Corps humain et liberté

Freedom and the Human Body

Samuel Etoa

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/543>

DOI : 10.4000/crdf.543

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2017

Pagination : 19-26

ISBN : 978-2-84133-858-0

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Samuel Etoa, « Corps humain et liberté », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 15 | 2017, mis en ligne le 01 octobre 2019, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/543> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.543>

Corps humain et liberté

Samuel ETOA

Maître de conférences en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

I. L'autonomie révélée

- A. Autonomie et vie privée
- B. Autonomie et expérimentations (bio)médicales

II. La libre disposition consacrée ?

- A. La libre disposition ou l'autonomie dépassée
- B. L'attitude du juriste

L'être humain a-t-il le droit de disposer de son corps ? Autrement dit, le lien qui unit l'homme à son corps est-il celui de la liberté ? Telles sont les questions qu'Aurore Catherine et Amandine Cayol, les deux instigatrices de cette manifestation, semblent nous poser, à en juger par ce court extrait de la plaquette de présentation du colloque :

Le corps humain est traditionnellement présenté comme un aspect de la personne juridique, et le principe de dignité comme le mécanisme permettant à la fois de protéger l'intégrité physique de la personne et de limiter les droits de cette dernière sur son propre corps. N'est-il pas, plus avant, possible de considérer que la personne jouit d'une liberté sur son corps, ayant ainsi la libre disposition d'elle-même ? Le concept d'autonomie personnelle, développé par la Cour européenne des droits de l'homme, conforte cette analyse.

Répondre à ces interrogations pose d'emblée un certain nombre de problèmes dont le principal n'est pas tant celui d'une définition du corps humain, que l'approche à retenir de la liberté. En effet, le corps peut être défini sommairement comme « l'ensemble des parties physiques,

des organes, qui constituent un être matériel doué de la vie animale ou humaine, ou qui en a été doué »¹. Jean Penneau nous rappelle quant à lui que :

À une perception immédiate, le corps humain est un assemblage de cellules, de tissus et d'organes dont la permanence et l'harmonie des fonctions caractérisent la vie².

Et s'il est vrai que ces définitions, qui insistent sur l'aspect biologique du corps, ne permettent pas de rendre compte parfaitement de ce qu'est le corps, on ne peut nier cependant qu'elles circonscrivent, au moins de façon minimale, la problématique corporelle. On peut toutefois nourrir plus de doutes quant à l'ambition d'appréhender le concept de liberté. Nous souscrivons ici volontiers aux propos d'Hannah Arendt pour qui répondre à la question « qu'est-ce que la liberté ? » s'avère aussi impossible que « de former la notion d'un cercle carré »³. Il est vrai que la liberté, concept philosophique, place l'analyste face à d'insolubles dilemmes. Et le croisement du corps humain, objet *a priori* concret, avec l'idée abstraite de la liberté, n'a guère de quoi nous rassurer. Si en effet l'être humain

1. X. Labbé, « Corps humain », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dir.), Paris, PUF (Quadrige), 2003, p. 288 ; É. Landros-Fournalès, *La libre disposition du corps humain en droit médical*, thèse de doctorat en droit public, université Paris 13, 2009, p. 1.
2. J. Penneau, « Corps humain – Bioéthique », *Répertoire de droit civil*, 2012 (actualisation avril 2017), § 1.
3. H. Arendt, « Qu'est-ce que la liberté ? », in *La crise de la culture*, Paris, Gallimard (Folio. Essais), 2005, p. 186.

n'est autre que la personne en son corps, est-il possible de formuler le principe d'une liberté de la personne sur ce corps ? La proximité des deux objets (corps / personne), et la confusion (objet / sujet) qu'elle implique, ne nous interdit-elle pas ne serait-ce que de tenter de formuler un tel statut ? N'y a-t-il pas là comme une contradiction ?

Reste que la liberté des juristes ne se confond en rien avec l'objet philosophique. La question de la causalité ou du déterminisme n'intéresse pas le droit, ni ses praticiens (universitaires ou autres). Et, en dépit des approches qui sont susceptibles d'être apportées à la notion de liberté, un accord semble se dessiner dans la doctrine majoritaire pour ramener la liberté à une faculté d'agir (ou de ne pas agir), autrement dit à un pouvoir d'autodétermination reconnu par le jurislatureur. Perçue de cette façon, la liberté, objet philosophique, cède sa place aux libertés, objets juridiques. La problématique se déplace d'autant puisqu'il n'est plus question de se demander si l'homme est libre dans l'absolu, mais dans quelle mesure les normes juridiques offrent à l'individu la possibilité de se déterminer, autrement dit dans quelle mesure le droit permet à ses sujets d'opérer leurs propres choix. On voit mal dans cette perspective ce qui empêcherait de penser la liberté des personnes sur leur propre corps. Outre le fait que la maîtrise de son corps par la personne constitue une donnée naturelle⁴, il nous semble qu'un tel statut est implicitement postulé à travers la notion de pouvoir d'autodétermination : mes choix n'impliquent-ils pas mon corps ? Ce dernier n'est-il pas le principal vecteur de mise en œuvre de mes libertés ? La réponse ici est évidemment oui.

En outre, un second argument vient à l'appui de la thèse d'une liberté corporelle des individus : celui de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En effet, cette disposition souligne dans un premier temps que la liberté est le droit de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, avant de reconnaître, dans un second temps que : « [...] l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». On voit alors mal ce qui permettrait de douter de l'existence de la libre disposition ; sauf peut-être à faire de ce corps un Autre que nous-même, autrement dit un sujet de droit. La chose serait donc entendue, nul besoin ici de faire de longs discours : tout semble pour le mieux.

