



HAL
open science

DISPOSER DE SOI ?

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

| Daniel Borrillo. DISPOSER DE SOI?. Doctorat. Suisse. 2019. hal-02387923

HAL Id: hal-02387923

<https://hal.science/hal-02387923>

Submitted on 30 Nov 2019

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.

DISPOSER DE SOI ?

Conférence de Daniel Borrillo à l'Institut du Genre de l'Université de Genève

A qui appartient mon corps ? Suis-je maître de ma vie et de ma destinée ? Et si ce corps est le mien, puis-je décider de le commercialiser ? Suis-je libre de changer de sexe ou de choisir ma mort ? Les torts causés à soi-même et qui ne portent pas préjudice à autrui sont-ils nécessairement immoraux ?

Ces questions traversent la philosophie politique et morale et leur réponse détermine la relation qu'entretient l'individu avec lui-même et avec son intimité. Le mouvement féministe, porté par les avancées techniques en matière de contraception, a permis de mettre sur la scène publique la question de la disponibilité de soi et de son corps.

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 en tant que discipline permanente sur le vivant, depuis l'ère moderne, comme l'a mis en lumière Michel Foucault. Si les avancées technologiques permettant d'objectiver le corps ont bien renouvelé le débat bioéthique, son ancrage demeure toutefois bien plus ancien.

Les Romains organisaient la vie politique à partir de la *summa divisio* entre *alieni iuris et sui iuris* séparant la communauté d'hommes libres et maîtres d'eux-mêmes des autres (femmes, étrangers, enfants, esclaves...) se trouvant nécessairement sous tutelle. Plus tard, la tradition chrétienne généralisera ce dispositif tutélaire en fonction d'autres critères moraux, désormais le corps n'appartient plus au chrétien. Il est le temple de Dieu, comme l'enseigne 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 plupart des juristes s'accorde, toutefois, à considérer que la vie et l'existence n'appartiennent pas à la personne. Malgré sa force persuasive, le concept de propriété semble, en effet, inapte à caractériser le rapport de l'individu à son corps et à sa vie. Les spécialistes du droit public parleront plutôt d'une liberté que d'un droit subjectif tandis que les privatistes oscilleront entre la notion de « chose hors commerce » ou de primauté de la personne humaine, lorsqu'il s'agit de justifier les limitations à la libre disposition de soi.

Sans rentrer dans le débat 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 de la notion de propriété par les juges peut être particulièrement bénéfique pour l'individu. Ainsi, dans le célèbre arrêt *Moore*, la cour d'appel de Californie reconnaissait au malade un droit de propriété sur ses cellules ayant servi de base à la fabrication d'un médicament breveté par une multinationale pharmaceutique. Cet arrêt avait permis à M. Moore d'obtenir un dédommagement important. Malheureusement, la cour suprême de

Californie en a décidé autrement, laissant le plaignant sans argent mais avec toute sa dignité....

En France, la possible dissociation du sujet de droit abstrait (personne physique) de son enveloppe corporel concret était particulièrement bien illustrée par la jurisprudence *Perruche* dans une affaire où le requérant se plaignait du préjudice consécutif à son handicap de naissance. L'arrêt Perruche constitua une nouveauté reconnaissant le préjudice de l'enfant né handicapé et, partant, le principe de son indemnisation par le médecin n'ayant pas détecté la maladie de la mère.

Contrairement aux jurisprudences précédentes qui indemnisaient les parents mais pas l'enfant handicapé, la Cour de cassation avait décidé de la possibilité d'indemniser un enfant handicapé pour le préjudice résultant de son handicap. Cette décision a provoqué un tollé dans l'opinion publique et le législateur est intervenu en 2002 pour déterminer que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Cette loi « anti-Perruche », célébrée par la pensée conservatrice comme une victoire contre « la culture de la mort et la désagrégation du corps social » constitue une régression pour l'autonomie individuelle. Ainsi, se plaindre de son corps malade, comme le permettait l'arrêt Perruche, impliquait nécessairement de se différencier de celui-ci et de témoigner de sa liberté de s'y dissocier. En effet, la liberté de l'individu se pense donc utilement comme une liberté à l'égard de sa propre nature.

Cette modernité individualiste et artificialiste permet de penser la personne comme étant le construit de la volonté et non pas le donné de la nature, ou, plus précisément, comme le produit de la technique juridique et non pas comme une qualité ontologique de l'être humain que le droit devrait se contenter de consacrer. Au nom de son autonomie, l'individu devient son propre créateur et acquiert la pleine maîtrise et disposition de son corps. L'idée même de modernité implique ce rapport d'appartenance à soi-même. C'est parce que l'on a pu s'arracher à la domination naturelle du monarque absolue qu'il fut possible de déléguer le 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 seulement comme un lien naturel comme le prétendait Savigny dans sa formule célèbre « *Jus in se ipsum* ».

