou à mon essence, sinon que je suis une chose qui pense, je conclus fort bien que mon essence consiste en cela seul, que je suis une chose qui pense, ou une substance dont toute l'essence ou la nature n'est que de penser. Et quoique peut-être (ou plutôt certainement, comme je le dirai tantôt) j'aie un corps auquel je suis étroitement conjoint ; néanmoins, parce que d'un côté j'ai une claire et distincte idée de moi-même, en tant que je suis seulement une chose qui pense et non étendue, et que d'un autre j'ai une idée distincte du corps, en tant qu'il est seulement une chose étendue et qui ne pense point, il est certain que ce moi, c'est-à-dire mon âme, par laquelle je suis ce que je suis, est entièrement et véritablement distincte de mon corps et qu'elle peut être ou exister sans lui¹⁷.

Il serait difficile de mieux contredire Aristote. Voilà la distance rétablie dans la philosophie moderne. Elle est avant tout métaphysique, elle participe de la manière dont l'être de l'individu est envisagé.

En même temps, cette philosophie établit la possibilité du droit subjectif. Par sa raison, ses concepts, l'« être-individu » s'empare du monde (« concept » vient de *con-capere*, qui signifie « saisir, prendre, assurer son pouvoir »). Ainsi, le droit peut devenir revendication de l'individu sur le monde et sur les choses, pouvoir, appartenance, maîtrise et, finalement, droit de propriété¹⁸. Cette fois s'invente le subjectivisme juridique, dont

16. *Id.*, p. 326. Faisant allusion à cette image, S.F. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, 5^e éd., Amsterdam, Chez P. de Coup, 1734, p. 251), dira que l'âme paie bien cher au corps le loyer du domicile qu'il lui fournit.

17. *Id.*, pp. 323-324. Descartes poursuivra son examen en soulignant certaines différences entre l'âme et le corps : celui-ci est divisible, celle-là, indivisible, etc.

18. F. von Savigny définira le droit subjectif en fonction de la volonté individuelle accompagnée de légitimation sociale : la règle assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère. Voir F. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Paris, Didot, 1855, p. 323. Dans un article récent, Y.-H. LELEU et G. GÉNICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », (1999) *Journal des tribunaux* 589-600, tentent de réhabiliter le concept de « maîtrise » qui caractériserait le mieux la relation au corps. À la différence de la propriété, la maîtrise n'est pas un concept à contenu juridique, et les auteurs ne la définissent pas. Dans la ligne de Savigny ou de J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, tous les droits subjectifs sont d'ailleurs caractérisés par « l'appartenance-maîtrise ». Quelle est la spécificité de celle-ci lorsqu'elle est appliquée au corps ? Savigny rejette pourtant la propriété de l'être humain sur ses facultés spirituelles — donc la maîtrise ? — parce qu'il n'y a de rapport juridique que dans la relation à autrui ou à un objet du monde extérieur (paragr. 53). Cette nouvelle insistance sur la maîtrise n'échappe ni à l'individualisme, ni à l'utilitarisme, ni au volontarisme. La grande affaire est toujours d'« utiliser » son corps à sa guise, plutôt que de le penser dans sa relation à autrui et au monde.

l'arme absolue est précisément, comme on s'en doute, le droit subjectif, lequel se signifie le mieux dans le droit de propriété. Le concept de propriété au sens actuel, c'est-à-dire *pouvoir* en principe absolu, n'a pu apparaître qu'au moment où l'être humain se définit d'abord comme *sujet*, comme centre du monde soumettant les *objets*, choses étendues devant lui, dont le corps fait partie. L'âme peut devenir propriétaire du corps.

Descartes, qui était juriste même s'il n'a presque jamais parlé du droit, inscrit dans la *Méditation sixième* une incise fort intéressante : « Ce n'était pas aussi sans quelque raison que je croyais que ce corps (lequel par un certain droit particulier j'appelais mien) m'appartenait plus proprement et plus étroitement que pas un autre. Car en effet je n'en pouvais jamais être séparé comme des autres corps¹⁹. » Il parle de droit sur le corps, mais, constatant que la distance, la séparation sont impossibles, il ne sait comment qualifier la relation juridique et se borne à évoquer « un certain droit particulier ». Il ne peut résoudre le problème qu'il a contribué à créer.