Mais, le sujet est plus compliqué qu'il y paraît et la réalité juridique plus contrastée que ne le laisse supposer cette première analyse, par ailleurs très intuitive. D'abord parce qu'il est difficile de réduire le corps à un ensemble de membres, d'organes, de viscères ou de fluides, divers et

variés. Le corps porte notre personne, sa chair nous donne un visage, nous identifie : nous sommes un homme, une femme, petit, grand, laid, beau, gros ou maigre⁵. C'est aussi ce corps qui nous expose socialement, nous fait passer de l'identification à l'identité, individuelle certes, mais aussi collective. Il est le réceptacle de l'esprit voire de l'âme dans une vision spiritualiste⁶. Qu'il soit vivant ou mort, entier ou démembré, malade ou en bonne santé, végétatif ou performant, le « corps n'est sans doute pas un sujet / objet comme les autres »⁷. Signe ultime de son caractère « encombrant »⁸, le droit français s'est longtemps désintéressé de la problématique corporelle. S'agissant du droit privé, Jean-Pierre Baud a bien montré comment les légistes romains ont occulté la question du corps et comment, surtout, cette occultation a perduré au cours des siècles⁹. Jusqu'à récemment, seul le droit pénal évoquait le corps humain ; le droit civil, quant à lui, demeurait muet. Chose curieuse, la situation n'était pas meilleure chez les publicistes. On aurait pu penser pourtant que l'idéologie des droits de l'homme, de plus en plus prégnante, ait créé un terrain favorable à la réflexion. La prohibition de la torture, l'interdiction de l'esclavage, des détentions arbitraires mais aussi l'avènement des droits des travailleurs, des droits des femmes ou des droits de l'enfant : autant de rendez-vous manqués à une entrée du corps humain sur la scène juridique.

Les choses changent cependant. Ce colloque en est la preuve. Les juristes tentent de rattraper leur retard. Des discussions s'amorcent, les propos s'entrecroisent, s'enrichissent ; on s'interroge. Peu à peu un statut juridique du corps humain se profile à l'horizon, des principes émergent ; ils ont pour noms : dignité, indisponibilité et inviolabilité. *Quid* alors de la liberté ? La personne n'aurait-elle donc aucun droit sur son propre corps ? L'enveloppe qui est la nôtre serait-elle pensée comme une entité intouchable, inaccessible à la volonté individuelle ? Certains le pensent : si liberté il y a, elle ne peut se révéler que d'une façon accessoire, exceptionnelle : le « temple de Dieu » n'étant pas fait pour l'inconduite. Certes, mais quitte à demeurer sur le terrain du religieux aurions-nous oublié le rite d'Eucharistie : « Prenez, car ceci est mon corps... buvez, car ceci est mon sang » ? La sacralité qui s'attache au corps serait-elle à géométrie variable ? D'abord l'Interdit...

On observe cependant, depuis quelques années, une curieuse inversion des perspectives, preuve s'il en fallait une que la construction du corps par le droit n'est pas totalement achevée et que le concept de liberté est encore loin d'avoir dit son dernier mot. Des zones d'autonomie apparaissent ainsi çà et là qui ne cessent d'accroître les potentialités individuelles (I) mais qui peinent cependant

4. D'où sans doute le succès de l'assertion « c'est mon corps ! ». Sur cette question, voir C. Crignon-De Oliveira, M. Gaille-Nikodimov, « C'est mon corps », in *À qui appartient le corps humain ? Médecine, politique et droit*, Paris, Les belles lettres (Médecine & sciences humaines), 2004, p. 11-36.
5. Voir D. Le Breton, « Corps et personne : quelle(s) anthropologie(s) pour le droit ? », in *Principes de protection du corps et biomédecine*, B. Feuillet-Liger, G. Schamps (dir.), Bruxelles, Bruylant (Droit, éthique et société ; 13), 2015, p. 11.
6. Voir A. Mirkovic, *L'essentiel de la bioéthique*, Paris, Gualino (Les carrés), 2013, p. 41.
7. L. Fontaine, « Préface », in *La libre disposition de son corps*, J.-M. Larralde (dir.), Bruxelles, Nemesis – Bruylant (Droit et justice ; 88), 2009, p. 11.
8. J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil (Des travaux), 1993, p. 17. Le corps y est qualifié par l'auteur de « chose encombrante ».
9. *Ibid.*, p. 27-29.

à dessiner les contours d'un principe de libre disposition en droit français (II).

I. L'autonomie révélée

La reconnaissance de la liberté des individus sur leur corps se heurte en tout premier lieu à un principe : celui de l'indisponibilité. Globalement envisagé, le principe d'indisponibilité a pour but de « faire échapper le corps au libre pouvoir de la volonté »¹⁰. C'est dire, par conséquent, que la personne ne peut pas tout faire, tout entreprendre, sur son corps. Le principe d'indisponibilité du corps humain demeure toujours vivace dans l'esprit d'un certain nombre d'auteurs. La chose n'est rien de moins que frappante. On constate en effet, en droit positif, une remise en cause importante de ce principe. Celle-ci prend essentiellement la forme d'une multiplication d'espaces au sein desquels l'autonomie individuelle se trouve affirmée. Sans prétendre à l'exhaustivité, cette autonomie est reconnue dans deux domaines fondamentaux que sont : d'une part, la vie privée (A) et d'autre part, la science biomédicale (B).