En ce sens, le slogan des féministes « mon corps m'appartient » avait une portée émancipatrice : l'individu contre l'autorité, la femme contre l'État. Il s'agit, selon Gisèle Halimi, « d'un point de résistance infranchissable ». C'est à partir de cette puissante 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 personnes transidentitaires qui souhaitent accéder au changement d'état civil sans l'autorisation du médecin ou du juge, il est du côté des femmes qui désirent porter un enfant pour autrui, il est également du côté des travailleurs du sexe, hommes et femmes, qui se battent pour la reconnaissance de leur statut professionnel, il se trouve enfin du côté des malades qui souhaitent mettre un terme à leur souffrance avec l'aide au suicide ou l'euthanasie. Une démarche démocratique devrait donc nous amener à penser le lien qui nous lie à nos vies, à nos corps et à notre descendance non comme naturel et sacré (nécessairement immuable et s'imposant à nous) mais en fonction d'une vision politique de la souveraineté individuelle.

Comme le nota 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 ». Pourtant cette vision de la liberté, propre au XVIIIème siècle, fut nuancée par Foucault, qui mit 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 de cette nouvelle forme d'assujettissement semblent acceptées par les sociétés démocratiques qui, au moyen des règles de bioéthique, ont pu justifier certaines formes d'ingérences de l'État (et de ses gardiens : hôpital, administration, prison, comité d'éthique, école...) sur les corps des individus. De même, les interventions permettant d'empêcher les abus et les déséquilibres financiers entre les parties semblent un impératif de l'État de droit. Toutefois, la critique du libéralisme économique et la mise en lumière du biopouvoir ne doivent pas éclipser les principes fondateurs des 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.

Au fond, la mise en lumière du biopouvoir devrait nous mener à retrouver les mécanismes permettant de nous affranchir des forces qui s'imposent à nous, de déconstruire l'assujettissement par la reprise du gouvernement de soi. Autrement dit, chaque individu devrait pouvoir déterminer par lui-même ce qui conduit à son propre bien-être et il pourrait même aller jusqu'à le refuser. Voilà qui semble à beaucoup une attitude « immorale » mais nous, contrairement à ce que prétend Kant, n'avons aucun devoir envers nous même en dehors de ce que nous nous sommes auto-imposés.

L'Etat libéral ne devrait sanctionner que ce qui porte atteinte à autrui (les crimes) et non pas les vices sans victimes autre que moi-même, autrement dit, la société ne devrait pas limiter la liberté des individus lorsque cela n'affecte pas d'autres individus. Sur le fondement de la protection de la vie privée, la CEDH a reconnu le droit de tout individu à « l'autonomie personnelle ». Est ainsi admise la « faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend », ce qui « peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne ».

C'est aux individus de choisir ce qui est convenable pour la réalisation de leurs intérêts. Et nous devons respecter ce choix même s'il nous semble choquant et contraire à la dignité humaine. Laisser à chacun le soin de déterminer ce qui est le mieux pour lui-même est non seulement une garantie d'égalité de considération des citoyens mais aussi le rempart contre l'intrusion excessive des pouvoirs publics et des juges. En voulant imposer un comportement contre la volonté de l'intéressé et au nom de sa dignité, l'État n'est-il pas en train de porter atteinte à l'autonomie de la personne et donc à sa dignité intime ? L'autonomie individuelle appréhendée comme « la possibilité reconnue au sujet de poser sa propre norme », c'est-à-dire comme un principe « placé au service de l'épanouissement de la personne » s'exprime particulièrement dans le droit de disposer librement de soi. « Certaines personnes peuvent ressentir le besoin d'exprimer leur personnalité par la manière dont elles décident de disposer de leur corps », souligne la CEDH concernant une affaire de suicide assisté. Toutefois, l'absence de consensus et la marge d'appréciation des États limitent considérablement l'autonomie individuelle en tant que droit subjectif. Les invocations de la dignité humaine, de l'ordre symbolique ou encore de la non-patrimonialité du corps humain constituent un nouvel ordre impératif et transcendant susceptible d'anéantir toute prétention subjective de l'individu sur son corps, sa vie ou sa destinée.