1.2 Un droit absolu sur les corps

Les contemporains de Descartes se chargeront de régler la question, spécialement ceux qu'il est convenu d'appeler les « empiristes » ou les « contractualistes » anglais. Hobbes lit Descartes et lui adresse des objections, soutenant notamment que toute pensée doit être une activité corporelle²⁰. Il passe à l'autre extrême : même l'âme est corporelle, comme l'haleine. Chaque partie de l'univers est corps, et ce qui n'est pas corps n'est pas une partie de l'univers : et parce que l'univers est le tout, ce qui n'en fait pas partie n'est rien. Cependant, ce qu'il faut retenir de Hobbes pour notre propos est l'affirmation de droits absolus de l'être humain en tant que tel. La conséquence heureuse de ce mouvement de pensée sera d'ailleurs l'émergence des droits de la personne, dont la naissance était conditionnée par la métaphysique de la subjectivité. Si, pour Hobbes, la loi est purement conventionnelle, elle a néanmoins pour origine l'état de nature, qui, à ses yeux, est un état de guerre de tous avec tous : « Tous les hommes ont un droit sur toutes choses, et même les uns sur le *corps* des autres²¹. » Où le corps d'autrui est clairement soumis à l'absolu du droit

19. R. DESCARTES, *Méditations*, op. cit., note 15, p. 321 ; voir aussi p. 326 : « La nature m'enseigne aussi par ces sentiments de douleur, de faim, de soif, etc., que je ne suis pas seulement logé dans mon corps, ainsi qu'un pilote en son navire, mais, outre cela, que je le suis conjoint très étroitement et tellement confondu et mêlé, que je compose comme un seul tout avec lui. »

20. R. DESCARTES, *Troisièmes objections*, op. cit., note 14, pp. 399 et suiv., spécialement « Objection seconde », pp. 400-404.

21. *Id.*, p. 129 ; l'italique est de nous.

d'une autre personne. Dans l'état de nature, il n'y a pas encore de propriété, donc, *a fortiori*, une personne ne peut revendiquer la propriété de son corps ni de celui de l'autre. Toutefois, pour conserver leur vie sans cesse menacée, les êtres humains forment des sociétés juridiques. Par le contrat, ils abandonnent ce droit absolu sur toutes choses, y compris sur le corps des autres, en échange du droit de propriété²². Et voilà une des raisons pour laquelle la propriété, sacralisée plus tard par l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, est qualifiée d'absolue par l'article 544 du Code Napoléon : c'est qu'au nom du pouvoir absolu de chaque personne de conserver son corps intègre, la propriété se substitue à un pouvoir absolu sur le corps des autres.

1.3 La propriété comme droit absolu

Il ne faudra dès lors plus attendre longtemps pour qu'apparaisse une théorie philosophique explicite de la propriété du corps. John Locke, qui se démarque à son tour de Hobbes sur plusieurs points, affirme aussi le droit absolu de conserver sa vie. Il indique également que selon la « raison naturelle » les êtres humains ont le droit de se conserver et que la terre leur a été donnée en commun²³. Pourtant, quelque chose fonde l'appropriation privée. C'est le corps et le travail qu'il produit : « Encore que la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent en général à tous les hommes, chacun pourtant a un droit particulier sur sa propre personne, sur laquelle nul autre ne peut avoir aucune prétention. Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, nous le pouvons dire, sont son bien propre²⁴. » La propriété privée est fondée sur le travail, lui-même émanation du corps. Elle est en quelque sorte la prolongation du corps²⁵. Toute autre propriété est dérivée de cette propriété corporelle, qui seule est originelle. Même la propriété du corps d'autrui est possible. Dans l'état de nature, avant la conclusion du contrat social, le vainqueur est maître du corps du vaincu. Ce n'est qu'après le pacte que ce pouvoir est perdu²⁶. Les êtres humains concluront

22. *Id.*, p. 144 : « Il faut qu'il existe quelque pouvoir coercitif [...] pour garantir la propriété que les hommes acquièrent, par contrat mutuel, en compensation du droit universel qu'ils abandonnent. ».

23. J. LOCKE, prend argument du Psaume 115, v. 16 : « Les cieux sont les cieux du Seigneur, mais la terre, il l'a donnée aux hommes. »

24. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1992, par. 27, p. 163.

25. *Id.*, par. 44, p. 176 : « Tout cela montre évidemment que bien que la nature ait donné toutes choses en commun, l'homme néanmoins, étant le maître et le propriétaire de sa propre personne, de toutes ses actions, de tout son travail, a toujours en soi le grand fondement de la propriété. »

26. J. LOCKE, *op. cit.*, par. 24, p. 161, rappelle notamment que, chez les Juifs, c'est-à-dire après la passation d'un supposé contrat social, les maîtres devaient libérer un serviteur s'ils lui faisaient perdre un œil ou lui faisait tomber une dent.

le contrat social pour préserver leurs propriétés et trouver une instance pour arbitrer les conflits qui s'y rapportent²⁷.

Cette propriété fondamentale du corps, qui engendre toutes les autres, donne naissance au contrat social et à l'existence même de l'État de droit, suppose la raison du type cartésien. L'étalon de toute valeur est la conservation du « je », duquel tout part et auquel tout aboutit. Les écrits de Locke fourmillent ainsi d'allusions à l'évidence, aux principes « écrits dans le cœur de tous les hommes », à la raison qui maîtrise le monde. Celle de Descartes.

