

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Vers un commerce du corps humain ?

Dijon, Xavier

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2006

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Dijon, X 2006, 'Vers un commerce du corps humain ?', *Journal des Tribunaux*, vol. 6233, pp. 501-504.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Journal des tribunaux

9 septembre 2006
125^e année - N° 6233

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Rédacteurs en chef : Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940)
Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981) - Roger O. Dalcq (1981-2004)

Editeur : Larcier, rue des Minimes, 39 - 1000 Bruxelles

27 ISSN 0021-812X

VERS UN COMMERCE DU CORPS HUMAIN ?

La vague bioéthique amène de nos jours sur les rivages de la morale et du droit la remise en cause du principe de non-commercialisation du corps humain (1). La pénurie actuelle d'organes et de gamètes incite en effet certains médecins et scientifiques à encourager par la promesse d'une rémunération la cession, par un sujet, d'un organe ou d'un tissu venu de son corps. Le raisonnement semble imparable : puisque le niveau de l'offre de tissus/organes n'atteint pas celui de la demande, il faut augmenter l'offre en la payant. Une telle suggestion contredit sans doute à la fois la sensibilité commune ainsi que le principe de non-patrimonialisation du corps humain, mais de puissants courants sont à l'œuvre pour la soutenir. Il vaut donc la peine de reprendre l'examen de ce dossier, d'abord en précisant les termes du statut juridique du corps, ensuite en discutant la question de fond relative à la dignité humaine, enfin en évaluant les conséquences sociales de la réforme proposée.

LE CORPS EN FORME DE QUESTION

Dans l'esprit des juristes, le corps humain n'entre pas dans le commerce car il trouve sa place dans le domaine de la personne et non des choses. Le droit romain connaissait déjà l'adage *Dominus membrorum suorum nemo videtur* (Ulpian, *Digeste*, 9, 2, 13). Le sujet ne dispose pas de son corps comme il disposerait

(1) On lit dans l'avis n° 30 (5 juillet 2004) du Comité (belge) consultatif de bioéthique, relatif à la gestation pour autrui (mères porteuses) que, selon certains membres du comité, « les arguments invoqués pour défendre le principe de non-commercialisation du corps humain mériteraient d'être analysés avec davantage de profondeur. La question de la commercialisation du corps est une question complexe qui doit être replacée dans le cadre général de la problématique bioéthique relative au corps humain. Cette dernière concerne la légitimité et les conditions de l'objectivation et de la manipulation à visée thérapeutique ou non des corps et des parties des corps par la biomédecine au sein de sociétés pluriculturelles à économie de marché » (rapport n° 4.3.3.3.2). La dernière note subpaginale du rapport annonce d'ailleurs que « les arguments pour et contre la commercialisation du corps humain feront l'objet d'un avis spécifique du Comité consultatif ».

d'un bien extérieur à lui. Le juriste parlera dès lors de l'indisponibilité du corps, de la même manière — le rapprochement est éclairant — qu'il parlera de l'indisponibilité de l'état civil.

Est-ce à dire que le sujet ne détienne pas de droit sur son corps? Tout dépend, ici de la façon dont on entend le terme « droit » au sens subjectif du terme. S'il s'agit d'un droit entendu au sens de « pouvoir de disposition », Karl von Savigny répond que le sujet n'a pas de droit sur lui-même, pour une double raison, morale : il ne lui est pas permis de se suicider, et naturelle : il dispose d'emblée d'un pouvoir de commander à son corps, qui rend inutile la doublure de cette maîtrise au plan juridique. Par contre, si l'on entend le droit subjectif dans le sens d'« intérêt légalement protégé », alors Rudolf von Ihering dira que l'intégrité du corps représente un des intérêts les plus forts du sujet et, puisque cet intérêt est protégé par la loi, il fait l'objet d'un droit subjectif (2). C'est à la faveur de la théorie mixte du droit subjectif (à la fois pouvoir et intérêt) que, à propos du corps humain, la doctrine traditionnelle a reconnu un droit de protection du sujet *en son corps sans*

(2) Sur la définition du droit subjectif et son rapport au corps humain dans l'œuvre de K. von Savigny et R. von Ihering, voy. X. Dijon, *Droit naturel, les questions du droit*, P.U.F., coll. Thémis, 1998, pp. 135-137.