J'essaie d'interroger les arguments déployés contre l'auto-détermination, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de protéger l'individu contre lui-même de telle sorte que les droits subjectifs et la vie privée peuvent être sacrifiés au nom d'une priorité morale et contre une supposée affirmation égoïste des désirs individuels. Ainsi, l'ordre public, l'identité narrative, la fonction

¹ L. von Mises, *Le libéralisme* (1927), Editions Charles Coquelin, 2006.

anthropologique du droit, l'ordre symbolique, la communauté de sens, l'écologie intégrale ou la dignité humaine, viennent mettre un terme d'une manière paternaliste à la souveraineté individuelle. 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 qui est en nous, autoriserait l'État à intervenir si nécessaire contre notre volonté : garant de notre humanité indisponible, Il connaîtrait mieux que nous ce qui est digne ou indigne pour nous. Tout se passe comme si la dignité n'appartenait pas à l'individu concret mais à l'Humanité abstraite.

Les notions d'*indisponibilité de l'état des personnes* et de *corps hors commerce* permettent ainsi 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 bornes peuvent effectivement être nécessaires et justifiées lorsqu'il s'agit d'atteintes provenant des tiers mais lorsqu'il est question d'un choix de l'individu concernant sa propre personne, l'imposition de telles limites devient problématique. Le féminisme matérialiste, inspiré de la pensée marxiste, considère que, pour les femmes, le consentement est nécessairement vicié par l'existence de la domination masculine de telle sorte que l'expérience subjective des celles-ci doit être rectifiée voire annulée par la reconnaissance objective de la domination puisque sur le plan structurel toute femme est une victime. Cela permet de considérer qu'aucune femme dans aucune circonstance ne peut consentir à se prostituer, à porter la burqa ou à la GPA...

Cette critique a néanmoins permis l'émergence d'une interrogation juridique pertinente : comment le droit saisit-il le consentement des parties à l'acte ? Quelle analyse fait-il de leurs situations concrètes ? Et surtout, elle a soulevé la question de savoir si l'on peut continuer à maintenir les frontières entre sphères privée et publique dès lorsqu'on touche à une problématique aussi fondamentale que la disposition de soi. Or, l'analyse approfondie du consentement me semble plus que jamais nécessaire dans un monde d'inégalités économiques et sociales. Le consentement doit être nécessairement soumis à un examen rigoureux. Mais, une fois ce contrôle minutieux effectué, établissant qu'il s'agit effectivement d'un acte volontaire, libre, informé et dépourvu, par conséquent, de violence, d'intimidation, d'erreur, de dol, de contrainte et de déséquilibre financier dans les prestations, au nom de quoi serait-il permis d'interdire la libre disposition de soi ? Considérer que, quelles que soient les circonstances, personne ne peut disposer librement de son corps pour, par exemple, se prostituer, se soumettre à une GPA, porter le voile intégral ou demander l'euthanasie, ne reviendrait-il pas à traiter l'individu comme un incapable ? Comment donc trouver l'équilibre entre une protection nécessaire dans un monde où le marché affecte le caractère effectif des droits et la sauvegarde de ce qui fonde notre système démocratique ?

Sans doute pas en écartant le consentement mais en le pensant, au contraire, en fonction de sa finalité : le droit à l'autonomie, 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, en assignant un but commun à la société, ne sommes-nous pas en train de créer une communauté des victimes au lieu d'encourager l'autonomisation, l'émancipation, et le pouvoir d'agir des individus ? La prise en compte de rapports de domination ne devrait pas installer certains individus dans ce statut figé de victimes mais au contraire leur permettre d'y échapper. En effet, la question centrale à se poser demeure celle de savoir qui décide *in fine* de ma vie et de mes choix vitaux : moi-même ou autrui (administration, médecin, juge...) ?

Ce qui me semble problématique n'est pas tant la mise en place d'un ordre public corporel (restrictions à l'exercice de certaines libertés individuelles et limites aux interventions extérieures : *noli me tangere*) que l'utilisation de ce même ordre public contre la volonté de l'individu dans ce qui a de plus intime, à savoir le rapport à soi-même. Traditionnellement, cette emprise sur la vie pouvait 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 Bioy². 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 »³

Le rapport à soi, à son corps, à sa vie et à sa destinée me semble si intime, si subjectif que l'intervention de l'État ne devrait être envisageable que d'une manière exceptionnelle et comme *ultima ratio*. Or, force est de constater que plusieurs pratiques volontaires qui ne nuisent pas à autrui demeurent sévèrement punies comme le suicide assisté (3 ans d'emprisonnement et 50000 euros d'amende), la GPA (3 ans de prison et 45000 euros d'amende), l'insémination *post-mortem* (2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende), l'euthanasie (30 ans de réclusion criminelle), le client de la prostitution (1500 euros d'amende), la consommation de stupéfiants (1 an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende) ou le port du niqab sanctionné de 150 euros et un stage de citoyenneté.

