

Jean-Pierre Baud¹

Les créatures humaines du droit

Le droit n'a rien de naturel²

De facture humaine, le droit est le grand œuvre de la civilisation occidentale, pour lequel la Grèce a fourni des outils conceptuels que Rome a su utiliser pour construire l'Empire du droit civil. Le « gnomon » grec, qui servait à mesurer le temps et l'espace, ainsi qu'à fabriquer les édifices et les villes d'un urbanisme de mise à l'équerre, est devenu à Rome, grâce au relais étrusque, à la fois la « norme » (de *norma* : l'équerre), la « forme », la « formule » et le « formulaire » (de *forma* : le plan d'architecte) et, en démontant l'équerre, la « règle » (*regula*) maniée par le roi (*rex* : celui qui fait des lignes droites).

Au final, nous avons le droit (le *directum* que l'usage populaire nous a transmis en le préférant au *jus* mystérieux des savants jurisconsultes), ce droit qui désigne en latin à la fois ce qui est rectiligne et ce qui est à l'équerre, ce droit qui au final n'est rien d'autre que le gnomon, mais un gnomon destiné à tout reconstruire dans l'immatériel. Hobbes a écrit que la nature était l'outil créateur de Dieu et le droit, l'outil créateur de l'homme, celui qui lui permet de réaliser le Léviathan, l'être étatique composé d'une multitude d'êtres³.

Mais, recevant au final ce droit romain dont ils avaient fourni les outils, les Grecs avaient perçu bien avant ce pouvoir créateur du droit, en témoigne le lexique pour qui la *poièsis* (la création) signale d'abord la création naturelle, puis la création artificielle par le droit, illustrée par le tour de force de l'adoption. Le droit crée pour faire échapper les êtres aux contingences matérielles, spatiales et temporelles. Il fait un monde doué, du fait de son immatérialité, d'un pouvoir illimité d'expansion temporelle et

¹ Jean-Pierre Baud est décédé en février 2012, nous a appris avec tristesse Jacques Le Brun. La note 25 nous indique qu'il avait remanié son texte à l'intention des *Carnets*. *NDLR*.

² P. Legendre, « Ce que nous appelons le droit », *Le droit et l'histoire*, Revue *Le Débat*, n° 74, mars-avril 1993, p. 107.

³ T. Hobbes, *Le Léviathan* (trad. R. Paulin), Paris, Sirey, 1971, p. 5.

spatiale, un monde où le cosmos devient la cité, où les éléments du réel (les *res*) sont transformés en choses (en *causae* : ce qui est en cause dans les rapports juridiques) et où les êtres humains sont transformés en personnes, c'est-à-dire en masques (la *persona* est d'abord le masque de théâtre) dans une mise en scène où le tomber de rideau n'a pas été prévu.

Dire que le droit n'a rien de naturel pose le problème du droit naturel. Évidemment ! En fait, le droit naturel est une invention de la chrétienté médiévale qui en a fait une instance d'approche du droit divin⁴. Mais le droit naturel est totalement inconnu dans l'Antiquité et particulièrement à Rome où, je le rappelle, est né ce que nous appelons le droit. Lorsque le droit romain parle du droit naturel (*jus naturale*), il désigne « ce que la nature a enseigné à tous les animaux », et en particulier le lien familial⁵, c'est-à-dire qu'il traduit d'une façon maladroite — le *nomos* grec n'a pas de correspondant en latin — le *phusikos nomos* auquel Démosthène fait allusion en disant qu'une loi de la nature fait que l'on aime ses parents aussi bien chez les hommes que chez les animaux⁶.

Une parfaite illustration en est donnée par le célèbre débat de l'enfant de l'esclave, à l'issue duquel les jurisconsultes romains convinrent de ce qu'il ne fallait pas appliquer aux esclaves l'une des règles de l'usufruit, celle qui séparait les enfants de leur mère animale⁷. Avec les animaux, nous partageons le fait naturel du lien familial, mais pas le droit de la famille.