SOMMAIRE

- Vers un commerce du corps humain ?, par X. Dijon 501
- Le point sur... : La perquisition, par L. Kennes 505
- Compétence internationale - Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (article 18) - Prorogation de compétence au profit du juge saisi sauf déclinatoire du défendeur - Régime du déclinatoire - A soulever avant la première défense - Notion - Défendeur ayant accepté une mesure d'expertise. (Cass., 1^{re} ch., 28 avril 2006, note) ... 507
- I. Divorce pour cause de séparation de fait - Article 306 du Code civil - Renvolement de la présomption - Nature de la preuve contraire - II. Divorce pour cause de séparation de fait - Effets du jugement quant aux biens - Première demande en divorce - Inopérance d'une reprise de la vie commune avant la seconde demande. (Mons, 2^e ch., 23 mai 2006) 508
- Divorce pour cause de séparation de fait - Effets du jugement quant aux biens - Article 1278, alinéa 4, du Code judiciaire - Circonstances exceptionnelles - *Ratio legis*. (Mons, 17^e ch., 22 mai 2006) 510
- Contrats - Concession de vente exclusive - Règlement (CE) n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 - Caducité du contrat. (Comm. Bruxelles, 16^e ch., 28 mars 2006, observations de P. Kileste et C. Staudt) 510
- I. Bail - Résidence principale - Procédure - Conciliation préalable (article 1344septies) - II. Bail - Résidence principale - Prorogation pour circonstances exceptionnelles - Conditions - Formes - Non-respect - Conséquences. (J.P. Tournai, 2^e cant., 8 mars 2005) ... 512
- Chronique judiciaire : La vie du Palais - Correspondance - Coups de règle - Bibliographie - Justice : Pile ou face? - Dates retenues - Communiqué.

2006

501

pour autant reconnaître un pouvoir de disposition du sujet *sur* son corps.

Pourtant, dans la doctrine contemporaine, on a vu se développer des théories qui remettent en cause la mise hors commerce ou le principe d'indisponibilité du corps. Alors que Jean-Pierre Baud défend un véritable droit de propriété du sujet sur son corps dans le but de mieux protéger le sujet contre les atteintes qu'on lui porterait (3), Bertrand Lemennicier, adoptant une vue entièrement économiste, plaide pour la suppression du concept de personne et la mise intégrale sur le marché de tous les éléments du corps (4). Michelle Gobert, pour sa part, voit dans les pratiques biomédicales récentes la remise en cause *de facto* du principe de l'indisponibilité (5).

Pour évaluer convenablement la mutation proposée, deux distinctions s'imposent d'emblée : la première concerne la définition du commerce, la seconde, la finalité des éléments du corps mis en circulation.

Selon l'article 1128 du Code civil, « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». En d'autres termes, après avoir séparé rigoureusement la personne et la chose, le droit civil introduit une distinction supplémentaire entre les choses qui sont dans le commerce et celles qui ne le sont pas. Par exemple, un bien du domaine public ne se trouve pas dans le commerce et ne peut donc, à ce titre, faire l'objet d'une convention entre particuliers. Au moment où s'est posée la question de savoir si le corps humain pouvait, en tout ou en partie, faire l'objet d'une convention, les juristes ont déclaré la nullité d'une telle convention car son objet ne se trouvait pas dans le commerce (6). Ce faisant, ils ne voulaient pas dire que le corps serait une chose (fût-elle hors commerce) mais ils ont utilisé la catégorie juridique de la chose hors commerce pour défendre ce qui n'est pas une chose mais la personne elle-même.