A. Autonomie et vie privée

L'idée selon laquelle l'homme peut entreprendre sur son corps « dans le huis clos de son intimité »¹¹ est traditionnelle dans une démocratie libérale. Dans *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, Benjamin Constant a en effet bien montré ce que notre acception contemporaine de la liberté devait à la notion de vie privée. Pour ce dernier, en effet, la liberté des Modernes n'est autre que « la jouissance paisible de l'indépendance privée »¹². Libérale, la notion de vie privée l'est donc assurément. Elle implique que chacun puisse bénéficier d'un espace protégé des contraintes extérieures, qu'elles soient étatiques ou émanant de particuliers. Axée traditionnellement sur la protection du domicile et des correspondances, la notion de vie privée tend toutefois à dépasser ce domaine pour aborder les rivages de l'identité et de l'intimité. Le domaine de la sexualité en est l'exemple paradigmatique. S'il est vrai, comme le souligne Diane Roman, que la notion de vie privée est désormais mobilisée par les juges occidentaux de manière récurrente¹³, on ne doit toutefois pas oublier que ce domaine a longtemps été un espace privilégié de « contrainte normative »¹⁴. Le droit pénal s'est ainsi long-

temps intéressé à la sexualité, y compris lorsque celle-ci était librement consentie par les partenaires et exercée de manière privée. Il faut se rappeler par exemple que le délit d'homosexualité n'a été aboli en France qu'au début des années 1980, cela sous l'influence notable de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵.

Les juges de Strasbourg ont été extrêmement actifs en cette matière, n'hésitant pas à placer sous l'égide du droit au respect de la vie privée l'identité sexuelle des individus. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) est donc mobilisé afin de reconnaître aux personnes atteintes de dysphorie sexuelle non seulement un droit à la conversion sexuelle mais également une modification des registres de l'état civil. Dans l'affaire *Goodwin*, la Cour va même très loin dans la reconnaissance du transsexualisme puisqu'elle souligne l'existence d'une obligation positive des États qui doivent tirer les effets d'une conversion sexuelle. Il est ainsi surprenant aux yeux de la Cour que, tout en autorisant d'un côté les opérations de changement de sexe, le Royaume-Uni puisse refuser, de l'autre, de s'engager sur la voie d'une modification de l'état civil ; attitude qui « place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété »¹⁶. Dans ce cadre, le juge européen n'omet pas de mentionner la notion d'autonomie personnelle.

Consacrée pour la première fois en 2002, dans la jurisprudence *Pretty*, l'autonomie personnelle, composante du droit au respect de la vie privée, est présentée par Jean-Pierre Marguénaud comme une « innovation capitale »¹⁷. La Cour européenne des droits de l'homme définit celle-ci comme « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend », ce qui implique la possibilité pour les individus « de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »¹⁸. Ainsi entendue, l'autonomie personnelle constitue un vecteur important dans la reconnaissance d'une liberté des individus sur leur corps. Elle permet dans l'affaire *Goodwin* de marquer l'obligation des États parties à la Convention EDH d'accéder aux demandes de transformation de l'état civil des personnes transsexuelles et dès lors « d'exporter la question transsexuelle de la sphère intime à la sphère sociale »¹⁹, favorisant ainsi la reconnaissance d'un droit à l'auto-institution, entendu comme le « droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »²⁰.

10. D. Roman, « À corps défendant. La protection de l'individu contre lui-même », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1284 sq.

11. M.-J. Redor-Fichot, « Rapport de synthèse », in *La libre disposition de son corps*, p. 343.

12. B. Constant, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, Paris, Gallimard (Folio. Essais), 1997, p. 589-619, spéc. p. 602.

13. D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1508 sq.

14. T. Machefert, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in *La libre disposition de son corps*, p. 38.

15. Voir ainsi Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, série A, n° 45.

16. Cour EDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 77.

17. J.-P. Marguénaud, « Hymne à la vie et à l'autonomie personnelle », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 858 sq.

18. Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 62.

19. H. Hurpy, « L'identité et le corps », *La revue des droits de l'homme*, n° 8, 2005, en ligne : <https://revdh.revues.org/1601>.

20. *Ibid.*

Allant toujours plus loin en matière d'autonomie personnelle, la Cour va, quelques années plus tard, faire pour la première fois mention du droit à la libre disposition corporelle. Sous couvert d'autonomie personnelle, elle note dans son arrêt *K. A. et A. D.* que le « droit de disposer de son corps [fait] partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »²¹. Plusieurs choses doivent alors être soulignées. Tout d'abord, ce n'est pas la première fois que la Cour européenne des droits de l'homme a à s'interroger sur des pratiques sadomasochistes. Ces pratiques étaient déjà au cœur de l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown* jugée en 1997 et dans laquelle la Cour avait conclu à une absence de violation de l'article 8 de la Convention EDH²². On se souvient que, dans la décision *Laskey*, le juge européen avait fait part de sa réticence à faire entrer les pratiques incriminées dans le champ du droit au respect de la vie privée, estimant que « toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement [de la vie privée] »²³. Si la Cour n'avait pas donné suite à ce raisonnement, elle avait néanmoins pris le soin d'affirmer la pertinence d'une législation pénale des États en la matière. Or, l'arrêt *K. A. et A. D.*, qui traite pourtant lui aussi du sadomasochisme, prend un soin méticuleux à passer sous silence l'affaire *Laskey*. De sorte qu'une rupture s'opère ainsi entre *Laskey* et *K. A. et A. D.*

