



HAL
open science

Libre disposition de soi

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

| Daniel Borrillo. Libre disposition de soi : un droit fondamental. 2015. hal-01883761

HAL Id: hal-01883761

<https://hal.science/hal-01883761>

Submitted on 28 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



NOTE

Libre disposition de soi : un droit fondamental

Mon corps m'appartient

Par Daniel BORRILLO.

LE MOT DE GASPARD

« Un droit fondamental »

À

travers les débats contemporains sur l'euthanasie, la prostitution, la GPA ou bientôt le transhumanisme, se joue la question de la **libre disposition du corps**. Foucault a montré, dans *Surveiller et Punir*, comment « il y a eu, au cours de l'âge classique, toute une découverte du corps comme objet et cible de pouvoir ». Contrôler l'individu, pour l'Etat central, c'était avant tout rendre son corps docile.

Le combat de la modernité a donc porté à la fois sur l'**émancipation et l'appropriation du corps**, à rebours d'une tradition chrétienne qui considérait l'homme comme « l'usufruitier » de sa propre chair. Il a fallu faire de l'**individu le maître de lui-même**, en affirmant comme Tocqueville que « chacun est le meilleur juge de ce qui ne regarde que lui seul ». Pourtant, dans l'état actuel du droit positif, la **libre disposition du corps** n'est **pas inscrite dans le marbre de la loi française**.

Nous proposons donc d'**inscrire la libre disposition de soi dans la Constitution** comme un **droit fondamental**. De là découleraient toutes les libertés qui restent mal assurées en droit français : liberté procréative, liberté sexuelle, liberté religieuse, liberté d'expression, liberté vestimentaire...

Une fois acquis ce principe, on **dissocierait** enfin la **loi** qui règle les rapports d'individus autonomes et la **morale** qui réunit les groupes et les communautés.

Gaspard Koenig

Président
Génération Libre

Se repérer dans la note.

01

L'essentiel

p. 4

02

Introduction

p. 6

03

Partie 1

p. 8

04

Partie 2

p. 16

05

Partie 3

p. 22

06

L'auteur

p. 26

07

Annexes

p. 28

08

Think tank

p. 30

L'ESSENTIEL

Nos travaux en un coup d'oeil.

Constat & analyse.

A qui appartient mon corps ? Suis-je maître de ma vie et de ma destinée ?

Le principe même de notre modernité, c'est que l'individu devient son propre créateur et acquiert la **pleine maîtrise et disposition de son corps**. Ce droit à « l'**autonomie personnelle** » est reconnu par la Convention Européenne des Droits de l'Homme à son article 8.

Pour autant, le pouvoir politique en France ne cesse de poser des **limites** à la **libre disposition du corps**, notamment en prenant en charge la définition de la « **dignité humaine** ». En cherchant ainsi à protéger l'individu contre lui-même, l'**État** témoigne de sa **volonté** de **maîtriser** et de **contrôler les citoyens**.

Nous pensons au contraire que l'Etat devrait s'abstenir de porter le moindre jugement sur l'usage qui est fait de ses droits par l'individu lorsqu'il s'agit du rapport à lui-même et que son consentement n'est nullement vicié.

Propositions.

- 1.** **Inscrire la libre disposition de soi dans la Constitution**, en tant que droit fondamental.
- 2.** **Redéfinir le principe de « dignité humaine »**, comme le droit de chacun de faire ce qu'il estime conforme à ses croyances, à ses valeurs ou à ses intérêts.
- 3.** **Protéger cette liberté par le droit**, en s'assurant que la personne n'est soumise à aucune contrainte extérieure.

CHIFFRES CLÉS

Les 3 chiffres à retenir.

8

Il s'agit de l'article de la **Convention Européenne des Droits de l'Homme** qui reconnaît le droit à « l'autonomie personnelle ».

C'est le montant de l'**amende** infligée à une mère porteuse et aux parents d'intention en cas de recours à une **gestation pour autrui (GPA)**, ou en cas de **provocation ou d'incitation au suicide**.

45 000 €

3

C'est le nombre **d'années d'emprisonnement** en cas de recours à une **GPA** ou au **suicide assisté**.

Mon corps m'appartient.

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

Si le mouvement féministe, porté par les avancées techniques en matière de contraception, a permis de poser sur la scène publique, de manière renouvelée, la question de la **disponibilité de soi**, de son corps et *in fine* de sa vie, cette problématique n'est pourtant pas nouvelle.

Elle constitue l'un des fondements du rapport au pouvoir, entendu comme contrainte de vie et de mort (dans l'Ancien Régime) ou comme discipline permanente sur le vivant, depuis l'ère moderne, comme l'a mis en lumière Michel Foucault.