Il est vrai qu'aujourd'hui encore, dans les systèmes juridiques occidentaux, qu'il soit de common law ou de civil law, le droit le mieux affirmé, le mieux protégé, est sans nul doute le droit de propriété. Il est facile de comprendre que la tentation était grande d'y rechercher le fondement de la protection du corps propre.

L'influence de Locke sur la pensée américaine est bien connue. Rien d'étonnant à ce que la décision judiciaire la plus célèbre comportant l'affirmation de la propriété du corps soit celle d'une juridiction des États-Unis : « Person has essence of property interest — the ultimate right of control — in his own human body and plaintiff patient's allegation of a property right in his own tissue was sufficient as a matter of law to support action alleging conversion of plaintiff patient's tissues²⁸. » L'idée de la propriété du corps ne restera cependant pas caractéristique de l'idéologie libérale. Marx, dans la ligne de John Locke, écrit dans *Le capital* que l'appropriation de son corps par l'ouvrier est la condition de la vente de son travail²⁹. Il y a toujours quelque chose de commun à des adversaires.

27. On sait en effet que J. LOCKE, *op. cit.*, par. 124, p. 237, assignera à la société politique et au gouvernement le devoir de conserver les propriétés.

28. *Moore v. The Regents of the University of California*, 249 Cal. Repr. 494 (Ct. App. 1988). Voir M.-A. HERMITTE, « L'affaire Moore ou la diabolique notion de propriété », *Le Monde diplomatique* (décembre 1988) 20-21 ; B. EDELMAN, « L'homme aux cellules d'or », D. 1989.chr.225-230. Cette décision a été réformée le 9 juillet 1990 par la Cour suprême de la Californie qui rejette le droit de propriété des cellules. Rappelons que M. John Moore a été hospitalisé en 1976 au Centre médical de l'Université de Californie pour y soigner une leucémie. Les médecins ont alors découvert que son sang contenait des substances uniques permettant de traiter certaines maladies. Pendant sept ans, ils ont prélevé, sans le consentement du patient, des éléments de son corps : cellules de peau, sperme, sang. En 1984, une ligne cellulaire a été brevetée par la société pharmaceutique Sandoz à qui elle a rapporté trois milliards de dollars. Notons toutefois que M. Moore exerçait une action en revendication (*action for conversion*) des cellules détachées de lui. La décision est plus critiquable en ce qu'elle semble affirmer un droit de propriété sur le corps propre qu'en ce qu'elle envisage la propriété de cellules prélevées. Cette dernière question est très différente.

29. K. MARX, *Le capital*, Livre I, t. 2, Paris, Éditions sociales, 1954.

2. L'impossible distance, l'impossible propriété

Arrêtons ici notre voyage, puisque la relation au corps a été formulée à travers le droit de propriété, et dressons le bilan. Même si elle trouve encore aujourd'hui des défenseurs³⁰, l'analyse de la relation juridique au corps humain en termes de droit de propriété doit être rejetée. Elle tronque la vérité existentielle (section 2.1), aboutit à des approximations juridiques (section 2.2) et comporte des dangers politiques (section 2.3).

2.1 « Mon corps, c'est moi »

L'appréhension de la relation juridique au corps à travers la propriété part d'un bon sentiment, comme aurait dit Jean de La Fontaine. Elle est liée à la volonté d'affirmer un droit absolu à sa protection. Cependant, pour qu'il y ait propriété, il doit y avoir un propriétaire, un objet de propriété et, entre les deux, une distance. Celle-ci doit être réelle et non virtuelle. Lorsqu'une personne regarde son corps dans un miroir se crée l'image virtuelle. La distance qui apparaît entre son double et elle-même est égale au double de la distance qui la sépare du miroir. Si elle veut se photographier, la distance que prend en considération l'objectif de l'appareil pour obtenir une image nette est bien celle qui la sépare apparemment de l'image virtuelle, non de son support, le miroir. Toutefois, cette distance est une illusion³¹. Une personne n'est pas séparée de son corps parce qu'elle y réfléchit. Elle n'est pas davantage séparée de son corps parce qu'elle y réfléchit, même comme juriste. Seule l'image reflétée de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige est quelqu'un d'autre qu'elle-même, seul son miroir est capable de répondre au sujet qui se regarde. La punition de la reine qui s'y mirait et qui a cru ce qu'il disait a été de danser chaussée de mules de fer chauffées au rouge jusqu'à ce que mort s'ensuive (mais cela n'est pas raconté aux enfants). La propriété du corps suppose une distance impossible entre le corps d'une personne et elle-même. Elle suppose le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige. S'y fier mène aux catastrophes et à la mort. La distance entre une personne et son image n'existe que dans les contes. Ainsi, Dorian Gray voit son image vieillir à sa place, mais l'histoire est pleine de meurtres et se termine mal³². Le Pays des merveilles s'ouvre dans le miroir d'Alice, mais il n'existe pas³³.

