

LE SUJET DE DROIT, LA PERSONNE ET LA NATURE

Sur la critique contemporaine du sujet de droit

Yan Thomas

Gallimard | « *Le Débat* »

1998/3 n° 100 | pages 85 à 107

ISSN 0246-2346

ISBN 9782070752928

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-le-debat-1998-3-page-85.htm>

Pour citer cet article :

Yan Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat* 1998/3 (n° 100), p. 85-107.
DOI 10.3917/deba.100.0085

Distribution électronique Cairn.info pour Gallimard.

© Gallimard. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Yan Thomas

Le sujet de droit, la personne et la nature

*Sur la critique contemporaine
du sujet de droit*

La question du sujet de droit est devenue franchement polémique. L'antimodernité concentre aujourd'hui sa critique sur une construction juridique très ancienne, pour lui faire porter la charge de tous les maux attribués à l'hypertrophie du sujet. De toutes parts, chez les juristes, chez les théoriciens du droit, chez certains philosophes aussi, pour ne pas parler de certains courants psychanalytiques, se multiplient les attaques contre la toute-puissance que le droit aurait attribuée, sous la catégorie moderne de sujet de droit, à l'individu maître de soi-même et de la nature.

Une idéologie nouvelle se dessine, très réactive pour ne pas dire réactionnaire, et qui, pêle-mêle, dénonce la technique, l'individu et le marché. Cette idéologie a toute une histoire. Elle se réfère souvent à Heidegger et utilise en France la critique de J. Ellul sur la technique et de M. Villey sur le droit subjectif moderne. Il n'est pas question ici d'entrer dans l'histoire de ces controverses purement doctrinales, qui, au

demeurant, sont assez bien connues. Mieux vaut évoquer le débat juridique lui-même, tel qu'il se dessine sur un terrain casuistique où l'argumentation est au service de la décision — où elle est contrainte par l'impératif de ses effets pratiques. Je me contenterai de présenter ici quelques-unes des questions juridiques contemporaines à propos desquelles se noue la polémique autour de l'idée dite moderne du sujet de droit et de celle, corollaire, de droit subjectif. J'essaierai, dans un second temps, de suggérer dans quelle mesure et en quoi le sujet juridiquement armé pour la maîtrise et la transformation de soi-même et du monde, et qui est en passe de réaliser cette maîtrise sur le terrain technique comme sur le terrain politique, s'inscrit dans notre plus ancienne tradition du droit. Elle y est beaucoup plus profondément inscrite que nous ne le croyons et que ne le croient particulièrement les contempteurs du droit naturel dit moderne.

Yan Thomas est spécialiste de l'histoire du droit romain. Il est notamment l'auteur de *Mommsen et l'« Isolierung » du droit. Rome, l'Allemagne et l'État* (Paris, De Boccard, 1984). *Le Débat* a déjà publié : « L'institution civile de la cité » (n° 74, mars-avril 1993).

La critique antimoderne

Les débats les plus vifs, aujourd'hui, chez les civilistes sont liés aux récents domaines que l'essor de certaines techniques offre à l'expansion de la maîtrise des sujets sur la nature et sur eux-mêmes, en tant qu'eux-mêmes seraient aussi l'œuvre de la nature. Les premières techniques visées sont celles qui transforment les conditions mêmes de la production ou de la reproduction de la vie, c'est-à-dire les biotechnologies. Des pans entiers du droit des personnes et du droit de la filiation sont, croit-on, directement atteints ou menacés à travers elles — surtout lorsque, ce qui est généralement le cas, ces techniques sont sollicitées et portées par un mouvement qui tend à se confondre avec celui du marché. On s'inquiète de ce qu'un certain nombre de principes généraux du droit semblent directement mis en cause : à commencer par celui de l'indisponibilité des personnes dont dérive l'indisponibilité du corps humain, réalisée à l'aide de la catégorie civile de l'inaliénable et du « hors commerce »¹ ; également l'indisponibilité des filiations, qui n'est qu'une extension du premier principe ; ou bien encore, autre cercle élargi de cet irréductible noyau d'interdit, l'indisponibilité du genre sexuel publiquement inscrit dans l'état civil et constitué, par conséquent, dans l'univers politique. Mais, bien au-delà, des zones entières d'institution sociale qui ne relevaient traditionnellement pas du droit sont aujourd'hui prises en charge par les juristes, dans l'urgence où certains d'entre eux pensent être d'avoir à lutter, avec les armes du droit, contre les dangers que les technologies du vivant font courir à la vie — à la vie entendue non pas au sens biologique, mais au

sens de vie juridiquement fondée et socialement organisée². Aux nouveaux défis que posent à cet ordre de la vie humaine les avancées récentes de la biotechnologie et de l'ingénierie génétique, certains répondent en énonçant des principes qui auraient eu de tout temps valeur de droit — par exemple, à propos du clonage, le principe du caractère nécessairement sexué, en droit, de la reproduction humaine, ou bien encore celui de la nécessaire singularité génétique, en droit, des sujets humains³. Parfois, ce sont des principes nouveaux que l'on croit découvrir pour interdire certaines pratiques du marché, tel le principe de la dignité humaine, dignité indisponible aux tiers comme au sujet lui-même⁴, sans prendre garde, d'abord, que la dignité est une très vieille catégorie juridique liée précisément à l'indisponibilité de certaines institutions politico-administratives (par exemple, la dignité de l'office ou la dignité de la couronne, indispo-

1. M.-A. Hermitte, « Le corps hors du commerce hors du marché », *Archives de philosophie du droit*, 1988, pp. 323-346 ; J.-C. Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français », *Les Cahiers de droit*, vol. 30, n°4, 1989, pp. 1011-1032 ; I. Couturier, « Remarques sur quelques choses hors du commerce », *Les Petites Affiches*, 6 septembre 1993, n° 107, pp. 7-12 ; 13 septembre 1993, n° 110, pp. 7-14 ; B. Oppetit, « Droit du commerce et valeurs non marchandes », *Mélanges P. Lalive*, 1993, pp. 309-319.