Soulignons en outre que le « commerce » au sens civil du terme ne se confond pas avec son sens courant, strictement commercial. D'ordinaire, le commerce évoque une activité lucrative : des biens sont cédés en échange d'une contrepartie financière. Pour le civiliste, le commerce désigne l'espace du transfert des biens effectué à titre onéreux sans doute, mais aussi à titre gratuit. En d'autres termes, lorsque l'article 1128 du Code civil n'autorise les conventions que si elles portent sur un objet dans le commerce, il ne fait pas seulement allusion aux échanges monnayables mais encore aux donations mues par une intention libérale. Une convention ne

peut dès lors être validée par le droit que si son objet est susceptible d'être mis en circulation, même à titre gratuit. En d'autres termes encore, la gratuité ne justifie pas n'importe quelle transaction; cette gratuité ne peut éluder la vérification qu'impose le Code civil quant à la possibilité pour l'objet de cette transaction d'être mis dans le « commerce » au sens juridique du terme. Dans la matière qui nous occupe, une double question se pose donc à propos de la « commercialisation » : 1. le corps (ou telle partie du corps) peut-il faire l'objet d'une convention à titre gratuit (entrant ainsi dans le « commerce » au sens juridique)? 2. Le corps (ou telle partie du corps) peut-il être cédé contre rémunération (entrant ainsi dans le « commerce » au sens courant du terme)?

L'autre distinction annoncée touche la finalité des éléments prélevés : s'agit-il de restaurer l'intégrité d'un patient en lui fournissant par greffe, transfusion, ou de toute autre manière, les cellules *somatiques* d'un tiers, ou s'agit-il d'exaucer le projet parental d'un couple (ou d'un individu) par une manipulation de cellules *germinales*? Une telle distinction est fondamentale puisque, dans tous les domaines de la procréation médicalement assistée (don d'ovocytes, don de sperme, mère porteuse, etc.), la réflexion ne doit pas seulement porter sur le statut du corps humain mais encore, et plus fondamentalement sans doute, sur l'éthique engagée dans la mise au monde d'un enfant. Le sujet en tout cas touche aussi le droit de la famille et pas seulement le statut juridique du corps humain. On ne peut donc appliquer aux cellules germinales les dispositions prévues pour régir le transfert des cellules somatiques comme si n'existait pas entre elles cette cruciale différence.

On ne s'attardera pas ici sur la thèse selon laquelle les cellules germinales ne devraient tout simplement pas être mises en circulation (dans le commerce au sens civil du terme), *a fortiori* pas être cédées contre paiement, afin que soit respectée l'unicité du lien procréateur entre l'homme et la femme. (7) On voudrait plutôt déployer davantage les raisons qui justifient le maintien du principe de la non-commercialisation du corps : si des organes ou tissus d'un être humain doivent être transférés à un autre être humain, la gratuité doit rester la règle. Le corps humain manifeste en effet l'objectivité de la subjectivité de la personne. A ce titre, il est certes susceptible d'être manipulé, objectif, vendu. Mais l'enjeu de la morale et du droit ne consiste-t-il pas à défendre, dans cette objectivité même, le sujet qui s'y livre? Si les juristes classiques défendent la non-dissociation du sujet et de son corps, c'est parce qu'ils perçoivent la condition éminemment subjective de l'objectivité corporelle.

(3) Jean-Pierre Baud, *L'affaire de la main volée; une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993.

(4) Bertrand Lemennicier, « Le corps humain, propriété de l'Etat ou propriété de soi? », *Droits, revue française de théorie juridique*, n° 13, 1991, p. 111.

(5) Michelle Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *R.T.D.C.*, 1992, p. 489.

(6) La nullité de la convention peut aussi être prononcée pour illicéité car si l'objet d'une convention valide doit se trouver dans le commerce, sa cause doit en outre être licite (Code civil, article 1131).