Dans l'Antiquité, ce sont les lois de la maison, formant l'*oikonomia* des Grecs, qui occupent la place qu'on aurait voulu attribuer au droit naturel : elles assurent le passage des lois de la nature aux lois de la cité en intégrant les premières *normes*, à savoir les premières lois de facture humaine, les lois de la mise à l'équerre⁸. Et c'est Xénophon, le meilleur expert de l'économie antique, qui nous en fait la démonstration en

⁴ C'est, selon le *Décret de Gratien*, ce qui se trouve dans la *Loi de Moïse* et dans l'*Évangile*. On rencontre cette définition dans les tous premiers mots de ce socle du droit canonique : « *Humanum genus duobus regitur : naturali videlicet jure, et moribus. Jus naturale est, quod in lege et Evangelio continetur [...]* » (Le genre humain est régi par deux choses, par le droit évidemment naturel, et par les mœurs. Le droit est naturel, parce que contenu dans la loi et dans l'Évangile [...]) *NDLR.*)

⁵ Justinien, *Institutes*, 1.2.

⁶ Démosthène, *Contre Aristogiton*, 25, 65.

⁷ F. Terré, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987.

⁸ Pour aller un peu plus loin : J.-P. Baud, *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, Paris, Aubier, 2001.

expliquant comment une cité excluant les femmes peut trouver son fondement dans les sociétés animales dominées par celles-ci.

Dans une telle opération, une chose appelée droit naturel ne serait d'aucun secours puisqu'elle devrait contredire les lois de la nature. Il faut pour cela, en mettant à contribution un *logos* suffisamment mâtiné de rouerie, faire intervenir la loi humaine, la *norme*, en la plaçant dans le cadre domestique des lois de la maison, prétendre qu'elle se fonde sur les lois de la nature telles que les dieux les ont voulues, et l'établir elle-même comme justificatrice des lois civiques qui excluent les femmes de la cité. Pour cela, Xénophon se pose en « instituteur », au sens plein de celui qui enseigne et de celui qui installe dans une fonction. Son épouse, formée par lui, est placée à la tête de la maison par ses soins, car, en vertu d'une loi de la nature qu'il invente, la reine des abeilles n'est pas une simple pondeuse mais une gestionnaire domestique sachant donner à chacun ce qui lui revient :

La reine des abeilles, sur l'ordre de la divinité, s'affaire à des travaux tout à fait semblables aux tiens [...] Restant dans la ruche, elle ne laisse pas les abeilles à rien faire; elle envoie au travail celles qui ont leur tâche au-dehors, elle vérifie et reçoit ce que chacune d'elle apporte, puis elle le garde jusqu'à ce qu'on ait besoin de s'en servir. Lorsque le moment de s'en servir est venu, elle distribue à chacun sa juste part⁹.

Montrant parfaitement à quel point ce sont lois de la maison, et non un introuvable droit nature, qui constitue l'interface entre les lois de la nature et les lois de la cité, il va chercher dans celles-ci une magistrature, celle du *nomophulax*, pour instituer son épouse gardienne des lois de la maison :

Et je lui enseignais que, dans les États bien policés, les citoyens ne jugent pas suffisant de se donner de bonnes lois mais en outre ils désignent des gardiens des lois : ceux-ci exercent une surveillance, louent quiconque se conforme aux lois, punissent quiconque les viole. J'invitais donc ma femme à se considérer comme une gardienne des lois pour les affaires de la maison, d'inspecter, quand il lui paraît bon, les objets, comme le commandant de place inspecte sa garnison, d'examiner si chaque chose est en bon état, comme le conseil soumet à un examen les chevaux et les cavaliers, louer et récompenser comme une reine, avec les moyens qui sont à sa disposition, celui qui le mérite, infliger réprimande et châtement à qui en a besoin¹⁰.

⁹ Xénophon, *L'Économique*, VII, 32-33 et IX, 14-15, trad. P. Chantraine, Paris, Les Belles lettres, 1971.

¹⁰ *Ibidem*.

Les lois de la maison sont indispensables pour qu'une cité excluant les femmes de la vie publique soit perçue comme étant en harmonie avec des sociétés animales faisant le contraire !

Le droit n'ayant rien de naturel, les lois de la nature n'ont rien de juridique. Et cela, parce que leur logique implique nécessairement, à l'instar de cette mondialisation qui les désigne en style moderne, une sauvagerie ne pouvant exclure le cannibalisme (dont la version actuelle est la commercialisation des organes et des produits corporels¹¹), ce cannibalisme qui était dans la logique du droit romain archaïque. Alors, on payait normalement avec son corps, sauf si on le rachetait en exécutant son obligation et il était normal que le corps d'un débiteur insolvable soit, en vertu de la Loi des XII tables (milieu du V^e siècle avant J.-C.), partagé entre ses divers créanciers.