2. Sur ce concept de vie organisée, par opposition à la vie purement animale, ou « vie nue », voir G. Agamben, *Homo sacer*, trad. fr. Paris, 1996. L'opposition de *bios* et de *zoè* confère à la langue grecque, ici, valeur de paradigme. En revanche, l'expression prétendument romaine « instituer la vie » (*vitam instituere*), souvent utilisée par P. Legendre pour désigner le discours européen en ce qu'il fonde et fait loi, n'a strictement aucun écho en latin, et moins encore en droit romain : cette formule n'est attestée par aucun texte.

3. Voir l'excellente étude critique de M. Iacub, « Faut-il interdire le clonage humain ? », *La Mazarine*, n° 2, septembre 1997.

4. B. Edelman, « Le concept juridique d'humanité », dans *Le Droit, la médecine et l'être humain*, 1996, pp. 245-269 ; « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz*, 1997, p. 185 sq.

nibles à leur provisoire titulaire) ; mais sans prendre garde non plus que, à définir la dignité de la personne humaine comme cette part d'indisponible que chacun doit à son appartenance à l'humanité tout entière, l'on s'oblige, si l'on veut qu'une telle catégorie ait le moindre sens pratique, à définir précisément *cette part* : c'est-à-dire à tracer la limite qui sépare en chaque sujet sa dignité indisponible, qui relève de cette appartenance commune, et sa dignité individuelle, qui ne fait qu'un avec sa liberté, et dont il est maître de disposer. En d'autres termes, avant d'engager contre la technique et le marché le combat du droit au nom de la nature ou de la dignité humaines, il conviendrait de commencer par réfléchir aux difficultés — voire aux dangers — qu'il y a à conférer à cette nature et à cette dignité le sceau d'une sanction juridique. Pour opérer, le droit exige des qualifications rigoureuses sur lesquelles l'accord puisse se faire — des qualifications étroites et sûres, et non de vagues références, mots d'ordre favorisés pour les idéologues de tous les temps. Et puisqu'il s'agit ici de la nature humaine et que la nature est aujourd'hui redevenue à la mode, il n'est pas inutile de rappeler que l'expérience politique de la nature, du Moyen Âge aux tyrannies contemporaines, montre les extraordinaires dangers qu'une telle référence contient, sous la figure corollaire d'une contre-nature par référence à laquelle furent élaborées, en Occident, les plus terrifiantes constructions de l'absolutisme, à commencer par l'Inquisition, la torture et l'aveu⁵.

Mais l'essentiel n'est pas encore là. L'essentiel se trouve plutôt dans le fait qu'un certain nombre de juristes prennent prétexte de ce débat pour régler leur compte avec la catégorie du sujet de droit — catégorie qui serait actuellement pervertie, mais dont la perversion

serait virtuellement inscrite dans sa constitution même. Aux modes nouveaux d'appropriation de la nature — à commencer par la nature humaine de chaque sujet — correspondrait, dit-on de plus en plus fréquemment, une nouvelle conception, proprement démiurgique, du sujet de droit. La technique réaliserait l'omnipotence du désir de maîtrise, et cette réalisation même, dès lors qu'elle emprunterait l'instrument traditionnel du droit subjectif, donnerait capacité à un être dont tous les désirs, dont tous les fantasmes même, auraient désormais accès à la scène publique. Tel serait le nouveau sujet de droit : le sujet d'un désir illimité qui s'imposerait comme créance ; le sujet capable de réaliser ses appétits au seul titre d'une capacité juridique imprudemment introduite par la science juridique moderne⁶.

Du point de vue qui nous intéresse, la question des brevets industriels est exemplaire. Le brevet, comme chacun sait, est un titre de propriété sur les connaissances techniques. Il protège l'inventeur, à la manière dont la propriété protège celui qui possède en exclusivité une chose corporelle, soit que cette chose ait été fabriquée de main d'homme, soit qu'elle existe déjà dans la nature, même si certaines de ces choses de la nature, tels l'air, la mer, l'espace, etc., sont inappropriables parce que communes. Ce sont là des choses sans sujet, ou, si un sujet les maîtrise, celui-ci ne peut être que collectif : un État, voire, comme c'est le cas dans les trai-

5. Sur les effets politiques et surtout procéduraux de la référence à la nature et au droit naturel dans la tradition occidentale à partir du Moyen Âge, voir l'étude fondamentale de J. Chiffolleau, « *Contra naturam*. Pour une approche casuistique et procédurale de la nature médiévale », *Micrologus*, n° 4, 1996, pp. 265-312.

6. Voir par exemple B. Edelman, « Nature et sujet de droit », *Droits*, n° 1, 1985, pp. 125-142 ; « Sujet de droit et techno-science », *Archives de philosophie du droit*, 1989, t. 34, pp. 165-179.

tés sur l'Antarctique, sur les fonds marins ou sur l'espace, l'humanité tout entière, érigée alors en sujet de droit⁷. Or ce que protège le brevet, c'est spécifiquement ce qui n'existe pas déjà dans la nature. Il protège la nouveauté d'une activité inventive qui n'existe ni dans l'état antérieur de la technique, ni *a fortiori* dans la nature. De même que, dans l'univers physique, certaines choses sont traditionnellement inappropriables ou collectivement indivises (cette construction remonte au droit romain, avec ses catégories complémentaires de *res nullius* et de *res communes*), de même, dans l'univers technologique, est inappropriable et ne peut être protégé par un brevet ce qui, même découvert pour la première fois, existait déjà pour tous, par exemple les lois naturelles, ou les produits naturels. Cependant, comme l'a montré M.-A. Hermitte, la logique industrielle et celle du marché ont fini par forcer la nature elle-même à entrer dans le régime de la propriété marchande⁸. Première étape, les semences et ce qu'on appelle les obtentions végétales, qu'elles aient été créées ou simplement découvertes (loi de 1957). Deuxième étape, les organismes vivants⁹. D'abord, les bactéries, les micro-organismes vivants créés par l'homme (États-Unis, Cour suprême, affaire Chakrabarty, 1980). Ensuite, les animaux transgéniques, les organismes vivants multicellulaires dont le patrimoine génétique a été modifié (souris Myc House, 1988 ; brevet accordé en Europe à la souris oncogène, 1992). Troisième étape enfin, la nature humaine elle-même¹⁰. La découverte d'une cellule rarissime, prélevée sur la rate d'un malade américain, dont la lignée promettait d'immenses bénéfices, finit par être brevetée en 1984. Le procès californien porta, non sur le principe de la brevetabilité d'une cellule humaine, mais sur le partage des bénéfices entre

les laboratoires Sandoz qui l'avaient cultivée et M. Moore, le patient, propriétaire de son corps et de ses cellules, et titulaire, par conséquent, d'un droit d'exploitation économique sur soi-même¹¹.