(7) On sait que la proposition de loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons numérotés et des gamètes, déposée par Mme Defraigne, M. Vankrunkelsven, Mme De Roeck, M. Mahoux et Mme Durant (*Doc. parl., Sénat*, 2004-2005, n° 3-1440/1) et actuellement transmise par le Sénat à la Chambre ne va manifestement pas dans ce sens-là.

LA DIGNITÉ, FRAGILE REMPART DE LA LIBERTÉ

Comment défendre le principe selon lequel le corps ne peut être considéré comme une chose susceptible d'entrer dans un patrimoine et donc d'être cédé contre rémunération sinon en invoquant la dignité du sujet, si lié à son corps qu'il « fait corps » avec lui? Mais cette invocation rencontre de plus en plus la mise en question.

Pour faire admettre la compatibilité entre la dignité humaine et la commercialisation du corps, on invoque d'abord la confusion du concept de dignité (qui ne pourrait donc empêcher, vu son flou, quelque commerce que ce soit), ensuite son équivalence pratique avec l'autonomie (qui permet alors d'emblée la mise en commerce), enfin et en corollaire, l'incompétence de la loi à se substituer au jugement personnel en cette matière.

A propos de la première critique, on se demandera s'il n'est pas assez normal que la notion de dignité apparaisse comme confuse dans la mesure où elle désigne la qualité même du sujet humain en tant qu'humain vis-à-vis de lui-même et vis-à-vis d'autrui (8). Il s'agit d'une valeur tellement essentielle qu'elle fonde tout le reste. Tout le droit, finalement, s'appuie sur cette dignité-là (9). Le premier considérant du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) évoque la dignité « inhérente à tous les membres de la famille humaine ». « Inhérente », la dignité n'est-elle donc pas, pour cette raison, aussi difficile à cerner que l'humain lui-même? Peut-être alors se montre-t-elle mieux en son contraire? Dans ce cas, on citerait les traitements inhumains et dégradants qu'évoque l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (1950), et tous les traitements indignes que l'être humain est capable d'infliger à ses semblables. La dignité se confond tellement avec la personne humaine elle-même qu'il est probablement plus facile de désigner l'indignité dans les pratiques qui soulèvent le cœur que la dignité dans celles qui paraissent normales (10).

(8) Voy. là-dessus, J. Fierens, « La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, p. 577.

(9) Citons ici, pour son poids historique l'article 1^{er} de la *Grundgesetz* allemande (1949) : selon l'alinéa 1^{er}, « La dignité de l'homme est intangible. Tout pouvoir public est tenu de la respecter et de la protéger »; l'alinéa 2 en tire la conclusion : « En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'homme des droits inviolables et imprescriptibles comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde ».

(10) Pour un exemple d'horreur, on lira l'article de Muriel Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », paru dans le *Dalloz* du 1^{er} décembre 2005, chronique p. 2973, et commentant un récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu sur recours de deux prévenus belges, un médecin et un magistrat, condamnés pour actes sadiques sur la personne de l'épouse du premier prévenu (C.E.D.H., 1^{re} section, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*).

A propos de la deuxième critique, on remarque que la doctrine libérale ramène volontiers la dignité humaine à l'autonomie. L'homme ne se définit-il pas, en effet, par sa liberté? Il reste tout de même que l'équation dignité/autonomie fait l'impasse sur une dimension fondamentale de l'existence humaine, mais la démonstration de cette réduction n'est pas aisée. Qu'est-ce donc qui « manquerait » à la liberté pour définir l'homme? Rien sans doute, mais à condition de donner à la liberté toute son ampleur corporelle et sociale. La liberté est donnée à elle-même en son corps par l'union d'un homme et d'une femme. La liberté n'a pas décidé elle-même de son statut humain, mais elle entre dans un monde culturel où elle est invitée d'emblée à se tenir à la hauteur de l'humanité dont elle fait partie. Là se joue la loi qui la protège, tel un rempart, et qui lui enjoint de rester ce qu'elle est, digne. Réduire la dignité à l'autonomie, n'est-ce pas tomber dans la tentation libérale qui veut penser le sujet sans corps et sans lien (sans le corps qui marque la dépendance au lien)? N'est-ce pas vouloir que le sujet se définisse lui-même par lui-même?