PARTIE 1

D'un corps sous tutelle au corps comme propriété de soi.

Si les avancées technologiques permettant d'objectiver le corps ont, certes, renouvelé le débat bioéthique, son enracinement demeure toutefois bien plus ancien. Les Romains organisaient la vie politique à partir de la *summa divisio : alieni iuris et sui iuris* ce qui déterminait la communauté d'**hommes libres**, maîtres d'eux-mêmes, et les **autres** (femmes, étrangers, enfants, esclaves...) se trouvaient nécessairement **sous tutelle**.

1.1 DE L'HOMME « USUFRUITIER DE SON CORPS », À L'HOMME « MAÎTRE DE SON CORPS »

La tradition chrétienne généralise le dispositif tutélaire. Désormais le corps n'appartient plus au chrétien, il est le temple de Dieu. Comme le souligne Saint Paul :

« Le corps n'est pas pour l'inconduite, il est pour le Seigneur et le Seigneur pour le corps » (I, Cor.6.13.), « celui qui se livre à l'inconduite pêche contre son propre corps » (ibid., 6, 18).

Le **corps**, porteur provisoire de l'âme, est **sacré** et doit être **respecté par les autres comme par celui qui l'habite**. L'Église n'hésite pas à utiliser la figure de l'usufruit pour caractériser le rapport de l'individu à son corps. Reprenant la tradition, Pie XII, dans son Allocution aux participants du VIII congrès international des médecins à Rome, le 30 septembre 1954, proclamait :

« L'homme n'est que l'usufruitier, non le possesseur indépendant et le propriétaire de son corps et de tout ce que le créateur lui a donné pour qu'il en use et cela conformément à la nature ».

Si de nos jours la justification chrétienne s'est laïcisée, la doctrine majoritaire des **juristes** s'accorde, toutefois, à **considérer** que la **vie** et **l'existence** **n'appartiennent pas à la personne**. En effet, la technique de la propriété ne semble pas la plus adéquate pour caractériser le rapport de l'individu à son corps et à sa vie. Les **publicistes** parleront plutôt d'une **liberté** que d'un droit subjectif et les **privatistes** oscilleront

entre la notion de **contrat** (lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité civile) ou de **primauté de la personne humaine**¹ (lorsqu'il s'agit de justifier les limitations à la libre disposition de soi).

Sans rentrer dans le débat jus-philosophique relatif à la nature du droit qui relie la personne à son corps (droit subjectif ou naturel, liberté ou droit de la personnalité...), il semble important de souligner que l'utilisation que fait la jurisprudence de la notion de propriété sur son corps peut être particulièrement bénéfique pour l'individu. Souvenons-nous de la décision de la Cour d'appel de Californie, laquelle a considéré, dans l'affaire Moore, que le malade avait un droit de propriété sur ses cellules qui ont servi de base à la création d'un médicament breveté par une multinationale pharmaceutique. Cette décision a permis à M. Moore d'obtenir un dédommagement important².

[1] Art. 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

[2] La cour d'appel de Californie avait accepté l'action en revendication de la part de John Moore (*action for conversion*) c'est-à-dire celle qui vise l'hypothèse où un tiers s'est emparé du bien d'autrui sans y être autorisé. En acceptant cette action, la cour reconnaît un droit de propriété de Moore sur ses cellules. En effet, pour que cette action soit viable, il est nécessaire de prouver que celui qui la fait valoir détient un droit légitime sur la chose de laquelle il a été indûment privé. En ce sens, l'action en revendication apparaît ici comme un instrument de protection de l'individu face aux interventions des tiers, dans le cas d'espèce celles du laboratoire d'ingénierie génétique Genetics Institut et l'entreprise Sandoz. Bien que gênée, la cour considère qu'il est inadmissible que le patient ne participe pas aux bénéfices de la recherche et de l'industrialisation effectuée sur ses tissus et ses cellules. La cour met ainsi sur le même rang les tissus et cellules (en tant qu'objets susceptibles de protection par l'action de revendication) que les ressources naturelles. Les cellules deviennent ainsi dans le raisonnement de la cour une matière première des produits de la bio-industrie. La cour suprême va réviser cette décision en 1990, elle n'accepte pas l'action en revendication car une telle reconnaissance entraînerait un commerce du corps. Elle craint surtout un blocage du développement de la recherche et de industriel («*to destroy the economic incentive to conduct important medical research*»). Une situation hautement paradoxale se développe au fil des arguments de la cour suprême : d'un côté, la cour refuse le droit de propriété sur le corps humain en invoquant les risques d'un marché sur le corps avec les conséquences néfastes que cela implique mais, de l'autre côté, la cour défend le droit de commercialisation des mêmes produits par les industries biotechnologies. Bref, la cour suprême refuse à l'individu les mêmes droits qu'elle accorde aux institutions qui ont breveté la ligne cellulaire dont la matière principale fut les cellules de Moore.