C'est pourquoi la dématérialisation du droit, qui impliquait au premier chef la désincarnation de la dette, fut un moment essentiel dans l'œuvre civilisatrice du droit romain. D'ailleurs, cette désincarnation était la conséquence nécessaire de la répartition des êtres entre personnes et choses : remplacé par l'abstraction de la personne, le corps humain était la seule chose qui soit inclassable dans les catalogues du droit, et qui devait en conséquence disparaître de la perspective juridique. C'est ce qui permit aux juristes modernes, héritiers du droit romain, de concevoir la personne, dite « morale », constituée de plusieurs, voire d'une multitude d'êtres humains (société, association, État, etc.) ou, à l'inverse, la personne uniquement constituée par des choses (la fondation).

En fait, la disparition fut une mise en filigrane. Pour l'autorité publique, il a toujours été exclu d'omettre la corporéité d'un capital humain, entretenu par l'alimentation et l'action sanitaire et s'exposant à la répression. En fait, la désincarnation totale du droit reste aujourd'hui un idéal à atteindre. D'abord parce que, en Occident, la chute de l'Empire romain a permis le retour de systèmes juridiques où le corps humain redevenait un enjeu essentiel. Et aussi parce que le XVI^e siècle transforma en corps de droit les législations pénales qui étaient apparues, jusque-là, comme de simples expressions de la souveraineté politique. La mise en forme juridique de la cruauté publique fit nécessairement s'opposer le droit civil,

¹¹ Mais rien, rigoureusement rien ne s'oppose aux formes extrêmes du cannibalisme dans un système dominé par la loi du marché.

auparavant synonyme de droit romain, et le droit pénal, confrontation qui conduisit à opposer le lieu civil au lieu barbare. On vit alors apparaître le verbe « civiliser » (XVI^e siècle) et le substantif « civilisation » (XVII^e siècle) désignant respectivement l'acte et le fait de transformer un procès pénal en procès civil¹².

À cela s'est ajouté le retour en force d'une nature que le droit romain n'ignorait pas, mais par laquelle il ne se laissait pas dominer. Lorsque le droit romain s'opposait à ce qu'un adopté soit plus vieux que son adoptant, l'argument était que l'on ne pouvait pas créer une situation monstrueuse violant les lois de la nature. En revanche, les systèmes juridiques antiques, qui refusaient aux monstres la qualité d'être humain, étaient censés corriger les erreurs de la nature. Mais le christianisme, à l'instar des autres religions créationnistes, donna à la nature une importance fondamentale, et cela parce qu'elle était l'outil de la Création divine. Le phénomène s'illustra en particulier par la formidable promotion médiévale d'un Aristote qui, dans l'Antiquité, ne se situait pas en très bonne place dans la hiérarchie philosophique : on le trouvait loin derrière Socrate et Platon et sa valeur, dans la désopilante mise aux enchères de Lucien de Samosate, était juste supérieure à celle de Chrysippe¹³. Mais, du fait du christianisme, le prolongement médiéval de la pensée juridique romaine dut subir le joug de l'outil naturel de Dieu : la survie en gloire, illimitée à Rome, ne put dépasser 120 ans, durée à laquelle la Genèse avait limité la vie humaine¹⁴.

En outre, l'œuvre civilisatrice du droit romain n'est que d'apparence dans les actuelles législations pénales qui, ayant éliminé la peine de mort et les spectaculaires cruautés, se présentent comme s'étant débarrassées des peines corporelles et voudraient faire croire que, contrairement à ce que dénonce sans relâche la médecine pénitentiaire, les peines privatives de liberté n'auraient rien de corporel. Ajoutons que la pratique archaïque de livrer au créancier le corps du débiteur a survécu longtemps avec la prison pour dettes (supprimée en France en 1867) et qu'elle subsiste encore au profit de l'État (contrainte par corps).

¹² J. Starobinski, « Le mot civilisation », *Le temps de la réflexion*, t. IV, Paris, Gallimard, 1983, p. 13-51.

¹³ Platon valait six Aristote — 120 mines contre 20 — lequel ne valait même pas deux Chrysippe, estimé à 12 mines. Cf. Lucien, *Philosophes à vendre*, trad. O. Zink, Paris, Librairie Générale Française, coll. Le Livre de poche, 1996, p. 31.

¹⁴ Y. Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 21, Paris, PUF, 1995, p. 36-52 — *Genèse* 6 3.