La question du rapport entre dignité et autonomie préoccupe, on le sait, les constitutionnalistes. Un ouvrage récent note que, en droit constitutionnel comparé, à propos des devoirs de protéger les droits fondamentaux, l'autonomie et la dignité ne constituent pas deux droits à opposer mais l'impératif de dignité, qui protège notre appartenance à l'humanité, doit parfois porter atteinte au droit à l'autonomie (11). L'affaire du lancer de nains en France reste un modèle à cet égard (12).

La démarche réflexive qui invite le sujet à comprendre que sa liberté est tenue par le respect de sa propre dignité — en l'occurrence, de ne pas vendre des tissus ou organes de son corps — rencontre cependant une rude objection : on la taxe de paternaliste ou de collectiviste.

Mais l'accusation n'évacue-t-elle pas l'idée même d'une référence commune à l'humanité de chacun des sujets? Or, quel serait encore le sens du droit si la loi ne pouvait donner aucun contenu à la dignité qui lie d'emblée les libertés? La question de l'épanouissement des personnes est évidemment centrale en éthique. Encore faut-il ne pas confondre cet épanouis-

sement avec la réalisation de n'importe quel désir. La psychologie livre ici un précieux enseignement. Renoncer à la toute-puissance du désir fait partie de l'accès du sujet à son humanité, en tout cas à la reconnaissance de l'altérité. Dans l'inconscient, chaque sujet a été frustré, paraît-il, de n'avoir pu reproduire le parcours sexuel d'Œdipe mais telle est aussi la rançon de son accès à la relation. Faudra-t-il par exemple, au nom de l'épanouissement des personnes, lever la prohibition de l'inceste (13)?

En regard de la sagesse qui admet la reconnaissance d'une norme pour délivrer la liberté du piège de ses propres désirs, une psychanalyste telle que Monette Vacquin n'hésite pas à voir dans les tendances bioéthiques actuelles une véritable haine du père, comme l'indiquent des propos récents : « La science veut tous les corps, de la naissance à la mort. Elle met à mal l'indisponibilité et brouille la distinction homme/chose. Alors que la science devrait être soumise au droit, les juristes abdiquent devant les revendications de la science. L'enregistrement des faits accomplis a évacué la référence à la morale. Or la neutralité, nécessité propre à la science, devient perversion au dehors. Il revient au droit de trancher mais il joue une rivalité mimétique avec l'exactitude scientifique. Cherchant plus loin, ne peut-on dire que les savants au plus point de la science sont au pied du mur de la haine : haine de la loi, car l'interdit n'aura jamais de raison scientifique. L'archaïque parle par la science mais nous manquons d'interprète. La profondeur de la haine se laisse dire au niveau non dit derrière l'amour verbeux de l'humanité » (14).

Après avoir laissé résonner le débat de fond entre la liberté du sujet (de vendre des éléments de son corps) et sa dignité (de ne pas le faire), il reste à mesurer les conséquences sociales de l'éventuel abandon du principe de non-commercialisation du corps humain.

3 DONNER À CHACUN LE SIEN

La raison invoquée pour justifier la mise en commerce du corps tient, on l'a dit, à la pénurie d'organes, tissus et autres cellules reproductrices. Peut-on supporter, demande-t-on, que le maintien d'un principe traditionnel aussi vieux que le droit romain prive des patients (ou des couples) d'un épanouissement que la médecine aurait pu leur offrir? N'y a-t-il pas là une injustice? Pour répondre à un tel reproche, il faut évoquer d'abord la valeur, puis le concept de pénurie, puis la loi du marché.