D'autres exemples se prêtent mieux encore, apparemment, au diagnostic sévère d'un effondrement des limites sans lesquelles, croit-on, il n'est pas de sujet valablement institué. On peut évoquer les incidences de la biotechnologie sur la filiation et sur l'état des personnes. C'est là un domaine sensible, où la critique du sujet de droit et de la modernité dont on pense qu'il est le fruit se fait la plus radicale¹². En dehors même de l'irruption des biotechnologies sur la scène du droit, la loi de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse permet d'apprécier déjà ce qui inspire parfois nos contemporains à

7. M. Chemillier-Gendreau, « L'humanité peut-elle être un sujet de droit international ? », *Actes*, 1989, n° 76-68, pp. 14-18 ; A. Bekkouche, « La récupération du concept de patrimoine commun de l'humanité par les pays industriels », *Revue belge de droit international*, 20, 1987, pp. 124-137 ; M.-A. Hermitte, « La Convention sur la diversité biologique », *Annuaire français de droit international*, 38, 1992, p. 182.

8. M.-A. Hermitte, « Histoires juridiques extravagantes : le droit de la reproduction végétale », dans B. Edelman et M.-A. Hermitte (éd.), *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, 1988.

9. J.-C. Galloux, « La brevetabilité du vivant. Historique juridique », *Dossiers et brevets*, n° 2, p. 1 sq. ; M.-A. Hermitte, « L'animal à l'épreuve du brevet », dans *Natures, sciences, sociétés*, n° 4, 1994 ; B. Edelman, « Le droit et le vivant », *La Recherche*, n° 212, 1989, p. 966 sq. ; « Vers une approche juridique du vivant », *Dalloz*, 1980, p. 329 sq.

10. F. Bellivier, *Le Patrimoine génétique humain : étude juridique*, thèse, Paris, 1997.

11. *Moore v. Regents of California* : Cour suprême de Californie, 9 juillet 1990. Sur cette affaire, voir F. Bellivier, *op. cit.*, p. 136 sq. ; B. Edelman, « L'homme aux cellules d'or », *Dalloz*, 1989, chronique, pp. 225-230 ; G. Dworkin et I. Kennedy, « Human tissue : rights in the body and its parts », *Medical Law Review*, 1, 1993, p. 291 sq.

12. Quelques exemples : *L'Homme, la nature et le droit*, *op. cit.* ; J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme, de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, 1987 ; B. Edelman (éd.), *Le Droit, la médecine et l'être humain*, Paris, 1996.

mélanger droit subjectif et validation du désir du sujet. Certains commentateurs, et l'idée s'est maintenant répandue dans le public, prétendent que la loi a reconnu un droit subjectif de la femme sur son propre corps, droit au nom duquel elle est autorisée à mettre un terme à la vie qu'elle porte. Je ne fais pas allusion ici à la controverse sur l'état juridique de l'enfant à naître, qu'une loi de 1994 définit comme embryon et fœtus, sans que les étapes de son développement soient d'ailleurs déterminées dans la loi française¹³ ; et pas davantage au problème de sa qualification comme être humain, personne vivante, sujet humain potentiel, etc. Il n'est ici question que du droit reconnu à la mère. Lorsqu'on le voit analysé comme un droit subjectif que la femme exercerait sur son propre corps, l'esprit polémique l'emporte sur toute raison juridique. La loi, simplement, fait échapper la femme au code pénal, lorsqu'elle demande et obtient l'autorisation d'interrompre à certaines conditions sa grossesse. Cette immunité n'a rien à voir avec un droit subjectif. S'il s'agissait d'un droit subjectif, il serait la contrepartie d'une obligation, celle faite au médecin de répondre dans tous les cas à la demande de la femme¹⁴. Or ce n'est précisément pas le cas. La femme qui interrompt sa grossesse n'exerce aucun droit individuel privé, et moins encore un droit sur son propre corps. Elle adresse une demande à l'État, une demande qui transite par l'avis d'un médecin. Le modèle ici fallacieux du droit subjectif sert à suggérer que le législateur a fait triompher le désir du sujet et les avantages égoïstes de l'individu, comme s'il existait une affinité évidente et immédiate entre la construction du sujet juridique et l'existence psychique du sujet du désir. L'analyse n'est dans ce cas pas objective, elle est purement et simplement polémique.

Malheureusement, cet emportement contre les droits subjectifs empêche de voir bien d'autres dangers que ceux que l'on attribue faussement à la validation légale du désir. On ne prend pas garde à une tout autre évolution qui concerne plutôt la biopolitique : il s'agit du déplacement contemporain des limites en deçà desquelles la vie n'est plus protégée. Hier, le sacrifice humain frappait des êtres définis par leur inscription dans la sphère d'un pouvoir : pouvoir de vie et de mort du père sur ses enfants, du monarque sur ses sujets, sacrifice de la vie qu'exigeait l'amour patriotique. Aujourd'hui, c'est la faiblesse organique de certains êtres qui les voue à être naturellement sacrificiables — la faiblesse d'êtres situés aux confins de la vie. En amont, les embryons avant la naissance ; en aval, les mourants en coma dépassé, véritables réservoirs vivants d'organes depuis que les progrès réalisés dans la technique des greffes ont induit une nouvelle définition de la mort comme mort cérébrale. Ces transformations contemporaines n'ont pas leur intelligibilité dans le régime du sujet de droit. Elles doivent se comprendre dans le cadre d'une étude sur les rapports entre le pouvoir et la vie. Une telle étude ne peut être conduite que sur le long temps, et il n'y aurait aucun sens à saisir les enjeux humains de la biopolitique dans ses seules dernières manifestations.