De plus, comme l'explique le professeur Michel Levinet, les faits de l'affaire *Laskey* étaient moins graves que ceux de *K. A. et A. D.*, ce qui n'avait pas empêché la Cour européenne de reconnaître aux États un droit d'incrimination du sadomasochisme lorsque les pratiques concernées sont susceptibles d'entraîner des dommages corporels²⁴. Moins « audacieuse » que dans la décision de 2005, l'attitude de la Cour n'avait cependant pas eu que des défenseurs. Il faut dire que les critiques qui avaient suivi la décision de 1997 avaient quelque chose de rédhibitoire, notamment en ce qui concerne le départ à opérer entre celles des pratiques sexuelles qui relèveraient de l'article 8 et qui seraient protégées comme telles des ingérences de l'État, et celles des pratiques qui n'en relèveraient pas et sur lesquelles pourrait s'exercer le *jus puniendi* des autorités publiques. De fait, si l'on doit chercher une parenté à *K. A. et A. D.*, c'est plutôt du côté de la jurisprudence *Pretty* qu'il convient de regarder, ne serait-ce que par l'utilisation qui est faite du concept d'autonomie personnelle. Ainsi mobilisée, l'autonomie personnelle permet à la Cour de ramener les pratiques sadomasochistes dans le giron du droit au respect de la vie

privée et d'admettre ainsi exceptionnellement, et pour des « raisons particulièrement graves », l'ingérence des pouvoirs publics. Contrairement donc au flou de l'affaire *Laskey*, la décision *K. A. et A. D.* a au moins le mérite de fixer très précisément, ou plus précisément, les raisons d'une action légitime des pouvoirs publics²⁵. Mais, la référence aux « raisons particulièrement graves » interroge. Elle permet ce faisant de souligner un second aspect de l'affaire *K. A. et A. D.* En effet, les faits qui constituaient la base de la décision étaient d'une telle gravité que certains ont pu parler de « torture ». Ce qui en l'espèce retient surtout l'attention dans cette décision, c'est l'importance qu'attache la Cour au consentement de la « victime ».

[...] il faut bien comprendre [écrit Emmanuelle Lagarde] que le juge européen cautionne la condamnation pénale des requérants en raison, non pas de la violence de leurs pratiques sexuelles, assimilables à des actes de torture et de barbarie, mais de l'absence de consentement de leur partenaire²⁶.

Cette approche qui prend acte de la toute-puissance du consentement a certainement de quoi étonner puisqu'elle semble se déployer aux antipodes de ce qu'affirme le droit pénal, du moins le droit pénal français, qui refuse de faire du consentement de la victime un fait justificatif. Elle permet toutefois de donner corps, si on ose dire, à une extension considérable du pouvoir de l'individu sur son enveloppe charnelle ; pouvoir qui, de façon plus mesurée, tend également à s'affirmer dans la matière médicale et biomédicale.

B. Autonomie et expérimentations (bio)médicales

Le second domaine d'affirmation de l'autonomie des individus en matière corporelle est celui de la science (bio)médicale. Bien que le phénomène soit plus mesuré et moins spectaculaire que celui décrit plus haut, ce dernier n'en demeure pas moins notable. En effet, la relation médecin-patient a longtemps été axée sur le principe de bienfaisance. Ce principe, doublement fondé sur la compétence médicale du praticien d'une part, et la responsabilité éthique du médecin d'autre part, responsabilité qui lui impose avant tout de ne pas nuire (*primum non nocere*), a longtemps été le lit du paternalisme qui veut que le médecin agisse dans l'intérêt exclusif du malade, ce qui le pousse

21. Cour EDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c. Belgique*, n° 42758/98, 45558/99, § 83.

22. Cour EDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, n° 21627/93, 21628/93, 21974/93. Voir J.-M. Larralde, « Vie privée et pratiques sadomasochistes », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 97-101.

23. *Ibid.*, § 36. Et la Cour de souligner au sein du même paragraphe que c'est le cas lorsqu'« un nombre considérable de personnes ont pris part à ces actes, qui comportaient notamment le recrutement de nouveaux “membres”, la mise à disposition de plusieurs “chambres” équipées spécialement et l'enregistrement de nombreuses vidéocassettes distribuées parmi les “membres” en question ». Dans ces conditions, poursuit le juge de Strasbourg, « [i]l est donc permis de se demander, vu les circonstances particulières de l'espèce, si les pratiques sexuelles des requérants relèvent entièrement de la notion de “vie privée” ».

24. M. Levinet, in M. Fabre-Magnan, M. Levinet, J.-P. Marguénaud, F. Tulken, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, n° 48, 2009, p. 9.

25. J.-P. Marguénaud, *ibid.*, p. 13.

26. E. Lagarde, *Le principe d'autonomie personnelle. Étude sur la disposition corporelle en droit européen*, thèse de doctorat en droit privé, université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012, p. 89.

parfois à aller « à l'encontre de la volonté exprimée par ce dernier »²⁷. Si l'on ajoute à cela le fait que le principe de l'indisponibilité du corps humain a longtemps été central en matière médicale, au point de devenir selon certains l'un des principes cardinaux du droit de la bioéthique, l'on comprend que l'affirmation de l'autonomie des individus en matière corporelle est étonnante. Une partie de cette évolution incombe à l'évolution scientifique. En effet, les progrès exponentiels de la science au cours des dernières décennies ont puissamment modifié nos représentations du corps humain et les potentialités que recèle celui-ci. Désormais, le corps humain n'est plus pensé comme un tout insécable. Comme l'écrit Jean-Pierre Baud, avec la transformation du savoir médical :

On découv[r]e soudainement qu'on p[eut] conserver vivant quelque chose d'humain hors du corps de l'homme et qu'on p[eut] soit le remettre dans le corps de cet homme, soit l'injecter dans celui d'un autre homme²⁸.