Non seulement l'ancienne incorporation du droit a résisté à ce qu'on voulait être des progrès de civilisation, mais des facteurs nouveaux, d'ordre juridique ou technique, ont contribué à faire réapparaître le corps dans la perspective juridique. Signalons d'abord, à partir du XVI^e siècle, cet État civil qui, même lorsqu'il était religieux et qu'il signalait des sacrements, a toujours constaté des faits de nature, et donc corporels : un être est né, de tel sexe, il s'est marié, il est mort. Que l'État civil est à effet déclaratif et non pas normatif devrait être une évidence inutile à rappeler, sauf peut-être dans certains milieux où il est devenu très tendance d'exiger que l'État civil ne précise plus le sexe des individus¹⁵.

Mais ce sont les sciences et techniques de l'Ère industrielle qui contribueront le plus à imposer la présence juridique du corps, d'abord parce que l'intégrité physique des individus va être menacée par la mécanisation dans des proportions inconnues d'un monde romain où les bâtiments et les animaux étaient les choses les plus dangereuses, mais surtout parce que la chirurgie et les biotechnologies du XX^e siècle feront échapper le vivant humain à la dissimulation que la personne juridique romaine impliquait. De tout temps, le corps a cessé d'être dissimulé par la personne juridique lorsque la mort physique¹⁶ faisait disparaître celle-ci. Et longtemps, lorsqu'un élément corporel humain se séparait du corps vivant (excrétions, tailles, hémorragies, mutilations, etc.), son statut releva de l'élimination ou du recyclage, profane ou sacré (reliques d'un saint vénéré de son vivant), et parfois d'un rite funéraire (membres amputés¹⁷ et parfois

¹⁵ Ainsi, comme il est exclu que tous s'appellent Camille ou Dominique, on déclarerait un enfant prénommé Jules-Édouard sans préciser son sexe ! Pour éviter le ridicule, les adversaires de la déclaration du sexe vont certainement mettre en cause le fait anthropologique reconnu par le droit donnant aux parents le pouvoir de désigner par un nom leur progéniture. Outrés par un tel pouvoir d'appropriation, ils proposeront peut-être que l'État civil enregistre les individus uniquement sous un numéro (mais pas le numéro de Sécurité sociale dont le premier chiffre dénonce le sexe !).

¹⁶ La précision s'impose car le droit a aussi connu la mort civile dont l'histoire est encore à faire. La mort civile fait disparaître la personne juridique alors que l'être humain existe encore. Mais, dans ce cas, que peut-on faire de cet être humain ? Le premier venu peut-il le tuer ? C'est exactement ce que craignait Caïn et c'est pourquoi « Yahvé mit un signe sur Caïn, afin que le premier venu ne le frappât point ». Il n'y a aucune exagération à dire que la *Genèse* (4 13-15) posait déjà la question de la mort civile.

¹⁷ A. Bride, *Dictionnaire de théologie catholique*, 80-81, Paris, Letouzey et Ané, 1939, v^o Sépulture : « Le devoir de sépulture s'étend non seulement au cadavre humain tout entier, mais aux parties notables du corps, détachées à la suite d'un accident, d'une blessure ou d'une opération chirurgicale. Le Saint-Office a répondu le 3 août 1897 à une

placenta¹⁸). En fait, l'insertion du corps dans la catégorie des choses était une réalité qui, gérée essentiellement par des administrations religieuses et sanitaires, ne retenait guère l'attention des juristes. Mais l'Ère des greffes, des transfusions, des transplantations et des réimplantations fit brusquement apparaître des éléments corporels détachés du corps humain dont le caractère vivant tendait à faire oublier le fait qu'ils soient des choses.

L'approche juridique de ces éléments se serait certainement passée autrement si elle n'avait pas été initiée par la définition du statut juridique du sang, ce liquide dont la sacralité est banale chez l'anthropologue. Et c'est bien un regard anthropologique qui s'impose lorsqu'on doit observer l'attitude des juristes confrontés au retour du corps. Face au sang, d'abord et surtout, mais aussi à l'ensemble du corps, les juristes semblèrent redécouvrir le latin. L'article qui fit longtemps autorité en matière de droit du sang fut intitulé par René Savatier *De sanguine jus*, et on n'y rencontre jamais, pour désigner le statut juridique du sang, une autre expression que *jus de sanguine*¹⁹. Depuis, le latin revient spontanément dès qu'il s'agit du droit du corps. Le corps est le *substratum* de la personne, protégé par un *noli me tangere*, l'homme est *dominus membrorum suorum* et il possède un *jus in se ipsum*²⁰.