En France, sans aller jusqu'à invoquer le **droit de propriété** dans une décision n'ayant pas la dimension économique de l'affaire californienne, la dissociation du sujet et de son corps est particulièrement bien illustrée par la jurisprudence Perruche où le requérant se plaint du préjudice consécutif à son handicap de naissance³. Se plaindre de son corps implique nécessairement de se différencier de celui-ci, de témoigner de sa liberté vis-à-vis de celui-ci. Olivier Cayla a raison d'affirmer que « la **liberté de l'individu** se pense donc utilement comme une **liberté à l'égard de sa propre nature**. [...] Cette modernité individualiste et artificialiste [...] pense la personne comme étant le construit de la volonté et non pas le donné de la nature, ou, plus précisément, comme le produit de la technique juridique et non pas comme une qualité ontologique de l'être humain que le droit devrait se contenter de consacrer »⁴.

Le pape Pie XII rappelle en septembre 1954 que l'homme n'est que « l'usufruitier de son corps ».

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

En ce sens, le slogan des féministes « mon corps m'appartient » avait une portée émancipatrice : **l'individu contre l'autorité, la femme contre l'Etat**, il s'agit selon Gisèle Halimi, « d'un point de résistance infranchissable ».

[3] Cass. ass. plén., 17 novembre 2000.

[4] CAYLA Olivier, THOMAS Yann, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris : Gallimard, coll. « Le Débat », 2002, p.78.

C'est à partir de cette notion qu'il nous est permis de penser le rapport de l'individu à son corps, à sa vie et à sa reproduction. Mais ce **point de résistance** s'est aujourd'hui **déplacé** : il se trouve du côté des transsexuel(s/les) qui souhaitent accéder au changement d'état civil sans passer par le parcours médical et la stérilisation ; il est du côté des femmes qui souhaitent porter un enfant pour autrui ; il est également du côté des prostituées, hommes et femmes, qui se battent pour la reconnaissance du statut de travailleur et travailleuse du sexe ; il se trouve aussi du côté des malades qui souhaitent mettre un terme à leur souffrance...

1.2 LE DROIT DE TOUT INDIVIDU À L' « AUTONOMIE PERSONNELLE »

Une démarche démocratique commence donc par **penser le lien qui nous lie à nos vies**, nos corps et notre descendance non pas à partir d'une idée naturelle ou sacralisée (nécessairement immuable et s'imposant à nous) mais **en fonction d'une vision politique**, c'est-à-dire soumise constamment à la délibération démocratique. Comme le note Tocqueville, « l'individu est le meilleur comme le seul juge de son intérêt particulier [...], chacun est le meilleur juge de ce qui ne regarde que lui seul »⁵.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a reconnu le droit de tout individu à « l'autonomie personnelle ».

Cette vision de la liberté, propre au XIXème, fut toutefois nuancée par Michel Foucault, qui met magistralement en lumière des nouvelles formes de domination sur la vie : le « biopouvoir », défini par le philosophe comme « l'ensemble des mécanismes par lesquels ce qui, dans l'espèce humaine, constitue ses traits biologiques fondamentaux va pouvoir entrer à l'intérieur d'une politique, d'une stratégie politique, d'une stratégie générale de pouvoir ». Les **limites** à cette nouvelle forme d'**assujettissement** semblent acceptées par les sociétés démocratiques

^[5] TOCQUEVILLE (de) Alexis, *De la démocratie en Amérique*, livre I, partie I, chap. V.

qui, conformément aux règles de bioéthique, ont permis de justifier certaines interventions de l'Etat (et de ses gardiens : hôpital, comité d'éthique, école...) sur le corps des individus. De même, les interventions permettant d'**empêcher les abus** et les déséquilibres financiers entre les parties semblent un **impératif de l'Etat de droit**. Toutefois, la critique du libéralisme et la mise en lumière du biopouvoir ne doivent pas éclipser les **principes qui fondent les droits de l'Homme** depuis la perspective de la pensée politique moderne, à savoir la **liberté de l'individu dans la relation qu'il entretient avec lui-même**.