De même, ce n'est pas l'individu qui est maître de la destinée de sa dépouille mais l'administration : seules l'inhumation et la crémation sont possibles, tout autre choix est exclu, tel la cryogénéisation, l'immersion en mer ou l'embaumement même si ces pratiques ne font encourir aucun risque en matière de salubrité ou de santé publique pas plus qu'elles ne causent de tort à quiconque.

Au lieu de consacrer un droit subjectif, le législateur s'est limité 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 authentique prérogative individuelle. C'est, en effet, à partir d'une justification médicale que l'individu est autorisé à agir et non pas comme créancier des droits subjectifs sur sa propre personne. Ce n'est pas le respect de la « vie privée » et du « consentement libre » qui régit le rapport de l'individu à lui-même, ces notions étant souvent considérées comme trop subjectives, trop susceptibles de mener vers l'aliénation et la réification de soi. L'État y substitue le respect de la « dignité humaine », entendue non comme un bien individuel mais comme un bien commun : l'humanité qui nous habite. L'idée n'est pas nouvelle et renvoie aux thèses théologiques relatives à la sacralité du corps comme tabernacle de l'âme et, plus récemment, sous une forme laïcisée, à la philosophie kantienne. On la trouve par exemple chez des auteurs critiquant la notion de consentement comme Carole Gilligan ou Harry Frankfurt qui proposent de requalifier le rapport à soi non comme disposition mais comme identification et amour défini en tant que bien-être fondamental duquel un individu ne saurait se détacher qu'au risque de s'aliéner. C'est ainsi au nom de l'affection et du bien-être (*care*) que l'on interdit 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 divertissement (lancer des nains), de se faire

² X., Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, Paris : Dalloz, 2003, p. 709.

³ E., Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, Paris : Gallimard, 1989, p. 197.

inséminer avec le sperme de son compagnon décédé, de s'adonner à des pratiques sexuelles extrêmes ou de porter le voile intégral.

A l'autonomie, la théorie du care, assise sur la notion paradigmatique de la vulnérabilité, oppose la catégorie du faible comme forme d'identité à laquelle on ne peut que rarement échapper. A la libre disposition de soi (et à toutes les libertés qui en découlent : procréative, sexuelle, religieuse, d'expression, vestimentaire...), une nouvelle forme de conservatisme anti-libéral 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 d'une manière générale et *in abstracto* que certains choix sont « essentiellement » mauvais puisque contraires à l'amour de soi ou à la dignité humaine. Ainsi, il ne s'agit plus de promouvoir les droits de l'homme mais les droits de l'Humanité : il n'est plus question de droits subjectifs de l'individu mais de l'ordre public de la dignité humaine. Cette dernière, en pleine inflation fétichiste dans le vocabulaire juridique contemporain, offre aux adversaires résolu du subjectivisme moderne le moyen de combattre aussi bien en théorie qu'en pratique toute idée de souveraineté individuelle, y compris dans le cadre intime de la seule disposition de soi, en prétendant médiatiser et donc surveiller et contrôler, sans nullement y avoir été autorisés par l'intéressé de quelque manière que ce soit, le rapport que le sujet entretient avec lui-même, en lui faisant valoir que, même dans le contexte apparent de la plus pure *privacy*, la présence permanente de l'humanité qui l'habite lui interdit pourtant toute solitude et toute possibilité d'échapper à la transcendance des réquisitions d'un ordre public ou symbolique naturel.

Assigner les individus à cet ordre implique dans le même temps d'investir l'État d'une mission, celle de rendre les citoyens vertueux. Les récentes croisades morales contre les clients des prostituées ou contre les individus ayant recours à une femme porteuse sont les manifestations politiques de cette conception substantielle et objective de la dignité humaine opposable à la personne. Or, une autre conception de la dignité est possible : celle qui est invoquée par l'individu concerné, celle qui est enveloppée par le droit de chacun de faire ce qu'il estime conforme à ses croyances, à ses valeurs ou à ses intérêts. L'individu doit être la seule source de valeur morale, ce qui exclut toute mesure qui accorderait à une collectivité quelconque des intérêts ne se réduisant pas à ceux de ses membres. Aussi, les impératifs de l'État démocratique devraient conduire le droit à une parfaite neutralité tant au regard des valeurs collectives que des pratiques culturelles dominantes. Malheureusement, ce n'est pas cette logique qui semble prévaloir dans les rapports de l'individu à lui-même mais une logique de type paternaliste et compassionnelle, imprégnée de connotations moralisatrices et antidémocratiques, fournissant le cadre et la matrice de ce qu'on pourrait désormais appeler l'État-moraliste.