Il faut écarter pareillement de l'analyse du sujet de droit les critiques portées contre la pratique sociale de la procréation médicalement assistée. Celle-ci ne s'appuie pas, contrairement à ce qui est si souvent avancé, sur un modèle de droit subjectif privé. Les parents qui désirent un

13. Contrairement aux autres droits européens, par exemple anglais.

14. D. Thouvenin, « Le droit aussi a ses limites », dans J. Testart (éd.), *Le Magasin des enfants*, Paris, 1990.

enfant n'ont strictement aucune créance à faire valoir à l'égard de quiconque. Ils s'adressent à l'État, qui recueille et accepte les demandes et prépare les conditions de la fécondation, de la gestation et de la naissance, à travers ses organismes publics. Le thème du désir d'enfant reconnu comme droit subjectif s'est répandu chez un certain nombre de psychanalystes frottés au droit ou de juristes frottés à la psychanalyse. On pourrait même ajouter, à l'adresse des partisans de l'institution, que la loi de juillet 1994, bien loin de faire droit au désir des sujets, institue un mode de filiation non biologique : un mode de filiation qui renoue, d'une certaine manière, avec l'ancien système où la paternité était fondée sur une présomption légale. Cette présomption est maintenant rendue irréfragable, au rebours d'une évolution récente qui tendait à rabattre la filiation sur la vérité biologique. Selon la loi de 1994, en effet, l'identité du donneur ne peut être recherchée. L'homme qui a accepté l'insémination de son épouse ou de sa compagne renonce par là même à toute action en contestation de paternité¹⁵.

Plus délicate est la question des transsexuels. De nombreuses législations européennes, depuis la Suède en 1972, font droit à leur demande de changement d'état civil. Parfois, le législateur va jusqu'à leur autoriser le mariage. En France, jusqu'à très récemment, les juges du fond admettaient un aménagement de l'état civil comme partie d'un protocole médical, lorsque les expertises établissaient la prévalence du sexe psychologique sur le sexe physiologique de naissance. La Cour de cassation, cependant, déclarait de telles demandes non recevables, en raison de l'indisponibilité de l'état des personnes. Le raisonnement de la Cour se fondait sur l'idée que la personne ne dispose pas de ce qui lui est assigné de l'exté-

rieur d'elle-même : sa filiation et son identité sexuelle¹⁶. Une telle assignation, inscrite dans le corps, est indissociable du statut inaliénable de sujet de droit¹⁷. Au nom de ce même principe d'indisponibilité des filiations, on a pu condamner puis légalement interdire la location d'utérus, c'est-à-dire la pratique des mères porteuses. Cette pratique dissocie d'abord les deux maternités génétique et gestatrice, lorsque l'utérus loué porte l'œuf de la cocontractante, œuf fécondé par un spermatozoïde du mari ou du compagnon de celle-ci, voire par le spermatozoïde d'un tiers donneur ; mais, plus fondamentalement encore, elle contractualise le lien de filiation, puisque celle que jusqu'alors le droit reconnaissait comme la mère, en ce qu'elle avait porté l'enfant et l'avait fait naître, s'engage contre argent à renoncer à sa maternité à l'égard de l'enfant à naître. Si cette opération était validée, comme c'est le cas aux États-Unis, alors un contrat aurait pour effet d'abolir une filiation légalement instituée, sans lui laisser aucune trace¹⁸.

C'est précisément la trace écrite sur l'état civil, c'est l'origine de sa filiation que le sujet transsexuel demande à voir à jamais effacée, sauf peut-être de la mémoire et de l'expérience subjective des autres, que nul en droit ne peut contrôler. Or la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a fini par imposer cette solution, en faisant prévaloir sur l'assignation d'une identité juridique indisponible le

15. Loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, art. 10 = Code civil, art. 311, 19-20.

16. Cass. Civ., 31 mars 1987, *Dalloz*, 1987, chronique, p. 446 ; voir S. Gobert, *Jurisclasseur périodique*, 1988, 3361, et 1990, 3475.

17. D. Salas, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, Paris, 1994.

18. Cass. 1^o Civ., 13 décembre 1990, *Dalloz*, 1990, chronique, p. 273, Rapport Massip et Cass., 3 mai 1991.

droit pour chaque sujet de se façonner lui-même et de voir reconnaître publiquement une identité correspondant à l'intime conviction qu'il en a — pour autant, et cette réserve est d'importance, que l'apparence la rende crédible aux autres¹⁹. Les Européens, cela n'est pas niable, sont en passe de bouleverser ici les fondements identitaires qui sont le présupposé juridique — juridique en ce qu'il est accueilli comme tel par le droit — de l'institution classique du sujet. Plus exactement, l'identité généalogique et sexuelle, l'identité historique et corporelle, antérieure et extérieure à la construction même du sujet qui vient se greffer sur elle et l'absorber en la reprenant à son compte, cette identité relève désormais d'une libre disposition de ce même sujet. Le droit d'autodisposition du sujet semble faire qu'est éradiquée l'identité au point qu'est habilité un changement non seulement du corps, du sexe et du nom, mais qu'est révisé aussi l'événement historique d'une naissance inscrite dans un genre sexuel. De sorte que la nature est transformée mais qu'en outre ce changement semble se doubler, par l'œuvre du droit, d'une négation de l'histoire. Car tel est bien ce qu'ont obtenu les transsexuels devant la Cour de Strasbourg : qu'un tel, né fils de tel et telle, est une telle, née fille des mêmes, ou l'inverse. En 1992, la Cour de cassation a dû s'aligner sur cette jurisprudence qui fait droit à l'épanouissement individuel²⁰. Elle l'a fait, certes, en s'appuyant sur la théorie de l'apparence, et non sur le droit du sujet à voir ratifier sa propre conviction subjective : ce qui permet sans doute de dire qu'elle évite de soumettre le droit au service thérapeutique du fantasme, contrairement à ce qu'avaient proposé à la Cour de Strasbourg certaines opinions dissidentes, comme celle du juge Martens²¹.