Sur le fondement de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu le droit de tout individu à « l'autonomie personnelle »⁶. Est ainsi admise la « faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend », ce qui « peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »⁷. Cette précision des juges de Strasbourg est particulièrement éclairante : **c'est aux individus de choisir leur conception de ce qui est convenable pour la réalisation de leurs intérêts**. Nous devons respecter ce choix même s'il nous semble choquant et contraire à la dignité humaine.

L'**autonomie personnelle** s'exprime particulièrement dans le droit de **disposer librement de son corps**. « Certaines personnes peuvent ressentir le besoin d'exprimer leur personnalité par la manière dont elles décident de disposer de leur corps »⁸, note la Cour. Toutefois, l'absence de consensus et la marge d'appréciation des Etats limitent considérablement l'autonomie individuelle en tant que droit subjectif.

^[6] CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, § 107 ; CEDH, gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, § 71.

^[7] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 61 ; AJDA, 2003, p. 1383, note Le Baut-Farrarèse.

^[8] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c./ RU*, § 66, AJDA, 2003, p. 1863, note Le Baut-Ferrarèse ; RTDCiv., 2002 p. 482, obs. Hauser, et p. 858, obs. Marguénaud ; formule reprise par CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, § 83, RTDCiv., 2005, p. 341, note Marguénaud ; D., 2005, p. 2973, note Fabre-Magnan.

Au **niveau national**, de surcroît, des **principes** tels que la dignité humaine, l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ou encore le corps hors commerce, additionnés à une supposée « fonction symbolique du droit » constituent un **nouvel ordre impératif** et transcendant susceptible d'anéantir toute prétention subjective de l'individu à son corps, à sa vie et à sa destinée. Il s'agit ici d'interroger les arguments déployés en faveur de l'auto-détermination personnelle ou contre elle (i.e. protéger l'individu y compris contre lui-même).

L'autonomie personnelle s'exprime particulièrement dans le droit de l'individu à disposer librement de son corps.

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



PARTIE 2

**Limites à la
liberté de
l'individu vis-à-
vis de lui-même
et principe
de « dignité
humaine ».**

L'humanité apparaît dans ce discours comme une entité antérieure à l'humain et s'imposant à lui par l'usage réflexif du principe de dignité humaine. Les **droits subjectifs de l'homme** doivent donc se **subordonner au droit objectif de l'Humanité** qui nous habite. Ainsi, on trouverait les **droits de la personnalité d'un côté**, et les **droits de l'Humanité** portés par tout en chacun, **de l'autre**. La protection de l'Humanité justifie ainsi **l'intervention de l'Etat contre notre volonté**, si nécessaire, car « Il » semble connaître mieux que nous ce qui est digne ou indigne pour nous.

De même, les notions d'« indisponibilité de l'état des personnes » et de « corps hors commerce » permettent de justifier les **limites à la liberté de l'individu vis-à-vis de lui-même**, de sa procréation, de son genre et de sa mort. Ces limites peuvent effectivement être nécessaires et justifiées lorsqu'il s'agit d'atteinte à un tiers mais elles deviennent, en revanche, problématiques lorsqu'il s'agit d'un choix de l'individu concernant sa propre personne. Présentées comme de nature universelle, abstraite et anhistorique, ces **limites** peuvent, de surcroît, être particulièrement **dangereuses pour les libertés individuelles**. D'autant plus que la question ne concerne pas uniquement la sphère intime des individus, elle touche aussi le politique.

Les analyses d'Eric Fassin ont démontré comment la sacralisation de la filiation mène à la naturalisation de la nation par un mécanisme de « soustraction à la délibération politique, pour en faire une vérité absolue transcendant l'histoire »⁹. D'autres courants se sont opposés à la **libre disposition de soi**, comme le montre Bertrand Guillarme¹⁰, non pas à partir d'une conception sacralisée mais sur la base d'une critique du consentement contractuel, source d'aliénation, puisqu'il installerait un rapport distancié de l'individu à son corps (Carole Pateman).

Le féminisme matérialiste, inspiré de la pensée marxiste, considère que, pour les femmes, le consentement est nécessairement vicié à cause de la domination masculine. Victimes sur le plan structurel, l'expérience subjective des femmes n'aurait donc pas d'importance.

[9] « Entre famille et nation : la filiation naturalisée », *Droit et Société*, 2009/2 n° 72.

[10] « Deux critiques du consentement », *Raisons Politiques*, 2012 n° 46.

A partir d'une **théorie radicale de la domination masculine**, peut-on considérer qu'aucune femme dans aucune circonstance ne peut consentir à se prostituer ou à faire une GPA ?