(13) La question n'est pas totalement déplacée. Elle peut en tout cas être posée à une société qui a déjà, au nom de l'épanouissement des personnes, réussi à faire disparaître la dualité sexuelle de l'institution du mariage (2003) et de la filiation (2006).

(14) Monette Vacquin au colloque organisé par l'Association « Le corps et son image » et tenu à Paris (palais du Luxembourg) le 20 juin 2005 sur « Le corps et la loi » (notes d'auditeur).

Il est indubitable qu'une interdiction contraire tel ou tel intérêt. Mais avant d'évacuer la norme, il faut se rappeler la valeur sur laquelle elle s'appuyait, et qui commandait, vu sa valeur précisément, le sacrifice des intérêts entravés. Sinon, c'est l'intérêt qui dictera la loi, foulant aux pieds les valeurs sur lesquelles s'appuyait la norme. Analogie : l'interdiction de la torture entraîne des conséquences pragmatiques négatives puisqu'elle prive les autorités militaires de précieux renseignements, retardant d'autant l'heureuse issue d'un conflit peut-être très meurtrier. Face à cette perte de chances, la dignité humaine du prisonnier doit être rappelée comme ce qui fait la loi en cette matière. Ce maintien du principe dit « théorique » malgré les conséquences dommageables qu'il entraîne fournit d'ailleurs un bon indice du degré de civilisation de la société qui s'y tient.

Le mot « pénurie » mérite d'être interrogé, de même que son lien avec l'injustice. On peut comprendre qu'un pays connaisse une pénurie d'eau potable ou de vaccins. Est-ce exactement de la même façon qu'on peut dire qu'il y a pénurie de reins ou de sperme ou encore (qu'on veuille bien pardonner l'expression!) pénurie d'utérus? Replaçant la question sur le terrain juridique, il ne serait pas inutile en tout cas de voir jusqu'où s'étendent les droits du sujet à qui « manqueraient » les biens convoités. L'article 23 de la Constitution belge garantit les droits économiques, sociaux et culturels dans le but que chacun exerce son droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. Ainsi sont garantis les droits au travail, à la sécurité sociale, au logement décent, etc. En ce contexte, on comprend que, dans nos pays, l'accès à l'eau potable ou à l'électricité fasse l'objet d'un droit. La protection de la santé constitue également un droit. Mais on voit, sur ce dernier exemple, combien sont difficiles à cerner les contours de la prérogative reconnue : il ne s'agit pas du droit (utopique) de ne pas être malade, mais du droit d'être soigné : jusqu'où? En tout cas pas jusqu'à l'atteinte à la dignité des tiers.

L'allégation d'injustice sociale à propos du corps humain appelle ainsi un sérieux discernement. Si l'on veut se mettre d'accord sur la définition classique de la vertu de justice comme la volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun le sien (*suum cuique tribuere*), il faut voir que la nature donne d'emblée à chacun un « sien » qu'il n'a pas choisi, et qui est son propre corps. La toute première justice consiste à garantir ce « propre » à chacun : droit à la vie et à l'intégrité physique (*right of life*), droit aux moyens de subsistance (*right of living*) (15). En dehors de cette justice fondamentale, il n'est franchement pas certain que l'on puisse parler d'injustice sociale pour qualifier la pénurie

(15) A l'entrée du camp de concentration de Buchenwald, la sinistre grille en fer forgé affiche la définition de la justice (*Jedem das Seine*), d'ailleurs lisible non de l'extérieur mais, par les prisonniers, de l'intérieur du camp. Quand on sait que c'est dans ce camp aussi que se sont multipliées d'odieuses expériences médicales sur les détenus, on mesure la cruauté du rappel. Redisons-le : la toute première justice consiste à garantir à chacun l'intégrité de son soi corporel.

(11) M. Verdussen, S. Depré et Th. Bombois, « Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé » in H. Dumont, F. Ost et S. Van Droogenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 282.