Cependant, le problème n'est pas plus ici qu'ailleurs celui du sujet lui-même. Il est exclusivement celui de l'objet des droits conférés aux individus constitués juridiquement comme sujets — comme points d'imputation des obligations et des droits que reconnaît l'ordre juridique. Il faut nous garder, une fois de plus, d'imaginer une liaison naturelle entre la conformation juridique de ce sujet, de cette personne, et l'expérience subjective des individus existants. Il faut résister à la propension du sens commun à confondre les deux registres entre lesquels se divise une même parole, une même demande. Rien n'obscurcit plus l'intelligence du droit que de mêler ces deux niveaux. Une chose est que l'identité que le transsexuel revendique correspond à son désir intime, voire à son fantasme, tout autre chose est le droit dont on l'autorise à se réclamer. Ce droit ne peut être qu'une cause d'action reconnue comme valide, à l'intérieur d'un ordre légal donné. Loin de se réduire aux déterminations subjectives particulières, il n'opère que parce qu'il est universel et abstrait, à l'intérieur d'un ordre légal donné. Il oblige chacun à formuler sa demande en termes impersonnels. Il ne se confond en aucun cas avec le désir de l'ayant droit. Si le désir de changer de sexe a pu être ici validé, c'est parce qu'il a été reformulé en droit au respect de la vie privée²² (je ne me préoccupe pas ici de savoir si l'appartenance sexuelle se réduit au domaine de la vie privée, ce qui m'apparaît insoutenable en

19. C.E.S.D.H., arrêt B/ France, Strasbourg, 25 mars 1992, Série A, n° 231 C.

20. Cass. plénière, 11 décembre 1992, *Bull. inf. Cour de Cassation*, n° 360, 1^{er} février 1993, concl. Jéol.

21. C.E.S.H.D., Gosey c/ Grande-Bretagne, Strasbourg, 27 septembre 1990, Série A, 184 ; voir l'analyse de cette décision et celle de l'opinion dissidente du juge Martens dans D. Salas, *Sujet de chair et sujet de droit*, *op. cit.*, p. 82 *sq.*

22. Cf. n. 20.

l'état actuel du droit). Par le détour de cette qualification, la question est déplacée. Elle est transportée hors désir. **Le droit refuse d'entrer dans les motivations purement subjectives. Il se contente d'admettre des titres généralisables et des causes censées être communes à tous, hors subjectivité.** Par l'effet de l'institution séparante, s'affirment à la fois un désir et un droit, mais l'organisation juridique les disjoint. En ce sens, **il est aussi absurde de parler de validation du désir à propos d'une demande d'identité fondée sur le droit au respect de la vie privée, qu'il serait absurde de parler de validation du désir des possédants à propos d'une demande fondée sur le droit de propriété.** Ou bien alors, il faudrait que nos psycho-juristes, si attentifs aux « limites » constitutives de la « structure logique » du sujet, nous expliquent en quoi le droit reconnu d'étendre ses possessions et ses héritages à l'infini, sans limite de valeur ni de durée, et d'amputer ainsi le monde d'une part croissante de sa valeur au détriment d'autrui, sert moins le fantasme de la toute-puissance que le droit reconnu aux transsexuels de changer leur propre corps et leur propre identité.

La subjectivation de la nature

Contre l'omnipotence d'un désir de maîtrise de la nature qui caractériserait le nouveau sujet de droit dans l'univers de la technique et du marché, de nombreux juristes, américains, allemands, français, proposent des réponses qui, curieusement, loin de déconstruire la catégorie juridique de sujet, ne font que l'affirmer et l'étendre. Ces juristes ne proposent rien de moins qu'instituer la nature elle-même en sujet

de droit. En 1972, un juriste américain a lancé l'idée : *Rights for Natural Objects*²³. Il s'agissait, en l'espèce, de définir devant la Cour suprême, pour une association de défense de la nature, un intérêt à agir, c'est-à-dire un droit subjectif, alors que la cour d'appel de Californie avait conclu à l'absence d'un préjudice personnel. L'on imagina par la suite des « crimes contre l'écosphère » sur le modèle des crimes contre l'humanité²⁴, ou bien encore des « veilles biologiques » exercées par des tuteurs représentant les droits des zones d'intérêt écologique tels les biotopes, érigés en sujets de droit, sujets incapables d'exercer eux-mêmes leurs droits, mais capables d'en jouir passivement, grâce au mécanisme de la représentation²⁵.

Passons sur le montage de la personnification, qui ne résout rien en lui-même, puisqu'il se réduit à une technique de la représentation : la nature serait-elle mieux protégée, personnifiée et représentée par des organes légalement institués, que laissée à son statut de chose, mais de chose protégée par un statut particulier, par hypothèse d'origine légale, lui aussi ? Les solutions qu'offre la technique du droit ne manquent pas, mais elles n'ont pas toutes la même portée idéologique. Personnifier les lieux ou certaines espèces de la nature, c'est — et tel est assurément le sens de ces propositions inspirées par la *deep ecology* — **instituer des sujets rivaux du sujet humain. C'est aussi refuser de se rendre à l'évidence que l'homme est au centre**

23. Ch. Stone, « Should trees have standing ? Toward legal rights for natural objects », *Southern California Law Review*, 1972.

24. S. Rowe, « Crimes against ecosphere », in R. Bradley et S. Duguid, *Environmental Ethics*, Simon Fraser University, Burnaby, 1988, vol. 2, pp. 89-102.

25. M.-A. Hermitte, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature » (1987), repris dans *L'Homme, la nature et le droit*, op. cit.

de l'univers, même lorsqu'il prétend le contraire. C'est refuser l'évidence de cet anthropocentrisme que Dominique Bourg appelle justement pratique en ce que, quels que soient nos pensées et nos discours, les valeurs que nous déclarons protéger n'existent que par l'acte même par lequel nous les déclarons être des valeurs²⁶. La nature instituée comme sujet ne l'est que par l'acte même de cette institution, qui est un acte humain. Bref, l'homme est au centre de la fiction selon laquelle la nature est sujet, tout autant qu'il l'est de la fiction contraire selon laquelle elle est objet. Entre ces deux fictions, la différence est idéologique.