Consciente des risques de réification et de marchandisation d'un corps qui n'en n'était plus vraiment un, la doctrine a donc forgé le principe d'indisponibilité. Hors du commerce juridique, le corps ne peut faire l'objet d'aucune convention, même lorsque celle-ci est à titre gratuit. Au début des années 1990, la Cour de cassation a pris l'attache de l'*opinio juris* en déclarant prohibée sur le fondement de l'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain, dérivé de l'article 1128 du Code civil, une convention de mère porteuse. Il ne nous appartient pas de faire le procès de cette décision. Retenons simplement que ni le législateur, ni le constituant n'ont pris la peine de consacrer explicitement le principe d'indisponibilité. Pas plus d'ailleurs qu'ils n'ont pris la peine de consacrer le principe inverse, celui de la libre disposition. Toutefois, on doit reconnaître avec Éric Martinez que « les textes multiplient dans la pratique les atteintes au principe d'indisponibilité »²⁹, à tel point d'ailleurs que l'on est en droit de se demander si les exceptions ne se substituent pas au principe³⁰, voire si le droit français en la matière ne procède pas à un renversement des paradigmes³¹. L'irruption du consentement dans la relation (bio)médicale constitue une pierre angulaire dans l'affirmation d'une autonomie du patient face au pouvoir du médecin³². Certes, la référence au consentement n'est pas nouvelle en la matière. On sait en effet que la notion innervait déjà la relation médicale depuis l'arrêt *Mercier*. Dans cet arrêt, le lien qui unit praticien et patient est ainsi analysé comme étant d'une nature contractuelle³³.

Toutefois, le consentement médical n'est pas assimilable au consentement contractuel, pour deux raisons. D'abord parce que l'émergence de ce second type de consentement est plus tardive ; il n'apparaît en effet qu'en 1947 à la suite ou dans le cadre du procès de Nuremberg. Et bien que la règle ait connu quelques développements en droit français, il faudra tout de même attendre le début des années 1990 pour que celle-ci bénéficie d'un ancrage législatif. Ensuite, le but du consentement en matière médicale n'est pas le même que celui du consentement contractuel. En effet, le rôle du consentement médical est de sauvegarder le principe d'inviolabilité du corps humain. Ce principe, assimilé à un droit de caractère défensif, est reconnu à tout individu ; son objet réside dans la protection de l'intégrité physique reconnue à chacun. C'est donc bien d'autonomie et de préservation de celle-ci dont il est question avec la règle du consentement médical, point que confirment par ailleurs les textes internationaux et nationaux. Il n'est ainsi que de survoler les textes internationaux pour constater que le consentement est une garantie dans la mise en œuvre de l'autonomie du patient. La relation est la même en droit national. Initialement inscrit dans le Code de déontologie médicale, le consentement prenait, selon Élisabeth Landros-Fournalès, la forme d'une simple obligation de moyen mise à la charge du médecin³⁴. Les lois de bioéthique de 1994, modifiées en 1999, vont donner au consentement un tour beaucoup plus concret : désormais en effet le « consentement de l'intéressé doit être recueilli ». Mais c'est surtout la loi Kouchner du 4 mars 2002 qui renforcera de manière nette cette exigence en inscrivant dans le Code de la santé publique un article 1111-4 ainsi rédigé :

Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.

Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. [...] Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.

27. Sur la relation médecin-patient et le paternalisme médical, voir A. Catherine, *Pouvoir du médecin et droits du patient. L'évolution de la relation médicale*, thèse de doctorat en droit public, université de Caen Normandie, 2011, p. 4.

28. J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée...*, p. 18.

29. É. Martinez, « Droit au respect de la dignité de la personne humaine et droits associés », in *Protection des libertés et droits fondamentaux*, T. S. Renoux (dir.), Paris, La documentation française (Les notices), 2007, p. 91.

30. Voir, en ce sens, D. Roman, « À corps défendant... », où l'auteur écrit que la multiplication des textes en droit français « rend pour le moins fantomatique le principe d'indisponibilité du corps humain, censé faire échapper le corps au libre pouvoir de la volonté individuelle ».

31. Voir M.-J. Redor-Fichot, « Rapport de synthèse », p. 344-348.

32. Voir A. Batteur, « Le consentement sur le corps en matière médicale », in *La libre disposition de son corps*, p. 45 sq.

33. Cass. civ., 20 mai 1936, *Mercier* : *Recueil Dalloz*, 1936, I, p. 88 sq., note E. P., rapport L. Josserand, concl. P. Matter. Sur tous les aspects de cette relation contractuelle, voir A. Catherine, *Pouvoir du médecin et droits du patient...*, p. 49 sq.

34. É. Landros-Fournalès, *La libre disposition du corps humain...*, p. 177.