30. Voir J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993.

31. L'image virtuelle d'un point réel ne peut être reçue sur un écran : elle est une illusion d'optique. Voir, par exemple, A. DESSART, J.-C. JODOGNE et J. JODOGNE, *Cours de physique*, t. 2, Bruxelles, De Boeck, 1969, p. 14.

32. Voir O. WILDE, *Le portrait de Dorian Gray*, Paris, Garnier-Flammarion, 1988.

33. Voir L. CAROLL, *Alice au pays des merveilles*, Paris, Hachette-Jeunesse, 1988.

La propriété suppose une différence, une dichotomie entre le propriétaire et l'objet approprié. Or, mon corps c'est moi, et il n'y a pas de distance entre lui et moi³⁴. Le corps *est* le sujet de droit. Lorsque quelqu'un caresse mon corps, n'est-il pas d'usage de dire que c'est *moi* qui suis caressé ? Lorsque que quelqu'un fait volontairement mal à ton corps, c'est bien *toi* qui est torturé. D'ailleurs, qui dit « j'ai un corps », qui dit « ceci est mon corps », sans être ce corps³⁵ ? Qui serait propriétaire de mon corps ? Mon âme ? Toutefois, sous peine de redevenir religieux, le droit ne peut plus dire « l'âme ». Alors il dit « la raison », ce qui ici est la traduction de l'« âme propriétaire », parce que conceptuelle, capable de saisir la *res extensa* dans ses griffes et de la maîtriser comme le propriétaire maîtrise sa chose. Cependant, personne n'a jamais rencontré la raison sans corps.

2.2 Un bien étrange droit de propriété

Le droit lui-même, dans sa logique interne, indique l'inadéquation du concept de propriété appliqué au corps. Celui-ci est inaliénable, ce qui est à tout le moins une limitation étonnante des pouvoirs du propriétaire s'il en existe un. La raison en est d'abord qu'il est impossible de se séparer de ce corps qui nous inscrit dans le temps et dans l'espace de manière irréfutable. Et si une personne se tue — à condition qu'elle en ait le droit, ce que contestait notamment Hegel³⁶ ou von Savigny³⁷ —, il n'y a plus de sujet de droit pour exercer le droit de propriété prétendu.

34. « De ce qu'il est la personne même, le corps humain tire une place tout à fait particulière dans le droit » : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, « Les personnes », 17^e éd., Paris, PUF, 1990, n° 4, p. 17. Voir aussi É. DELEURY, « La personne en son corps : l'éclatement du sujet », (1991) 70 *R. du B. can.* 448 ; selon Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *loc. cit.*, note 18, cette position est celle de la « doctrine personnaliste » (nos 4-8), rejetée parce qu'« à trop assimiler corps et personne, on en vient à écarter l'indispensable dimension psychologique et spirituelle ». Les mêmes auteurs appréhendent le corps dans sa seule « matérialité » (n° 12). La position est logique mais proche de la contradiction : c'est quand le corps est réduit à la matérialité qu'il devient impossible d'y réduire la personne, cela est convenu depuis la nuit des temps. En d'autres mots, pour refuser la proposition « Je suis mon corps », il faut nécessairement réduire le corps. La doctrine qualifiée de personnaliste n'opère pas cette réduction oublieuse des relations à autrui, de la vie qui anime le corps, ou de l'âme, ou de la dimension « psychologique et spirituelle » dont elle cherche précisément à rendre compte.

35. Il est évident que, dans la tradition chrétienne, les paroles de consécration : « Ceci est mon corps donné pour vous » (*Touto estin to swma mou to uper umwn didomenon*, Lc, 22, 19) signifient bien « c'est moi-même » et ne visent pas la matérialité du corps de Jésus.

36. G.W. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, 10^e éd., Paris, Gallimard, 1940, par. 70.

37. *Id.*, par. 53.

François Rigaux critique aussi l'analogie avec les droits réels à cause de l'indétermination du devoir d'abstention imposé aux tiers³⁸.

Les auteurs soulignent que les modes d'acquisition et de transmission des droits réels sont limitativement énumérés par la loi et qu'aucun d'eux ne rend compte du lien qui se crée à la naissance ou se défait à la mort³⁹.

2.3 Le rôle idéologique de la propriété du corps propre

L'approche de la relation au corps comme droit de propriété indique en elle-même son danger : vouloir exercer les attributs du propriétaire, *uti, frui et abuti*, à l'égard de soi-même ou d'une autre personne, qui est aussi son corps : « mon corps que je vends, le tien que j'achète », par exemple.