Il est frappant de constater que le débat sur la personnification a pratiquement occulté toute solution alternative. On aurait pu imaginer, au contraire, de construire des régimes de protection sur le terrain plus sûr, du point de vue de l'anthropologie occidentale, de l'objectivation de la nature. On oublie un peu trop facilement que, très récemment encore, c'est au titre des choses que les personnes elles-mêmes étaient considérées comme indisponibles et inaliénables. Le Code civil ne mobilise dans l'échange marchand que les « choses qui sont dans le commerce » et en exclut celles qui n'y sont pas. Or ce n'est pas comme non-chose que la personne s'est trouvée juridiquement protégée, mais bien comme chose hors commerce. Dans cette catégorie, la jurisprudence inclut notamment les droits de la personnalité, les clientèles, le corps humain²⁷. Pour garantir aux personnes ou aux éléments de la personne d'être mis en dehors du circuit marchand, il a donc fallu les chosifier, et par ce détour les penser comme non-marchandises. Or cette démarche qu'on refuse aujourd'hui d'emprunter est de loin la plus orthodoxe et la plus conforme

aux structures permanentes de notre culture juridique. Le Code civil lui-même ne fait que prendre ici le relais d'une immémoriale tradition de *ius commune*, où la question de l'indisponibilité avait son siège exclusif dans le droit des choses. Seules étaient frappées d'incessibilité les « choses hors notre patrimoine », *extra nostrum patrimonium* — ou bien, selon une autre manière de dire, les « choses hors commerce », les *res quarum commercium non est*. Le « commerce » pris en ce sens visait d'ailleurs moins à proprement parler l'activité marchande que les opérations juridiques, aussi bien gratuites qu'onéreuses, susceptibles de faire passer une « chose » d'un patrimoine à un autre.

Pour verser les choses dans la sphère soustraite au commerce et les immobiliser dans un statut protégé, il n'était pas question de les affubler en personnes. Une telle opération, d'ailleurs, se serait mal prêtée au service que certains juristes contemporains attendent d'elle. Le subterfuge de la personnification (celle des successions jacentes en droit romain classique, celle des communautés humaines au Moyen Âge) ne servait traditionnellement pas à réserver, à sanctuariser choses ou gens dans un espace d'inaliénabilité, mais à instituer un point

26. D. Bourg, *L'Homme artifice*, Paris, 1996. Sur d'autres tentatives de protection de la nature sans recours à la personnification, voir F. Ost, *La Nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, 1995.

27. Code civil, art. 1128. Sur la protection juridique du corps au titre des choses, et sur les avantages que conférerait, en régime marchand, la qualification juridique de propriété pour régir les rapports de soi-même à son propre corps, voir les importantes réflexions de J.-P. Baud, *L'Affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993. En droit positif, l'affaire est entendue depuis la loi de 1994 relative au respect du corps humain : le corps est désormais constitutif de la personne et, comme tel, il est déclaré inviolable et hors valeur patrimoniale (loi 29 juillet 1994, art. 3 = Code civil, art. 16, al. 1, 5, 6, 7).

d'imputation des obligations et des droits, lorsque l'identité de leur titulaire était incertaine. Dans l'attente de l'acceptation d'une succession, il fallait bien éviter le flottement des biens suspendus entre un mort qui n'existait plus et un héritier qui n'existait pas encore : la succession elle-même tenait alors lieu de personne, solution établie dès le commencement du ⁱⁱⁱe siècle de notre ère. Dans une communauté, la question se posait de savoir si les biens communs étaient indivis entre habitants ou appartenaient à la communauté elle-même, considérée comme un tiers institué au-dessus des personnes ; cette question, fort débattue au Moyen Âge, était, comme on l'imagine, le siège d'intérêts politiques et économiques redoutablement concrets. Lorsque, dans la seconde moitié du ^{xiii}e siècle, s'imposa la solution d'une identité autonome des collectivités organisées en personnes, cette figure nouvelle d'une unité personnelle du collectif n'eut pas de portée ontologique, contrairement à ce qui se prétend trop souvent chez les historiens. Bien plus, ce montage ne répondait pas à un souci de substantialiser les entités considérées pour garantir leur inviolabilité, gagée sur leur existence réelle : d'autres moyens, liés au monopole de la violence légitime, suffisaient amplement à cet office. La personnification des collectivités était d'ordre purement technique et obéissait aux seules contraintes de l'imputation des obligations et des droits : pour sortir de l'indivision entre les membres d'une même communauté, il fallut ériger la communauté elle-même en personne. Chacun savait d'ailleurs qu'il s'agissait d'un artifice du droit. Le droit produit des mécanismes qu'il faut bien qualifier pour les insérer dans un tissu juridique connu. C'est ainsi qu'on utilisa, pour répondre à des problèmes nouveaux,

la traditionnelle catégorie juridique de la personne.

La personnification servait à imputer des droits, non à protéger des biens. Pour protéger, c'est plutôt à une sorte de « commerce » que le droit romain avait recours, à un commerce qui transportait les choses d'un statut à l'autre, sans qu'il fût nécessaire de les anthropomorphiser. Les biens que l'on voulait frapper d'une interdiction d'aliéner étaient transférés dans le domaine d'un autre sujet que leur propriétaire d'origine : ils étaient aliénés au profit par exemple des dieux (« choses sacrées ») ou de la cité (« choses publiques »), et s'inscrivaient ainsi dans une mouvance juridique stable, puisque les dieux comme les cités étaient considérés comme permanents. Les statuts que l'on forgeait au bénéfice de certains biens relevaient soit de la religion civile, soit du droit public : mais tous étaient également juridiques, puisqu'ils étaient l'effet d'une procédure de transfert de propriété. Ces choses n'étaient jamais ni « sacrées » ni « publiques » par essence — antique leçon qu'il n'est pas inutile de rappeler à ceux qui croient pouvoir faire échapper la nature au procédé des qualifications humaines, sous la forme proprement occidentale du droit. Pour qu'une chose soit sacrée, il fallait une consécration, et pour qu'elle soit publique, une décision politique d'appropriation : ce n'est pas la nature des choses qui était décisive, mais la décision prise en forme à leur sujet. Au Moyen Âge, la catégorie du « sacré », catégorie juridique au départ, sera certes profondément refondue dans le creuset de l'anthropologie chrétienne. Mais elle ne cessera pas pour autant de servir à des emplois institutionnels, liés à la forme d'une consécration ; elle continuera aussi d'être associée au régime de la chose publique avec laquelle, en de nouvelles configurations, elle

contribuera à composer des statuts particuliers²⁸. Ces choses enfin qu'aujourd'hui nous hésitons à appeler « choses » parce qu'elles appartiennent à la nature, et que certains voudraient personnifier pour les mieux protéger, revêtaient une condition juridique singulière : celle de « choses communes à tous les hommes », qui les rendait inappropriables à quiconque en particulier. Or cette catégorie ne présume pas moins que les précédentes une construction juridique : cette construction est rien de moins que celle d'une unité du genre humain²⁹.