En tout état de cause, ces critiques ont permis de faire émerger une interrogation juridique pertinente : comment le droit saisit-il le consentement des parties à l'acte ? Quelle analyse fait-il de leurs conditions particulières ? Enfin, et surtout, ces critiques ont posé la question de savoir si l'on peut continuer à maintenir les **frontières entre sphères privée et publique** dès lors que l'on touche à une problématique aussi fondamentale que la disposition de soi. L'analyse approfondie du consentement me semble plus que nécessaire dans un monde d'inégalités économiques et sociales. Toutefois, une fois le constat établi de l'absence de dol, de contrainte, ou de déséquilibre financier dans la prestation, **au nom de quoi est-il permis d'interdire cette libre disposition** ? Considérer que, dans aucune circonstance, aucune personne ne peut disposer librement de son corps pour, par exemple, se prostituer, participer à une GPA ou demander un suicide assisté, ne reviendrait-il pas à traiter tout le monde comme des incapables ?

Comment donc trouver l'**équilibre** entre une **protection nécessaire** dans un monde où le marché placerait uniquement une minorité comme détentrice de tous les droits (y compris ceux de disposer du corps d'autrui) et la **sauvegarde** de ce qui fonde notre **système démocratique** (le droit à l'intimité et le respect de la vie privée comme ultima ratio dans le rapport à soi) ?

A **vouloir protéger l'individu contre lui-même**, ne sommes-nous pas en train de créer une **société de victimes** au lieu d'**encourager l'autonomisation, l'émancipation**, le pouvoir d'agir des individus ? La prise en compte des rapports de domination ne doit pas installer les individus dans le statut de victimes mais au contraire leur permettre d'en sortir. En effet, la question centrale qu'il faut se poser est la suivante : qui décide à la fin ? Si la mise en place de l'« ordre public corporel » (Stéphanie Hennette-Vauchez) en tant que limite aux interventions extérieures (noli me tangere) n'est pas problématique en soi, son application contre la volonté de l'individu dans ce qu'il a de plus intime, à savoir le rapport à soi-même, est contestable.

Traditionnellement, cette emprise sur la vie peut s'expliquer par la **volonté de l'État de maîtriser ses sujets de droit** : « comme la personnalité est un don du groupe qui confère une dignité, la faire disparaître par le suicide revient à nier le collectif qui a créé la personne en la conférant », soulignait Xavier Bioy¹¹. Cette idée est ancienne puisqu'au XVIème siècle « le suicidé commettait un acte de félonie, non seulement parce qu'il agissait contre la nature et contre Dieu, mais aussi contre le roi, « en ce que, par cet acte, le roi a perdu un sujet ; et étant la tête, il a perdu l'un de ses membres mystiques » »¹².

D'un autre point de vue, le **rapport à soi**, à son corps, à sa vie et à sa destinée semble si **intime**, si **subjectif**, que **l'intervention de l'Etat** ne devrait être envisageable que d'une manière **exceptionnelle** et comme ultima ratio. Dans l'état actuel du droit positif, force est de constater que plusieurs pratiques volontaires ne nuisant pas à autrui demeurent sévèrement punies : l'assistance médicale à la procréation pour les femmes seules, pour les couples de femmes ou pour ceux n'ayant pas prouvé leur stérilité (2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende)¹³ ;

[11] BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public*, Paris : Dalloz, 2003, p. 709.

[12] KANTOROWICZ Ernst, *Les deux corps du roi*, Paris : Gallimard, 1989, p. 197.

[13] Art. 511-12 du code pénal : « Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L.1244-3 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

[14] La GPA, en ce qu'elle entraîne une atteinte à l'état civil réel de l'enfant, constitue bien le délit de supposition d'enfant, faits réprimés par une peine pouvant aller jusqu'à 3 ans d'emprisonnement, outre la privation des droits civils et civiques et de famille, outre l'obligation de subir un contrôle socio-judiciaire au titre des peines complémentaires. Art. 227-13 du code pénal : « La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». La tentative est punie des mêmes peines. L'article 227-12 complète le dispositif répressif comme suit « Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double. La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines ».

la gestation pour autrui (3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende)¹⁴ ; l'insémination post-mortem (2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende) ; l'euthanasie (30 ans de réclusion criminelle)¹⁵ ; le suicide assisté (3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende : art. 223-13 code pénal). De même, ce n'est **pas l'individu** qui est **maître** de la destinée **de sa dépouille mais l'administration** : seule l'inhumation ou la crémation sont possibles, tout autre choix étant exclu (i.e. cryogénéisation, immersion en mer ou embaumement¹⁶, même si ces pratiques n'encourent aucun risque pour la salubrité ou la santé publique).