Le fait générateur de l'internationalisation des droits fondamentaux, l'Holocauste, nécessitait la réification du corps. Comment considérer cet événement comme un « détail », même pour la pensée du droit ?

Se pose aussi à cet endroit la question de l'élément corporel séparé. La propriété en est cette fois possible, car, justement, la distance et la maîtrise qui n'existaient pas peuvent être créées par la séparation, le prélèvement ou l'amputation et rendent possible la mise à la disposition d'autrui et l'aliénation. N'est-il pas courant de dire d'une personne que ce sont ses cheveux qu'elle *vend* ? que ce sont ses organes ou ses gamètes qu'elle *donne* ? La vente et la donation sont des procédés classiques d'aliénation de la propriété, cette fois pertinents. Ce n'est plus du corps qu'il s'agit, mais d'une partie qui ne s'y identifie plus, qui n'est d'ailleurs plus appelée un « corps », mais des « cheveux », un « cœur », une « main ». La propriété des éléments corporels séparés de la personne est possible, du moins tant qu'ils ne forment pas à nouveau un « corps propre », ce qui arrive quand les gamètes deviennent un enfant⁴⁰.

Si beaucoup de systèmes juridiques déclarent que ces éléments sont « hors commerce », la question est différente de celle de la propriété. Elle concerne les limites du pouvoir de contracter. Cette limitation est largement idéologique et apparaît au moment même où la propriété devient possible. Nier la possibilité d'un droit de propriété des éléments séparés du corps, ou se contenter d'affirmer certaines restrictions de l'*usus* assurent une fonction idéologique : masquer l'exploitation patrimoniale du corps qui

38. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Paris, LGDJ/Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 656.

39. Voir Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *loc. cit.*, note 18.

40. Laissons pour un autre débat la question de savoir à partir de quand les gamètes sont un enfant...

s'exerce quotidiennement, notamment par l'activité pharmaceutique et cosmétique⁴¹. Le sang qui ne peut être vendu mais peut être donné engendre ultérieurement des profits au bénéfice d'autres personnes que les donneurs. Dans les maternités belges, jusqu'il y a peu⁴², le placenta des parturientes était revendu à des entreprises de cosmétiques, au bénéfice de l'établissement, sans que la mère en soit informée. Les expériences et études pratiquées sur les patients sont l'indispensable condition des profits considérables accumulés par l'industrie pharmaceutique.

3. Le fondement de la protection corporelle : la dignité

Une personne a-t-elle pourtant un droit, qui sera dit aujourd'hui « subjectif », mais différent de la propriété, sur son corps propre ? La notion de droit subjectif, comme nous l'avons vu, est récente. Elle nous vient de von Ihering⁴³ et de von Savigny, le premier la pensant sous l'aspect de l'intérêt protégé, le second, sous celui de la volonté et de la maîtrise. Ces dernières apparaissent comme dangereuses, ce que Ihering avait pressenti⁴⁴. L'idéologie de la maîtrise appliquée au corps propre n'échappe pas plus que celle de la propriété à la tentation du miroir, celle-ci étant une conséquence de celle-là.

41. M. RIGAUX, *op. cit.*, note 38, n° 658, pp. 732-733, s'étonne ainsi de ce que tous les droits de la personnalité soient déclarés extrapatrimoniaux : « Le droit de la personnalité ainsi placé hors du commerce est la maîtrise préjuridique exercée par l'individu sur son corps et sur sa faculté de production spirituelle. En revanche, dès le moment où un attribut de la personnalité s'insère dans un rapport juridique à l'occasion d'une relation particulière nouée par le sujet avec un autre sujet de droit, c'est-à-dire au moment où le bien de la personnalité pénètre dans un espace social juridiquement protégé, il n'y a aucun obstacle de principe à ce que cet attribut soit un objet contractuel. Sans doute, l'ordonnement normatif, l'ordre public et les bonnes mœurs restreignent ou tempèrent la liberté contractuelle, mais d'une manière qui ne déroge pas aux principes généraux du droit des contrats. » [...] « La qualification non patrimoniale des biens de la personnalité est aussi, et plus profondément, idéologique en ce sens qu'elle tend à dissimuler la réalité, à savoir que la plupart de ces biens sont effectivement dans le commerce. La plupart, mais non tous : ceux qui sont le plus intimement liés au corps physique du sujet demeurent mieux protégés que les autres. »

42. Ce ne sont ni des considérations éthiques ni des considérations juridiques qui semblent avoir mis fin à ces pratiques, mais les affaires de sang contaminé...

43. R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., Paris, Marescq, 1886-1888.

44. Ainsi, R. VON IHERING, *op. cit.*, note 43, p. 321, critique Savigny en demandant comment le droit protégerait les êtres sans volonté, comme les incapables. Pour une ample discussion de l'opposition entre Savigny et Ihering, voir X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Bruxelles, Larcier, 1982, spécialement p. 60 et suiv. Cependant, les « pères » du droit subjectif s'accordent tous deux à dire que l'être humain n'a pas de pouvoir juridique sur le corps (X. DIJON, *op. cit.*, p. 217 et les références).