Selon Nicole Gallus, l'exigence du consentement n'est rien de moins que « l'un des droits les plus fondamentaux » du patient³⁵. Exit, par conséquent, l'obligation de moyen : le patient est depuis lors « coauteur des décisions médicales relatives à son propre corps »³⁶. Symptomatique est d'ailleurs la jurisprudence du Conseil d'État qui estime depuis 2002 que le droit pour le patient majeur de donner son consentement à un traitement médical, quand il est en état de l'exprimer, revêt le caractère d'une liberté fondamentale protégée sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative³⁷.

II. La libre disposition consacrée ?

Le droit reconnaît et multiplie des zones d'autonomie au profit des individus, zones au sein desquelles ces derniers seraient libres d'agir sur leur corps. Mais la reconnaissance de ces espaces signifie-t-elle nécessairement reconnaissance d'un principe de libre disposition corporelle ? La réponse à cette question nous semble négative. Il faut dire que la libre disposition dépasse de beaucoup la notion d'autonomie et draine avec elle un certain nombre de craintes et d'interrogations (A) ; le juriste français quant à lui semble relativement indécis sur ces questions (B).

A. La libre disposition ou l'autonomie dépassée

La notion de libre disposition renvoie à celle d'une maîtrise de l'individu : c'est mon corps et à ce titre j'en fais ce que je veux ! Davantage donc qu'un problème d'autonomie, c'est à la notion d'appropriation voire de propriété que la libre disposition fait appel car « [a]u nom de la liberté d'un individu de disposer de son corps, ce dernier devrait pouvoir l'aliéner, le vendre, le louer »³⁸. Du reste, il n'est pas inintéressant de noter que les expressions de « libre disposition » ou de « droit à la libre disposition » sont fortement marquées du vocabulaire du droit des biens, ce qui ne fait qu'accroître l'hypothèse d'une propriété ou, dans la mesure où certains auteurs emploient cette

expression, d'une souveraineté de la personne sur son enveloppe charnelle. On peut sans doute s'étonner de ce que la sémantique de la libre disposition du corps humain ait si rapidement gagné les discours de la doctrine et du droit français. Pensé comme le *substratum* de la personne, autrement dit comme un attribut essentiel de celle-ci, voire comme la personne elle-même, le corps humain est nécessairement dissocié de la chose, de l'objet ou du bien et ne peut conséquemment faire l'objet d'un droit de propriété. La théorie du corps-substrat, justement forgée en réaction à la crainte d'un corps-objet, a donc pour fonction ou pour effet de réduire la volonté individuelle et, dès lors, de protéger le corps des errements de la personne qui l'habite³⁹. Un lien très net s'établit ainsi avec le principe d'indisponibilité, dont nous avons dit qu'il était en perte de vitesse⁴⁰. Cette approche du corps-personne implique donc une vision très particulière de la relation de la personne à son corps ; vision qui se construit dans le prolongement de la philosophie kantienne. Postulant en effet l'indissociabilité de la personne et de son corps, mais aussi la nature éminemment raisonnable des individus, Kant développe un concept d'autonomie teinté de morale. Selon le philosophe de Königsberg, la personne n'étant pas indépendante de son corps, l'autonomie dont bénéficient les individus sur ce dernier ne peut s'analyser en une toute-puissance de la volonté. Car le corps, autant que l'humanité du sujet qui s'y incarne, impose des devoirs⁴¹, lesquels sont contenus dans l'impératif catégorique de dignité :

Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen⁴².

Dans cette perspective, on peut estimer, avec Pierre Le Coz, qu'il n'appartient pas à l'homme « d'exercer un droit de disposition sur son corps, car en disposant de son corps, il disposerait aussi de sa personne »⁴³. Le fossé est donc grand qui sépare l'autonomie de la libre disposition. D'autant plus que c'est bien sur cette approche de l'autonomie que semble se construire une partie du droit français, comme en atteste, par exemple, la jurisprudence

35. N. Gallus, *Bioéthique et droit*, Bruxelles, Anthemis (Précis de la faculté de droit et de criminologie de l'ULB), 2013, p. 191.

36. E. Landros-Fournalès, *La libre disposition du corps humain...*, p. 177.

37. CE., ord., 16 août 2002, *Feuillat* : A. Dorsner-Dolivet, « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 528 sq.

38. L. Robert, « Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues », *La revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015, en ligne : <http://revdh.revues.org/1602>.

39. « Le corps humain doit être protégé comme la personne elle-même et l'atteinte au corps humain constitue corrélativement une atteinte à la personne » (M. Harichaux, « Libertés et droits corporels », in D. Amson et al., *Le grand oral. Protection des libertés et droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 2003, p. 437).

40. Voir *supra*.

41. « Toute chose dans la nature agit d'après des lois. Il n'y a qu'un être raisonnable qui ait la faculté d'agir d'après la représentation des lois, c'est-à-dire d'après les principes, en d'autres termes, qui ait une volonté. Puisque, pour dériver les actions des lois, la raison est requise, la volonté n'est rien d'autre qu'une raison pratique. Si la raison chez un être détermine infailliblement la volonté, les actions de cet être qui sont reconnues nécessaires objectivement sont aussi celles reconnues telles subjectivement, c'est-à-dire qu'alors la volonté est une faculté de choisir cela seulement que la raison, indépendamment de l'inclination, reconnaît comme pratiquement nécessaire, c'est-à-dire comme bon » (E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, V. Delbos (trad.), Paris, Delagrave, 1969, p. 122).