Au lieu de consacrer un droit subjectif, le législateur et parfois le juge se sont limités à sortir du champ de la norme pénale certaines pratiques comme la contraception, l'avortement, le changement de sexe ou l'accouchement sous X, au point que la **libre disposition de soi** apparaît plus comme une **figure rhétorique** que comme une véritable prérogative individuelle¹⁷. C'est, en effet, à partir d'une justification clinique que l'individu est autorisé à agir et non pas comme créancier des droits subjectifs sur sa propre personne¹⁸. Ainsi, le changement de sexe ou l'AMP par les couples hétérosexuels ne relèvent pas du droit à l'identité de genre ou de la liberté procréatrice mais bien d'un acte médical venant palier un supposé trouble¹⁹ ou une supposée stérilité.

[15] Art. 221-1 du code pénal : « Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle ».

[16] S. Douay, note sous TA Nantes 5 sept. 2002 et Angers 9 sept. 2002, JCP 2003. II. 10052 ; J. Michel, Hibernatus, « Les droits de l'homme et la mort, le juge administratif face à la cryogénéisation », D. 2005. Chron. 1742 ; J.-F. Millet, concl. sur CAA Nantes 27 juin 2003, AJDA 2003. 1871 ; I. Poirot-Mazères, « Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public. Ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénéisation », Dr. adm., n° 7, 2006. Etude 13.

[17] S. Hennette-Vauchez formule l'hypothèse selon laquelle le droit de disposer de son corps serait une simple « commodité de langage, un énoncé performatif », voir *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », Paris, 2004, p. 132.

[18] BORRILLO Daniel, « La question du consentement en matière de politique sexuelle », *Avortement, droit de choisir et santé*, Actes du colloque au Sénat, Editons ProChoix, Paris, 2001.

Ce n'est donc pas le respect de la « vie privée » et du « consentement libre » qui régit le rapport de l'individu à lui-même, ces notions étant souvent considérées comme trop subjectives et susceptibles de mener vers l'aliénation et la réification de soi. A leur place, **l'Etat**, par le biais du droit, nous propose le respect de la « **dignité humaine** », entendu non pas comme un bien individuel mais comme un **bien commun** : l'humanité qui nous habite.

Comme souligné précédemment, cette idée n'est pas nouvelle et renvoie d'une part, aux thèses théologiques relatives à la **sacralité du corps** comme tabernacle de l'âme ; et d'autre part, plus récemment, à la philosophie kantienne et néo-kantienne exprimée dans les **critiques au consentement**. Carole Pateman ou Harry Frankfurt, entre autres, proposent de requalifier le **rapport à soi** non pas à partir de la disposition mais à partir de **l'identification**, l'amour étant entendu comme bien-être fondamental duquel les personnes ne sauraient se détacher qu'au risque de s'aliéner²⁰...

[19] « Les conditions du changement de la mention de sexe sont aujourd'hui fixées par quatre arrêts de la Cour de cassation, deux rendus le 7 mars 2012 et deux autres le 13 février 2013. Ces arrêts posent le principe suivant : « Pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence. » Deux conditions sont ainsi posées : le diagnostic du transsexualisme et l'irréversibilité de la transformation de l'apparence physique. Une circulaire datant du 14 mai 2010 invitait par ailleurs le juge à « donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux ». Si l'intervention chirurgicale n'est pas exigée, le droit demande en revanche un traitement médical irréversible, qui implique notamment une obligation de stérilisation. La notion d'irréversibilité, invoquée dans la circulaire et reprise dans les arrêts de la Cour de cassation, apparaît ainsi comme un élément permettant de justifier la dérogation au principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Or c'est justement cette notion d'irréversibilité, mal définie et difficile à prouver, qui entraîne de manière très fréquente une demande d'expertise médicale » (Avis CNC DH sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil JORF n°0176 du 31 juillet 2013)

[20] Cf l'excellent essai de Ruwen Ogien, *Philosopher ou faire l'amour* (Grasset 2014) qui démontre comment l'éloge de l'amour est devenu un genre qui exprime la pensée conservatrice qui sévit désormais à droite comme à gauche.

PARTIE 3

Des droits de l'Homme aux droits de l'Humanité.