Il faut d'abord redire que le corps, plutôt qu'un tombeau pour l'âme, plutôt qu'un bateau piloté par la raison, plutôt qu'une subtile mécanique livrée à la science, est un être de relation (section 3.1). Cette relation s'exprime de nos jours de plus en plus souvent, en droit, à travers l'affirmation d'une dignité propre à la personne. Les fondements en sont à nouveau philosophiques (section 3.2). La dignité est une affirmation récente du droit qui pourrait contrebalancer l'objectivation du corps et l'individualisme qu'elle induit (section 3.3).

3.1 Un corps en relation

Ce qui se dit dans le droit à propos du corps n'est pas d'abord qu'une personne peut le maîtriser, en disposer. Au contraire, sous l'angle des contrats, le droit l'interdit presque toujours. Ce qui se dit, c'est que le corps d'une personne a le droit d'être protégé dans sa relation à autrui⁴⁵. Le corps d'une personne, c'est-à-dire elle-même, est en relation avec autrui. Cette relation peut être d'amour, de jouissance, ou d'agression et de violence, elle peut avoir pour objet de soigner ou d'être soigné. Le droit, quand il se souvient qu'il est d'abord justice, doit s'intéresser à cette relation à autrui plutôt qu'à un prétendu rapport de soi à soi sur le mode de la volonté souveraine et de la maîtrise. « Je ne suis pas un individu, je suis une personne. » La propriété du corps tentait de soumettre à une notion juridique une impossible relation d'autoréférence, à laquelle la « maîtrise » n'échappe pas. Le droit n'existe que dans la relation à autrui⁴⁶. Et sous certains aspects — au sens littéral —, le corps d'une personne est plus familier à autrui qu'à elle-même, parce qu'autrui le voit constamment, tandis que chaque personne a justement besoin du miroir pour voir son visage ou son corps de dos ou en son entier.

Quel est alors le fondement philosophique et juridique de cette protection ? Comment le droit sécularisé pourra-t-il fonder le droit dont chaque être humain jouit, de voir respectée son intégrité physique ?

3.2 La dignité comme attribut de l'humanité

Nous nous en voudrions de faire croire dans notre chef à une nostalgie de l'Antiquité ou du droit religieux du Moyen Âge, pour avoir épinglé les

45. C'est en ce sens qu'il convient sans doute de lire F. RIGAUX, *op. cit.*, note 38, n° 656, lorsqu'il soutient que la maîtrise exercée par le sujet sur son corps n'est pas un droit mais une liberté.

46. X. DUON, *Droit naturel*, t. 1, « Les questions du droit », « coll. Thémis », Paris, PUF, 1998, p. 110, écrit : « La personne physique doit être protégée en tant que sujet de droit parce que la relation qu'elle entretient avec son propre corps échappe au droit. ».

méfais de l'idéologie du sujet et de la maîtrise depuis le début des temps modernes. La même époque a vu se dégager l'affirmation de la dignité humaine, qui a contribué à laïciser le droit en formulant une exigence éthique fondée dans l'humanité de l'être humain, préparant son entrée dans l'ordre juridique.

Le Moyen Âge avait plutôt tendance à accentuer une conception pessimiste de la nature de l'être humain, insistant sur son péché et sa déchéance. Au cours du XIII^e siècle — et, à nouveau, nous nous retrouvons à l'époque où le monde s'agrandit, où les conquêtes scientifiques s'affirment, où les Renaissances s'annoncent —, Lothaire, après avoir écrit un traité sur la misère humaine⁴⁷ en 1195, se promet de composer l'autre moitié sur la dignité de l'être humain. Devenu pape sous le nom d'Innocent III, il laissera son projet inachevé. Le thème sera repris 200 ans plus tard, en 1447, par Bartolomeo Fazio⁴⁸ et en 1452 par Giannozzo Manetti⁴⁹ qui réfute la thèse d'Innocent et exalte la grandeur de l'être humain en commençant par en examiner la corporéité. En 1486 et 1487, un jeune homme de 24 ans, Giovanni Pico, comte della Mirandola et Concordia, resté célèbre pour sa précocité et son appétit de savoir, prend part à un débat entamé par d'autres en rédigeant en latin le *Discours sur la dignité de l'homme*⁵⁰.