Retenons en particulier ce « *Noli me tangere* », cette fameuse injonction par laquelle le Christ indiquait qu'il ne fallait pas toucher son corps ressuscité²¹. Et même lorsqu'on résiste à la tentation de parler du *pretium sanguinis*, l'évocation du prix du sang conserve une connotation dramatique, car, comme le rappelait Du Cange en son célèbre *Glossaire*, le prix du sang, c'est trente deniers, les fameux trente deniers reçus par Judas

supérieure de religieuses hospitalières, que les membres amputés (bras, jambes) des fidèles baptisés doivent, autant que possible, être ensevelis en un lieu sacré, par exemple dans une partie du jardin qui serait réservée à cet effet et aurait reçu une bénédiction. »

¹⁸ J. Gélis, *L'arbre et le fruit. La naissance dans l'Occident moderne*, XVI^e-XIX^e, Paris, Fayard, 1984, pp. 282-291.

¹⁹ R. Savatier, « *De sanguine jus* », *Recueil Dalloz et Sirey, de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1954, pp. 141-146.

²⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, Paris, PUF, coll. Thémis, n° 48 ; et X. Labbé, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, préface J.J. Taisne, Presses universitaires de Lille, 1990, p. 55. (L'homme est le maître de ses membres et il possède un droit sur lui-même. *NDLR*)

²¹ *Évangile selon Saint Jean*, 20 17, texte latin de la Vulgate.

et jetés par lui dans le Temple de Jérusalem ; ces trente deniers que les prêtres ne voulurent pas verser au trésor parce qu'ils étaient « le prix du sang²² ». Ainsi, en grande partie involontairement, les juristes qui évoquent le droit du corps, et surtout le régime juridique de la transfusion sanguine, utilisent une langue liturgique dans un contexte culturel qui est celui de la tradition chrétienne.

Ce n'est donc qu'en apparence que les progrès scientifiques et techniques ont imposé la perspective du corps à des juristes qui semblent, au contraire, tout faire pour ne pas l'appréhender juridiquement. François Terré a fait remarquer qu'il suffisait que le sang soit l'objet d'une obligation pour que le contrat perde son habituelle qualification : « Il existe une répulsion des tribunaux à appliquer les règles civiles de la vente à la fourniture de sang humain²³. » En ce qui concerne le sang mais aussi le corps, je précise : dans le voisinage de son pôle sacré, à distinguer de son pôle excrémental, Xavier Labbée a fait remarquer avec beaucoup de pertinence que le droit de l'homme sur son corps s'était « traduit, tant en doctrine qu'en jurisprudence, par des *expressions à allure juridique*²⁴ ». C'est ainsi que, dans le vocabulaire du droit de la Santé publique, le sang, le plasma et les dérivés sanguins ne sont pas vendus mais peuvent faire l'objet d'une « délivrance à titre onéreux », et les produits sanguins revendus en pharmacie sont en fait « déposés dans les officines ». Le corps n'est plus dissimulé par la personne, c'est-à-dire par une création civilisatrice, mais par des réflexes liés à la conscience — ou la subconscience — des interdits relatifs à la sacralité vitale²⁵.

²² *Évangile selon Saint Matthieu*, 25 3-10. Ch. Du Cange, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, 1678, VII, Paris, Librairie des sciences et des arts, 1958, v° *Sanguis*.

²³ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 471.

²⁴ X. Labbée, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, *op. cit.*

²⁵ Cf. J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993.

Les progrès de la science ont ouvert, dans la civilisation du droit civil, une brèche propice aux débordements d'une pensée sauvage, dont l'émergence de la chose bioéthique est le symptôme majeur, tendant à remplacer la création juridique par des manifestations liturgiques où les blouses blanches sont bien représentées²⁶.

²⁶ Lors de ma communication du 30 mars 2008, j'avais organisé mon propos autour de deux thèmes : le caractère incorporel et le caractère multiple des créations humaines du droit. Je n'ai retenu ici que ce qui concerne les relations entre le corps humain et la notion de personne. La première raison est que c'est en ce domaine que je pense pouvoir apporter quelque chose. La seconde, plus importante, est que cet aspect ne peut être envisagé que dans le cadre d'une totale remise en chantier de l'histoire de la notion de personne en Occident. C'est l'objet de la thèse d'Élisabeth Schneider qui, je l'espère, sera bientôt soutenue.