3.1 UN NOUVEAU PARTERNALISME D'ÉTAT

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

A la **libre disposition de soi** (et de toutes les libertés qui en découlent : liberté procréative, liberté sexuelle, liberté religieuse, liberté d'expression, liberté vestimentaire...), une nouvelle forme de **conservatisme anti-libéral** de droite comme de gauche, propose (et parfois impose) l'amour de l'humanité qui est en nous. Au nom de notre propre bien-être et, si nécessaire contre notre propre volonté « aliénée » cette nouvelle et **puissante forme de paternalisme** considère que d'une manière générale et *in abstracto* certains choix sont « essentiellement » mauvais puisque contraires à l'amour de soi ou à la dignité humaine. **Il ne s'agit plus de promouvoir les droits de l'homme mais les droits de l'Humanité**, il ne s'agit plus de droits subjectifs de l'individu mais de l'ordre public de la dignité humaine.

La **dignité humaine**, « en pleine inflation fétichiste dans le vocabulaire juridique contemporain, offre aux adversaires résolus du subjectivisme moderne le moyen de **combattre** aussi bien en théorie qu'en pratique toute idée de **souveraineté individuelle**, y compris dans le cadre intime de la seule disposition de soi, en prétendant médiatiser et donc surveiller et contrôler, sans nullement y avoir été autorisé par l'intéressé de quelque manière que ce soit, le rapport que le sujet entretient avec lui-même, en lui faisant valoir que, même dans le contexte apparent de la plus pure « *privacy* », la présence permanente de l'**humanité** qui l'habite lui **interdit** pourtant toute **solitude** et toute **possibilité d'échapper à la transcendance des réquisitions d'un ordre public** ou symbolique naturel »²¹.

[21] Op. cit. note 3.

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

Au nom de notre propre bien-être et, si nécessaire contre notre propre volonté, une nouvelle et puissante forme de paternalisme considère que certains choix sont « essentiellement » mauvais car contraires à l'amour de soi ou à la dignité humaine.

3.2 PROPOSITIONS POUR UNE REDÉFINITION DU PRINCIPE DE DIGNITÉ HUMAINE

Face cette **conception « républicaine » de la dignité humaine**, je propose une **conception « démocratique »** :

- La dignité ne recouvre que le **droit de chacun** de faire ce qu'il estime conforme à ses croyances, à ses valeurs ou à ses intérêts.
- Le rôle du droit est de **protéger** cette **liberté**, en s'assurant que la personne n'est soumise à aucune contrainte extérieure.
- Dans ces conditions, il est **interdit** à l'**Etat** de porter le moindre **jugement** sur l'usage qui est fait de ses droits par l'individu lorsqu'il s'agit du rapport à lui-même et que son consentement n'est nullement vicié. La construction de l'**État de droit** le conduit à une parfaite **neutralité**, au regard tant des valeurs que des pratiques culturelles dominantes.

^[22] La formule est empruntée à Jean-François Gaudreault-Des Biens, *Le sexe et le droit*, Liber, 2001.

Malheureusement, **aujourd'hui**, ce n'est pas la logique de l'**Etat** de droit qui semble prévaloir dans les rapports de l'individu à lui-même mais une autre logique de type **paternaliste** et **compassionnel**, imprégnée de connotations moralisatrices et antidémocratiques, fournissant le cadre et la matrice de ce qu'on pourrait désormais appeler l' « **Etat-moral** »²².

Aujourd'hui, l'État moral supplante progressivement l'État de droit.

Pour conclure sous la forme d'une proposition générale de politique publique dans la matière, nous présentons quelques pistes d'action :

- D'une part, l'**inscription de la libre disposition de soi dans la Constitution** comme un **droit fondamental**.
- D'autre part, concernant des domaines spécifiques (GPA, identité de genre, euthanasie²³, prostitution...), **protéger la volonté individuelle** et s'assurer que celui qui **décide** est, in fine, bien **l'individu concerné** et non pas d'autres instances, lesquelles encore aujourd'hui, sous prétexte de nous protéger contre nous-mêmes, décident toujours à notre place.

^[22] La formule est empruntée à Jean-François Gaudreault-Des Biens, *Le sexe et le droit*, Liber, 2001.

^[23] La proposition de loi adoptée à l'Assemblée Nationale sur la fin de vie est significative de cette incapacité politique à laisser l'individu de décider de sa fin de vie. En effet, la sédation profonde et irréversible ne fait que maintenir en vie quelqu'un qui a décidé de mettre fin à ses jours en cas de maladie incurable.

— L'AUTEUR

Daniel BORRILLO



BIOGRAPHIE

Juriste, chercheur au CERSA/CNRS

Docteur en droit, Daniel Borrillo est **chercheur associé au CNRS** et **maître de conférence**. Il a écrit de nombreux ouvrages sur la construction sociale des sexualités, le droit de la non-discrimination et le droit latino américain.

Bibliographie.