Toutefois, c'est surtout Kant, « l'homme du droit »⁵¹, qui imposera à la pensée occidentale une notion éminente de dignité, indissolublement liée d'ailleurs à celle de respect⁵², à celle d'humanité et à celle de loi, morale d'abord, juridique ensuite. Dès 1764, dans ses *Observations sur le sentiment du beau et du sublime*, Kant fonde la vertu sur un sentiment universel, « le sentiment de la beauté et de la dignité de la nature humaine »⁵³, le sentiment de beauté constituant un principe de bienveillance universelle et celui de dignité, un principe de respect universel. Il poursuivra, dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs* :

La raison rapporte ainsi chacune des maximes de la volonté conçue comme législatrice universelle à chacune des autres volontés, et même à chacune des actions envers soi-même, et cela non pas pour quelque autre motif pratique ou quelque

47. LOTHAIRE, *De miseriae humanae conditionis*, 1195.

48. B. FAZIO, « De excellentia et praestantia hominis », dans F. SANDEO, *De regibus Siciliana et Apuliae*, Hanovre, 1611, pp. 149-168.

49. G. MANETTI, *De dignitate et excellentia hominis*, Bâle, 1532.

50. J.-P. DE LA MIRANDOLE, *Œuvres philosophiques*, coll. « Épiméthée », Paris, PUF, 1993.

51. J. LACROIX, *Kant et le kantisme*, coll. « Que sais-je ? », n° 123, Paris, PUF, 1969, p. 66.

52. Nous ne pouvons développer celle-ci dans le cadre du présent texte. Voir cependant C. AUDARD (dir.), *Le respect : de l'estime à la déférence, une question de limite*, coll. « Points, n° 390 », Paris, Autrement, 1993.

53. I. KANT, *Œuvres philosophiques*, t. 1, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1980, p. 463.

futur avantage, mais en vertu de l'idée de la *dignité* d'un être raisonnable qui n'obéit à d'autre loi que celle qu'il institue en même temps lui-même. Dans le règne des fins tout a un PRIX ou une DIGNITÉ [...] 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 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 dignité⁵⁴.

3.3 La dignité humaine, principe matriciel en droit

Dans l'affaire *John Moore*, la Cour suprême de la Californie, le 9 juillet 1990, a invalidé la décision de la Cour d'appel en mentionnant la dignité : « The ramifications of recognizing and enforcing a property interest in body tissues are not know, but greatly feared — the effect of human dignity of a marketplace in human body parts, the impact on research and development of competitive bidding for such materials, and the exposure of researchers to potentially limitless and uncharted tort liability. »

Des dizaines de textes et de décisions jurisprudentielles utilisent de nos jours la notion de dignité humaine⁵⁵. Une des premières mentions juridiques de la notion semble devoir être trouvée dans la Constitution allemande, dite « de Weimar », du 11 août 1919. L'article 151 dit que « l'organisation de la vie économique doit correspondre aux principes de la justice et se proposer comme but de garantir à tous une existence digne de l'homme ». La référence à la dignité est inscrite dans le préambule de la *Charte des Nations Unies* du 26 juin 1945⁵⁶, dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, dans les Pactes internationaux du 16 décembre 1966, dans la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* du 22 novembre 1969, dans la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* du 27 juin 1981, dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*

54. I. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Delagrave, 1981, pp. 159-160. Pour une critique, cependant, de l'approche de Kant, voir Z. KLEIN, *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*, Paris, Vrin, 1968. Cette auteure décèle un danger dans la thèse de Kant parce qu'aucune personne ne saurait prétendre à la personification parfaite de cette valeur absolue, au nom de laquelle elle aurait pu revendiquer la dignité.

55. À ce jour, la banque de données juridique belge JUDIT recense 231 décisions contenant le mot « dignité » et 105 comportant les termes « dignité humaine ». En droit canadien, voir L. HUPPE, « La dignité humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la Charte », (1988) 48 *R. du B.* 724.

56. « Nous, peuples des Nations Unies, résolu [...] à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine ».

du 20 novembre 1989, etc. Au niveau du Conseil de l'Europe, elle est incluse dans le titre et dans le texte de la *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* du 4 avril 1994⁵⁷. Elle figure dans la Constitution allemande (article premier), dans la Constitution belge (article 23) et dans la Constitution suisse (article 24 *nonies*). Le Conseil constitutionnel français a affirmé le 27 juillet 1994, à propos du respect du corps humain, de ses éléments et de ses produits, un « principe de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation⁵⁸ ». Il a ensuite déclaré que le principe de sauvegarde de la dignité humaine est un objectif à valeur constitutionnelle⁵⁹.

« Ce que le droit consacre avant toute chose, écrivent É. Deleury et D. Goubau, c'est la dignité qui participe de l'essence même de la personne⁶⁰. » Cette dignité apparaît comme notion juridique nécessaire et suffisante pour fonder le respect du corps humain. Contrairement à la propriété et à la maîtrise, qui ne concernent que négativement autrui (la maîtrise d'une personne s'arrête là où commencent la propriété et la maîtrise de l'autre), la dignité fonctionne comme principe normatif aussi bien à l'égard du corps d'une personne qu'à l'égard de celui d'autrui et, surtout, à l'égard de leur relation même.