(12) Voy. l'arrêt du Conseil d'État français, daté du 27 octobre 1995, en cause de commune de Morsang-sur-Orge (*Dalloz-Sirey*, 1996, Jur., p. 177, note G. Lebreton) : « L'attraction de lancer de nain consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération ».

créée, à propos des corps, par la conjugaison du désir individuel et du progrès scientifique.

Alors que le maintien du principe de non-commercialisation du corps humain garde cette valeur fondamentale de laisser à chacun le sien, son abandon risque, au contraire, de créer une profonde inégalité en appliquant purement et simplement aux éléments du corps humain la loi du marché (16). Car le marché comme tel, livré à lui-même, ne supprime pas la disparité mais, au contraire, la renforce. A la suite de R. Merton, H. Deleeck parle à ce sujet de l'effet Matthieu : « A celui qui a, on donnera, à celui qui n'a pas, on retirera même ce qu'il a » (17). Qu'a donc le pauvre qu'il n'aura plus? Son corps. Ce n'est pas le corps des riches, en effet, qui sera vendu pour servir les intérêts des pauvres, mais l'inverse. L'injustice sociale sortira donc renforcée et non corrigée par la mise du corps en commerce. (18)

Mais, dira-t-on en deux dernières instances, de tels trafics existent déjà, et puis, une régulation publique est toujours possible.

La légalisation des trafics actuels assainirait-elle la situation? En réalité, en quoi l'argument dépasserait-il le pur nominalisme? Sans doute le mot « trafic » connote-t-il l'illicéité, tandis que le mot « commerce » évoque l'honnête échange de biens, mais on ne voit pas comment le changement d'étiquette augmenterait la moralité du comportement. Que les trafiquants se cachent pour se livrer à leurs pratiques illicites, c'est l'hommage obligé que le vice rend à la vertu. Mais que ces pratiques soient légalisées par une autorisation de commercialisation en bonne et due forme, c'est l'excès d'honneur que la vertu rendra au vice. Si le droit se réduit à la consécration du fait, on peut faire taire les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, et laisser tarir toutes les sources du droit, puisque le fait dictera désormais la loi. Loi dont on peut penser que, vu les

(16) Le précédent du travail est éclairant à cet égard. Le Code Napoléon ne contient que deux articles (articles 1780 et 1781) pour réglementer le louage d'ouvrage et d'industrie. Dans une matière où le corps est pourtant éminemment mis en jeu, ce « louage » a été régi par les lois du marché comme tous les autres biens. C'est que le Code civil de 1804, porté par la bourgeoisie, entendait fonder désormais la relation de travail sur l'échange de consentement des contractants égaux et libres. Il a fallu la puissance des luttes ouvrières et les communes épreuves de la guerre pour corriger les ravages que cette idéologie a provoqués.

(17) Cfr R. Merton, « The Mathew effect in science », *Science*, 159 (3810), 1968, pp. 56/63; H. Deleeck, « L'effet Mathieu : de la répartition inégale des biens et services collectifs », *Recherches sociologiques*, vol. IX, n° 3, Louvain-la-Neuve, 1978, pp. 301-326.

(18) Dans le même ordre d'idées, on s'interroge sur les ressorts qui conduisent notre société à invoquer l'épanouissement des personnes à propos de la commercialisation des éléments du corps humain. Tant qu'à faire, on aimerait qu'elle le fasse d'abord dans des domaines qui lui coûtent davantage, tels que l'accès des jeunes à l'emploi, l'humanisation du traitement pénitentiaire ou une meilleure attention à porter aux vieillards. Car le libéralisme qui néglige ces questions-là paraît quelque peu suspect lorsque, en la matière dite bioéthique, il se met subitement à vouloir « l'épanouissement des personnes » par une méthode qui confirme sa propre logique marchande.

rapports habituellement noués entre les puissants et les faibles, elle deviendra rapidement celle de la jungle. Dans la matière bioéthique, les juristes connaissent bien cette irritante politique du fait accompli, mais ils ne doivent pas se décourager pour la dénoncer chaque fois qu'elle est invoquée devant eux (19). Légaliser le trafic, c'est lui donner raison, et donc lui accorder une importance symbolique qu'il n'avait pas jusqu'ici.