- *Bioéthique*, Dalloz, coll. « A savoir », Paris, 2011.
- *Le droit des sexualités*, Presses Universitaires de France, coll. « Les voies du droit », Paris, 2009.
- *Homosexuels quels droits ?* Présentation de Jack Lang, Dalloz, coll. « A savoir », Paris, 2007.
- *Homosexualité et discrimination en droit privé* (avec Th. Formond), La documentation française, coll. « Etudes et Recherches », Paris, 2007.
- *L'homosexualité de Platon à Foucault. Anthologie critique*, (signée avec D. Colas), Plon, Paris, 2005.
- *Amoures égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, (avec P. Lascoumes), La Découverte, coll. « Sur le vif », Paris, 2002.
- *L'homophobie*, Presses Universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2000.

ANNEXES

Sources et références.

Annexe 1.

ETAT DE DROIT	ETAT MORAL
Vie privée (<i>privacy</i>)	Ordre public
Autonomie individuelle	Individu aliéné
Prééminence de la volonté	Prééminence de la Nature (Ordre symbolique)
Individu responsable	Individu victime
Droits subjectifs	Justification médicale
Volonté individuelle	Identité narrative, communauté de sens
L'individu propriétaire de lui-même	L'individu usufruitier de lui-même
Individu autonome	Individu sous tutelle
Prééminence du consentement	Dignité humaine
Libre disposition de soi	Indisponibilité de l'état des personnes
Délibération démocratique	Vérité transcendante
Politique	Morale
<i>In fine</i> , c'est l'individu qui décide	L'individu ne décide pas

GENERATION LIBRE

La raison d'être du think tank.

Tocqueville déplorait déjà, dans *L'Ancien Régime et la Révolution*, « l'effrayant spectacle » des philosophes français, coupés du reste de leurs semblables, ignorants de la vie de la Cité, aveugles au reste du monde. « Même attrait pour les théories générales, les systèmes complets de législation et l'exacte symétrie dans les lois ; même mépris des faits existants ; même confiance dans la théorie. »

A l'inverse, les politiques restent bien souvent détachés de toute réflexion philosophique, en se reposant trop exclusivement sur l'administration pour imaginer les projets de réformes.

« C'est donc à mieux marier théorie et pratique, principes philosophiques et action politique, que doivent travailler les think tanks »

Sur le fondement d'une doctrine claire, ils rassemblent les compétences d'experts pour décliner des idées parfois inhabituelles en politiques publiques précises et chiffrées. S'agissant du revenu universel par exemple, GenerationLibre s'est emparé d'un concept puissant mais très abstrait pour élaborer une proposition économiquement viable sous la forme d'un impôt négatif.

Il est heureux que les think tanks jouent un rôle croissant sur la scène publique française. Au-delà des convictions de chacun, c'est la garantie d'un débat riche et informé sur les grands sujets de notre temps.

ACTIONS

Notre combat quotidien.

Nos objectifs.

- 1. Vivre et laisser vivre**, pour permettre à chacun de définir ses propres valeurs dans une société ouverte.
- 2. Briser les rentes**, parce que la libre concurrence des échanges comme des idées est le meilleur moyen de contester l'ordre établi.
- 3. Penser le progrès**, pour que les innovations technologiques demeurent au service de l'individu.

Nos dernières publications.

- « Redéfinir le contrat de travail : de la subordination à la coopération », janvier 2017 ;
- « Liber, une proposition réaliste, tome II », janvier 2017 ;
- « Retrouver l'Europe, pour un État minimal européen », chapitre I, avril 2017 ;
- « Pour une révolution normative, sortir de l'enfer réglementaire », juin 2017.
- « Oser le pacte girondin, pour une autonomie fiscale des collectivités territoriales », juin 2017 ;

— NOUS SOUTENIR

Soutenir de nouvelles idées.

GenerationLibre est un jeune think tank fondé en 2013 par le philosophe Gaspard Koenig. Il défend un libéralisme à la fois économique, politique et sociétal, plaçant l'individu et ses libertés au cœur de la politique publique. Au quotidien, le think tank élabore des propositions pour briser les rentes publiques - comme privées - transformer notre organisation sociale, la rendre plus juste et l'adapter à l'ère numérique.

Son financement repose exclusivement sur la générosité de ses membres, seule garantie de sa liberté de ton et de son indépendance. GenerationLibre refuse toute subvention publique, ne prend aucune commande et ne dispense aucune activité de conseil ou d'expertise auprès d'entreprises ou particuliers.

Nous écrire, nous rencontrer.

GenerationLibre
24, rue Saint-Lazare
75009 Paris
contact@generationlibre.eu

www.generationlibre.eu