42. E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, p. 150.

43. P. Le Coz, « La libre disposition de son corps par la personne : approche philosophique et éthique », in *Principes de protection du corps et biomédecine*, p. 31.

bien connue sur le lancer de nain ou, moins spectaculaire sans doute, celle sur le refus de soins puisque, dans ce dernier cas, le juge administratif restreint la liberté fondamentale du patient aux hypothèses où le pronostic vital de ce dernier ne se trouve pas engagé. Les conclusions du rapporteur public dans l'affaire en question sont pour le moins éclairantes. Rappelant en effet l'importance de la pensée rousseauiste et kantienne en la matière, Mireille Heers explique ce à quoi renvoie la représentation française de l'autonomie. Selon elle, cette représentation doit être recherchée dans la

[...] capacité de poser et de respecter des devoirs universels, des lois, envers les autres et envers soi-même comme membre de l'humanité. Un être autonome ne peut vouloir rationnellement un comportement qui n'est pas universalisable⁴⁴.

Autant dire que la libre disposition du corps humain suppose beaucoup plus que cette autonomie individuelle qui semble fonder la protection de l'individu envers lui-même. Face à ce constat, une question se pose : puisque la libre disposition du corps humain ne semble pas pouvoir se fonder sur le concept d'autonomie individuelle, ne serait-il pas possible de l'engager sur la notion d'autonomie personnelle développée par la Cour européenne des droits de l'homme ?

Dérivée en effet du *right of privacy* anglo-saxon, lui-même fortement mâtiné de l'utilitarisme d'un John Stuart Mill, l'autonomie personnelle serait le lieu d'un individualisme forcené réognitif, comme tel, de la crise des valeurs que traverseraient les sociétés démocratiques contemporaines⁴⁵. L'arrêt *K. A. et A. D.* est alors convoqué pour étayer juridiquement la thèse mise en avant. La notion de consentement de la victime est alors mobilisée afin de souligner la toute-puissance de la volonté et le déclin du droit et de la transcendance qui se manifestent par ce biais. On peut se demander cependant si la part de la doctrine qui critique le concept d'autonomie personnelle sur le fondement de la jurisprudence *K. A. et A. D.* ne va pas un peu trop loin en l'espèce. Certes, il est vrai que l'affaire en cause illustre bien le dépassement de l'autonomie individuelle par l'intermédiaire de la notion d'autonomie personnelle, dont l'ambition première est de permettre à l'individu de « vivre sa vie comme il l'entend » et, ainsi, de rechercher le bonheur ; bonheur qui, comme le rappelle par ailleurs Diane Roman, « est aussi une affaire juridique »⁴⁶. Mais convient-il de faire pour autant de cette décision le cheval de Troie d'une

idéologie destructrice du lien social, voire, comme on le lit parfois, de la démocratie ? Nous ne le pensons pas. D'abord parce que la Cour n'a jamais manifesté l'ambition de consacrer la toute-puissance de la volonté individuelle en matière corporelle. Le silence qui se fait ainsi sur la jurisprudence *Pretty* dans les écrits des contempteurs de l'autonomie personnelle a ici de quoi surprendre. Car, si tel avait été le cas, si la Cour se rangeait à une telle analyse, n'aurait-il pas été logique qu'elle consacre, en dépit de l'absence de consensus des États et de la légitime marge d'appréciation de ces derniers, un droit au suicide assisté ? D'autant que ce qui est en jeu dans le domaine de la fin de vie, telle qu'il se donne à voir dans la décision *Pretty* ou dans la décision *Haas*, n'est pas le consentement du mourant mais *sa volonté* de mourir et, si possible, de mourir dignement ; sauf à dire alors que la Cour dissocie deux formes d'expressions de la volonté : celle qui, s'exerçant sous couvert de vie privée, pourrait aller jusqu'à une forme d'absolutisme et celle qui, ne s'exerçant pas dans le huis clos de la vie privée, serait, par conséquent, nécessairement limitée. Telle semble être l'analyse qui est opérée par Emmanuelle Lagarde dans sa thèse⁴⁷. Cette analyse pour intéressante qu'elle soit nous paraît critiquable. L'absolutisme du consentement dans l'affaire *K. A. et A. D.* doit peut-être être tempéré. En effet, cet absolutisme doit être mis en relation avec l'affirmation de la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans cette affaire, souligne l'existence d'un droit à la libre disposition de son corps ; affirmation qui, pour le moment, n'a jamais été reprise par la Cour.

B. L'attitude du juriste

Confronté à ces hésitations, le juriste français semble adopter une attitude attentiste, encore que largement mâtinée du concept d'autonomie individuelle exprimé plus haut. D'une manière générale, le droit français est encore loin de consacrer l'hypothèse d'une libre disposition des individus sur leur corps. Nous avons vu ainsi que l'autonomie des individus avait été consacrée par le biais du consentement médical. Mais on doit aussi souligner que le consentement pour nécessaire qu'il soit n'est pas toujours un élément suffisant. S'agissant du don d'organe, l'exigence du consentement s'accompagne ainsi d'une obligation de gratuité et d'anonymat, ce qui traduit bien l'existence de limites à la toute-puissance des volontés individuelles et confirme l'écart qui existe avec l'hypothèse

44. M. Heers, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient. Conclusions sur CAA, Paris, 9 juin 1998, *M^{me} Donyoh et M^{me} Senanayake* (2 espèces) », *Revue française de droit administratif*, 1998, p. 1234.