Quant à la régulation, il est exact que, en soi, la puissance publique peut considérer que le contrôle du marché relève de ses attributions. N'en irait-il donc pas de même pour la circulation des éléments du corps humain?

Il faut cependant prendre en considération la situation actuelle de l'Etat qui reçoit de tous côtés les coups de boutoir que lui assènent les impératifs de la dérégulation. Or si, par l'effet de la légalisation, on passe, à propos du corps humain, d'une situation d'interdit, signifiée par l'indisponibilité du corps, à une situation de mise en commerce, on ne voit pas bien où l'Etat puiserait les forces d'imposer une régulation.

(19) Sur cette pratique, voy. par exemple, les contributions finales de Pierre Legendre et Alain Supiot dans M. Fabre-Magnan et Ph. Mouiller (éd.), *La génétique, science humaine*, Paris, éd. Bélin, coll. Débats, 2004, pp. 235 et s.

Il paraît en effet difficile d'afficher, dans le même mouvement, l'abdication devant les forces du marché et la prétention à les contenir. En fait de régulation, on craindra plutôt d'aboutir à la situation que Bertrand Lemennicier présente comme idéale (20) : chacun pourra vendre, supprimer, louer, prêter tout ou partie de son corps, gratuitement ou contre rémunération, pour quelque finalité que ce soit, à la seule condition de respecter la condition même de ce marché, à savoir l'égal droit de propriété des autres humains sur leur propre « machine biologique. » Objectiverait-on qu'une telle théorie risque de conduire les pauvres gens à épuiser leur corps dans le don d'organes ou de sang? B. Lemennicier répond qu'il ne voit pas par quelle autorité il retirerait aux pauvres le droit de gagner leur vie de cette manière-là.

Au moment où le Comité consultatif de bioéthique évalue actuellement l'intérêt de maintenir en notre ordre juridique le principe de la non-commercialisation du corps humain, voilà des propos utiles à méditer.

Xavier DIJON

Professeur aux F.U.N.D.P. de Namur

(20) B. Lemennicier, *op. cit.* (voy. note 4), p. 120.

2006

504

	Commission Université-Palais Université de Liège http://www.droit.ulg.ac.be/droit/CUP
	<h2>Les actions en cessation</h2> <p>Sous la coordination de Jean-François van DROOGHENBROECK, <i>professeur à l'U.C.L. et avocat honoraire</i></p> <p>4/2006 • Vol. 87 • 480 p. • 64,00 €</p> <p>L'ouvrage rassemble les contributions de : Christine DALCO, Véronique DELFORGE, Jacques ENGLEBERT, Jean HERVEG, Jean-François MICHEL, Didier PIRE, Bernard REMICHE, Xavier TATON, François TULKENS, Sophie UHLUG, Jean-François van DROOGHENBROECK, Sébastien van DROOGHENBROECK</p> <p>L'heure est aujourd'hui venue de tenter l'ébauche d'un droit commun du «comme en référé» et d'informer les praticiens des spécificités, tendances et derniers développements du régime de l'action en cessation instituée dans sa matière de prédilection.</p>
	<p>Informations et commandes</p> <p>LARCIER c/o De Boeck Services sprl • Fond Jean-Pâques 4 • B-1348 Louvain-la-Neuve ☎ (010) 48 25 00 • 📠 (010) 48 25 19 • commande@deboeckservices.com • www.larcier.com</p> <p>Pour plus d'informations sur cet ouvrage, consultez et commandez sur notre site : www.larcier.com</p>