Telles furent, depuis Rome jusqu'à l'Europe moderne, sur la base d'un droit latin reformulé dans le creuset du christianisme, les lignes majeures d'un régime qui reconnaissait aux « choses » certains statuts d'indisponibilité. À l'aide de ces statuts, les personnes elles aussi étaient éventuellement protégées : mais il fallait alors les objectiver comme choses. Il n'y a probablement pas d'autre sens à la proposition courante selon laquelle « la personne est inviolable et sacrée » : en culture laïque, cela signifie que la personne ne peut être la chose de personne d'autre que d'elle-même. La structure juridique fondamentale, dans la très longue durée, va jusqu'au Code civil, distingue choses et personnes et, parmi les choses, celles qui peuvent ou ne peuvent pas appartenir aux personnes privées. Mais toutes les choses relevaient d'une mouvance personnelle, fût-elle religieuse ou publique. Les « choses produites par la nature » n'échappaient pas à ce dispositif. Il s'agit même là d'une des hypothèses majeures où l'universalité des hommes prit très tôt, dès le droit romain antique, un sens institutionnel précis : la nature, dès lors, était chose de l'humanité. Or cette structure contraint à objectiver aussi ce qui, d'une personne, appartient soit à

autrui, soit à soi-même. Deux régimes sont pensables, mais pas trois. Ou bien la personne est objectivée par son appartenance à une autre instance qu'elle, par exemple par son appartenance à Dieu ou à l'État — tel fut le régime traditionnel de l'indisponibilité du corps des recrues militaires, de l'indisponibilité de sa propre vie avec l'interdiction du suicide, etc.³⁰ ; ou bien elle s'objective elle-même, ce qui fait du rapport à soi un rapport de personne à chose — tel est le régime libéral du corps qui n'appartient qu'au sujet lui-même, ou du travail, qui est un démembrement du corps que le sujet met à disposition d'autrui par contrat, etc. De cela, il faudrait que l'idéologie conservatrice qui s'observe aujourd'hui en droit, particulièrement chez les commentateurs français, tire les conclusions qui s'imposent. Lorsqu'on salue par exemple, à la suite d'une jurisprudence récente du Conseil d'État, l'avènement d'un nouveau concept juridique, celui d'une dignité humaine indisponible au sujet lui-même et par conséquent hors commerce³¹, il faut bien prendre acte en même temps de ce que, s'il ne revient plus au sujet d'une telle dignité de la définir lui-même et d'en faire l'usage qui lui convient, il faudra bien en contrepartie qu'une instance tierce, un législateur ou son interprète, objective à son tour cette dignité et définisse, au besoin contre la personne elle-même, la part qui en est indisponible (comme tel usage de son corps ou tel emploi de sa dignité, etc.). Il faudra bien que cette autorité dispose souverainement de l'indisponibilité de la personne et que, sans autre garantie que la

28. Voir, par exemple, E. Kantorowicz, « Christus-Fiscus », dans *Mourir pour la patrie*, Paris, 1984, pp. 60-73.

29. Voir *Digeste*, 1, 8, 2-5 ; 41, 1, 1-6 ; 41, 2, 1.

30. Voir M. Iacub, *Le Corps de la personne. Enquête juridique*, thèse, E. H. E. S. S., Paris, 1993.

31. Voir, par exemple, B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », art. cité.

position dans laquelle elle s'autoproclame d'être un tiers, à la manière des Églises, des monarchies ou des États patriotiques, elle exige de chacun, à son propre égard, un sacrifice de soi³².

Ce détour nous permet de mieux comprendre, à l'intérieur de notre propre culture, la signification de certains déplacements contemporains. Des objets passent d'un lieu juridique à l'autre — par exemple, l'on propose de faire passer la nature du statut d'objet à celui de sujet — et par ces déplacements, par simples glissements référentiels, plutôt que par invention de concepts nouveaux, la carte du droit se recompose et de nouvelles questions se formulent. Mais autant les juristes d'aujourd'hui sont libres — c'est même leur devoir — de proposer de nouveaux montages institutionnels pour donner sens et forme aux ruptures qu'introduit dans notre culture la généralisation de la technique et du marché et pour les intégrer dans un arsenal dogmatique plus ancien, afin de les mieux maîtriser, autant ils ne doivent pas être dupes du terrain sur lequel ils agissent, lorsque au titre du droit, ils introduisent des propositions hâtives, qui ne répondent à aucune nécessité technique. L'histoire du droit permet d'apprécier, d'un point de vue qui introduit quelque distance anthropologique à l'intérieur même de notre propre culture, à quel point il est difficile de puiser dans l'arsenal d'une tradition juridique dont le lent développement n'est pas suffisamment maîtrisé ; car alors nous n'avons plus affaire à une construction interprétative viable, mais à un vernis idéologique passager. En ce sens, la subjectivation de la nature est symptomatique d'une crise, sinon du sujet de droit, du moins de la compréhension qu'on en a. On confond trop souvent deux données bien distinctes. Le sujet réel, naturel, et le sujet artifi-

ciel, institué. Du sujet réel, naturel, du sujet humain en somme, on croit constater les excès — l'*hubris*, la démesure, l'appétit démiurgique de maîtrise du monde. Mais en même temps, et par un mouvement qui n'est en rien la suite nécessaire du premier, on impute ces mêmes excès au sujet artificiel, à l'abstraction du sujet de droit, c'est-à-dire, croit-on, à la modernité juridique. Dès lors, pour borner le champ d'action de ce sujet, on lui oppose, non pas simplement des interdits, mais d'autres sujets institués contre lui. On multiplie les sujets jusqu'à les imposer au monde de la nature, comme si le sujet de droit humain, par hypothèse immaîtrisable en ses désirs, ne pouvait trouver de limite que dans des sujets de droit rivaux. Il devrait être clair pourtant qu'aucun sujet de droit n'est comme tel le sujet concret d'aucun désir : il n'est rien de plus qu'une institution, qu'un artefact. On confond, ce qui est banal chez les juristes, construction juridique et réalité psychologique ou sociale. Dans un passé encore proche, il n'était pas rare de voir invoquer le désir de possession au fondement du droit de propriété, l'instinct sexuel au fondement du mariage, la jalousie au fondement de la famille monogamique et l'amour du géniteur pour sa progéniture au fondement de la puissance paternelle. Tous lieux communs mis à part, c'était confondre données psychologiques et élaborations institutionnelles. Cette confusion entretenue par le sens commun entre nature et droit trouvait d'ailleurs à s'appuyer sur une cul-