45. Voir, sur ce point, T. Machefert, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ?... », p. 33. Voir, également, la charge très sévère de Muriel Fabre-Magnan pour qui : « Une des illusions de la modernité consiste à considérer l'être humain comme un pur sujet, tout entier dans sa volonté, et doté d'une raison infaillible lui permettant de dominer totalement son corps. Cette illusion qui est à l'œuvre lorsque la liberté individuelle est interprétée comme un droit à l'"autonomie personnelle" qui inclurait le droit absolu de porter atteinte (ou d'accepter que soit portée atteinte) à sa propre intégrité corporelle, et donc de renoncer, pour soi-même, aux droits les plus fondamentaux » (M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 31 sq.).

46. D. Roman, « À corps défendant... ».

47. E. Lagarde, *Le principe d'autonomie personnelle...*, p. 95 sq.

d'une libre disposition. Du reste, et en demeurant dans le domaine médical, la question du consentement n'a pas fait disparaître le pouvoir du médecin qui demeure, dans une large mesure, maître des informations à donner à son patient⁴⁸. Confronté à la mort, le droit français a, en outre, une position extrêmement mesurée en ce qui concerne la fin de vie, y compris depuis la révision de la loi Leonetti en février 2016⁴⁹. Dans un domaine différent, celui de la procréation, l'article 16-7 du Code civil déclare nulle « [t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ». Cette disposition n'a cependant pas empêché la levée de boucliers qui a fait suite aux décisions *Menesson* et *Labassée* de la Cour de Strasbourg dans lesquelles le juge de Strasbourg condamne la France du fait de son refus de transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français d'enfants nés de gestation pour autrui (GPA) à l'étranger⁵⁰. La crainte de la constitution d'un marché des corps et des enfants avait ainsi été fortement agitée par la doctrine. Crainte à notre avis injustifiée tant que perdure la prohibition de l'article 16-7. C'est sans doute plutôt du côté de la théorie de la pente glissante qu'il convient de ranger ces craintes. Le droit français, c'est vrai, n'ignore pas certaines pratiques qui paraissent en contradiction avec notre idée de l'autonomie et semblent par conséquent impliquer réification et marchandisation des corps. Ainsi de l'indemnisation des personnes se prêtant à des expérimentations (bio)médicales, indemnisation dont on nous dit qu'elles sont parfois substantielles⁵¹. Dans le même ordre d'idées, les recherches sur le génome humain relancent le débat sur la brevetabilité du vivant, sous l'influence notable de textes émanés de l'Union européenne telle, par exemple, la directive du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques⁵². Mais, en l'état actuel des choses, ces points sont encore limités. Nous souscrivons ici à l'analyse de Merryl Hervieu qui écrit que « [l]'heure de la

libéralisation du corps humain, de plus en plus souvent annoncée, n'a [...] pas encore sonné »⁵³. Les exemples d'une liberté / autonomie mesurée nous paraissent ainsi beaucoup plus significatifs de la philosophie qui est celle de notre jurislature. Mais faut-il nier pour autant les oscillations du droit ? Comme l'écrit Marie-Joëlle Redor-Fichot,

[...] la plupart des contradictions [...] montrent que nous sommes vraisemblablement dans une phase de transition entre l'ordre patriarcal qui a prévalu jusque dans les années 1970 et l'ordre de marché qui impose une mise en concurrence généralisée des individus jusque dans leur corps⁵⁴.

Dès lors, la question de la libre disposition ne contient rien de moins qu'un projet de société autant qu'une question philosophique. La doctrine majoritaire met en lumière les dangers que font peser la libre disposition et la marchandisation des corps que celle-ci est de nature à entraîner. Tous pourtant ne suivent pas ce chemin : et si la propriété sur le corps était le meilleur moyen d'affirmer la dignité de la personne humaine ? Nous laisserons le soin à MM. Bertrand Lemennicier⁵⁵ et Thierry Revet⁵⁶ de répondre à cette question. Soulignons seulement que la liaison n'est peut-être pas si nette entre propriété et marchandisation, voire entre propriété et réification. Notre « religion » sur ce point n'est pas faite. L'on peut toujours, face aux avancées scientifiques et aux nouveaux enjeux corporels qu'elles soulèvent, méditer les mots de Jean Hauser :

[...] à chaque étape, passé un temps de résistance, la science – bonne ou mauvaise – triomphe. Peut-être alors faut-il changer de terrain et revenir au champ naturel du juriste : organiser ce qu'on ne peut empêcher, cesser de se battre sur des terrains où le combat est perdu d'avance et se transporter sur celui de l'application⁵⁷.

Optimisme ?

48. Voir ainsi la thèse d'Aurore Catherine, *Pouvoir du médecin et droits du patient...*, p. 333 sq.

49. Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *Journal officiel de la République française*, n° 95, 23 avril 2005, p. 7089 ; modifiée par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *Journal officiel de la République française*, n° 28, 3 février 2016, texte 1.

50. Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France et Labassée c. France*, n° 65192/11, 65941/11.

51. Voir M. Hervieu, « Le corps humain : à l'heure de la libéralisation ? », *Petites affiches*, n° 170, 26 août 2011, p. 3 sq.

52. Directive 98/44/CE.

53. M. Hervieu, « Le corps humain... ».

54. M.-J. Redor-Fichot, « Rapport de synthèse », p. 352.

55. Voir B. Lemennicier, « Éthique biomédicale et droit de propriété sur le corps humain », dans ce volume.

56. Voir T. Revet, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, p. 587 sq.

57. J. Hauser, « La vie humaine est-elle hors du commerce ? », *Petites affiches*, n° 243, 5 décembre 2002, p. 19 sq.