Ce thème est pourtant relativement récent en droit. Il a été qualifié de « principe matriciel⁶¹ ». Il est aussi celui par lequel les textes juridiques modernes tentent d'exprimer que le corps est habité par ce que les Anciens nommaient « logos », « psychè », « anima », tout ce qui indique que l'être humain, par rapport aux autres vivants, a quelque chose de plus que son corps matériel, ou plutôt *est* quelque chose de plus que son corps-matière, qu'il partage dans une relation avec tous les êtres humains. Il est expression de solidarité entre les sujets de droit⁶², qualité de l'appartenance à l'humanité⁶³.

57. Voir *supra*, note 4.

58. *Décision n° 94-343-344*, D. 1995. jur.237, note B. MATHIEU.

59. Cons. constit. 19 janv. 1995, *Décision n° 94-359*, DC, *Loi relative à l'habitat*, Rec. Cons. constit. Il convient de souligner que cette fois le droit à un logement décent était en jeu, ce qui indique que le principe peut fonctionner tant pour fixer des limites à l'autonomie des volontés qu'à titre de créances de la personne à l'égard du pouvoir.

60. É. DELEURY, *loc. cit.*, note 34.

61. B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », D. 1995.chr.211.

62. Voir M.-L. PAVIA, « La découverte de la dignité de la personne humaine », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, 1999, pp. 17-18.

63. Voir B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.) *op. cit.*, note 62, p. 29.

La notion présente une certaine autonomie par rapport aux droits de la personne, mais celui à qui nous devons l'insistance juridique sur la dignité est René Cassin, auteur du premier avant-projet de Déclaration universelle des droits de l'homme. Le concept de dignité figure de manière significative dans l'article premier, rédigé par ce juriste français chargé de la rédaction de l'avant-projet⁶⁴. Il s'inspire manifestement de l'article premier de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789, sauf que, précisément, la dignité humaine y est affirmée alors que la notion semble inconnue des constituants français. Le texte français disait : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. » René Cassin écrit : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit. » Les travaux préparatoires ne disent rien sur l'insertion et l'intention du mot⁶⁵, qui est encore à l'article 22 ainsi qu'au premier et au cinquième considérant du préambule qui a été rédigé après le corps du texte⁶⁶.

Certes, la définition et le contenu de la dignité humaine font problème. Il faut la voir comme une notion fonctionnelle ou une notion-cadre : elle indique au législateur et au juge un sens et une mesure. Il n'y a pas lieu de « préalablement préciser ce qu'elle recouvre⁶⁷ ». Le législateur et le juge sont chargés de lui donner progressivement un contenu. Elle présente déjà ce caractère lorsqu'elle est inscrite dans la loi. Les fondements du droit ne peuvent que s'exprimer à travers ces notions à contenu variable, comme « ordre public », « société démocratique », « bonnes mœurs », « faute », « traitement inhumain », et tant d'autres. C'est le lot de la « justice », de l'« équité » elles-mêmes qui contribuent parfois, dans les jugements, à opérer la balance des intérêts plutôt qu'un prétendu syllogisme judiciaire qui impliquerait effectivement un contenu préalable et précis. Une notion juridique comme la dignité humaine a pour fonction de recevoir un contenu évolutif. Il ne saurait être question d'emprisonner la notion de dignité humaine dans une quelconque définition ou quantification.

La reconnaissance du caractère fonctionnel de la notion juridique de dignité humaine n'empêche pas de soutenir qu'elle est en droit incondi-

64. A. VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain-Paris, Nauwelaerts, 1964, pp. 59-60.

65. Nous avons eu accès au manuscrit initial de René Cassin, une feuille de papier sur laquelle le tout premier avant-projet de déclaration a été rédigé. Cette pièce a été offerte par Mme Cassin au père Joseph Wrésinski, fondateur du mouvement international A.T.D. Quart Monde. Le feuillet contient de multiples ratures, mais la phrase mentionnée a été écrite d'un trait, sans retouche.

66. Voir A. VERDOODT, *op. cit.*, note 64, p. 302 ; M. AGI, *René Cassin, fantassin des droits de l'homme*, Paris, Plon, 1979, p. 230.

67. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *loc. cit.*, note 18.

nelle et universelle. La fonctionnalité n'interdit pas qu'existent des interprétations incompatibles avec la notion. Le respect de la dignité humaine ne peut et ne pourra jamais être conditionnel, sous peine de ridiculiser les principes sur lesquels prétendent s'appuyer les États de droit. Il dit en tout cas mieux que la propriété et mieux que la maîtrise que le corps humain est une personne en relation avec d'autres personnes.

Il faut casser les miroirs. Cela porte bonheur, parce qu'ils peuvent rendre fou.