32. Sur les dangers qu'il y a à faire de la dignité des personnes une matière de l'ordre public, et sur les procédés d'interprétation à l'œuvre dans ce détournement de la notion, voir, à propos de l'arrêt de l'Assemblée du Conseil d'État du 7 octobre 1995, commune de Morsang-sur-Orge, O. Cayla, « Le coup d'État de droit ? », aux pages 108-133 de ce numéro.

ture jusnaturaliste ambiante, qui était et n'a cessé d'être dominante, notamment en France, où la théorie générale du droit est beaucoup moins développée que dans les autres nations occidentales. Aujourd'hui, la critique antimoderne du sujet institutionnel ne procède pas autrement, lorsqu'elle rabat le montage de l'individu, sous sa forme juridique abstraite de personne ou de sujet de droit (construction fort ancienne comme on le verra), sur une réalité contingente : celle du « sujet-roi » (expression aujourd'hui en vogue), sujet diabolique ou diabolisé, qui plie la technique et même le droit à ses désirs, voire à ses fantômes. Ceux qui mélangent ainsi les registres, passant, au gré des circonstances, du réel au construit, du juridique au psychologique et au social, sont d'ailleurs les premiers à s'emparer, au besoin, de cet instrument pour l'étendre au-delà de son substrat humain : catégorie mal pensée et dangereuse pour les hommes, elle serait protectrice pour les pélicans et les arbres.

L'artefact de la personne

D'un point de vue humaniste et d'un point de vue politique, on peut certes s'inquiéter de cette extraordinaire extension de la sphère de la marchandise, qui finit par comprendre les sujets mêmes de l'échange, pour autant que le corps du sujet participe du sujet lui-même, et pour autant que le corps organique soit d'une nature fondamentalement autre que ces démembrements du corps que sont, par exemple, l'effort physique et le travail — lesquels, comme on le sait, ont un statut de marchandise, et cela bien avant l'analyse qu'en ont donnée les économistes libéraux, dès le droit romain antique. On

peut s'inquiéter également de la mise en place d'un système de circulation des biens et des ressources qui ne laisse pratiquement aucune place, du moins en première analyse, à ce point fixe, à cet inamovible inéchangeable dont Maurice Godelier vient de rappeler, dans son beau livre sur le don et l'échange, qu'il est un universel anthropologique³³. Dans la tradition juridique occidentale, ce point fixe a un nom : il s'appelle « hors commerce », il s'appelle « inaliénabilité ».

Mais le sujet de droit était construit bien avant cette extension de sa maîtrise et, surtout, ces nouveaux objets de sa maîtrise n'affectent pas, à mon sens, la forme classique de ce montage institutionnel. On ne peut en effet, sauf à psychologiser indûment les constructions juridiques, faire du sujet de droit le sujet d'un désir dont la demande aurait pour nom « créance » et dont la satisfaction aurait pour nom « droit subjectif ». Trop souvent, les historiens de la pensée, voire les juristes eux-mêmes, voient dans cette idée d'un sujet premier, autonome et tout-puissant une forme juridique apparue pour les uns au xvii^e siècle avec Descartes, pour les autres au xiv^e, avec le nominalisme.

Or les choses ne sont pas aussi simples. Certes, il est vrai que l'emploi du syntagme *subiectum iuris* pour dire l'équivalent de ce qu'on désignait traditionnellement sous le nom de « personne » ne s'emploie guère avant le xvii^e siècle. Il est vrai aussi que, prise en ce sens, l'expression « sujet de droit » connaît chez les auteurs modernes du droit naturel un renversement de sens par rapport à ses emplois traditionnels. Dans la scolastique, et jusque chez les juristes humanistes du [xvi^e] siècle, *subiectum iuris* renvoie à la sphère objective de ce qui est

33. M. Godelier, *L'Énigme du don*, Paris, 1996.

soumis au débat, et signifie le plus souvent la controverse, voire la notion juridique. Au xvii^e siècle, il s'agit au contraire du sujet qui déploie librement sa volonté et réalise unilatéralement son autonomie par l'appropriation des choses extérieures selon les deux modalités du droit subjectif, le droit réel et le droit personnel : possession et propriété d'un côté, contrat et obligation de l'autre. En outre, toujours aux xvii^e et xviii^e siècles, les droits dont le sujet est le pivot sont considérés comme premiers par rapport à la norme objective, qui se borne à les valider. Ils ne sont pas la contrepartie de la loi, l'effet d'une habilitation de l'ordre juridique. Comme chacun sait, la fiction politique du contrat social sert à réaliser imaginairement la synthèse entre la sphère purement subjective des droits *a priori* et l'existence des lois, des normes conçues comme posées *a posteriori*.

Mais le droit subjectif pris en ce sens est un artefact, non du droit lui-même, mais d'une idéologie récente du droit. « Sujet de droit », notons-le pour commencer, a une acception purement doctrinale et n'a jamais supplanté le mot « personne », qui est resté le mot technique que seul connaît par exemple le Code civil, et que seuls connaissent encore les civilistes, en dehors de l'exercice ornemental des introductions générales au droit. « Personne » est, en revanche, un artefact technique, un artefact dont l'histoire reste entièrement à écrire, en dehors des lieux communs habituels sur le masque, le rôle, l'acteur, auxquels on se réfère ordinairement pour signifier que la personne juridique est un double du sujet réel. Il est bien connu qu'on appelait *persona*, dans le latin archaïque et classique, non pas l'acteur, mais le rôle et le masque — autrement dit, tout à la fois le signe qui représente et l'action qui est représentée. D'où ces expressions, propres à la

langue du théâtre : « tenir un rôle » (*personam sustinere*), « assumer un rôle » (*personam gerere*), voire « tenir sa place dans un rôle » (*personae vicem gerere*). Or toutes ces expressions passèrent très tôt dans la langue du droit. Dans le droit, comme dans l'art dramatique, tel ou tel acteur, sujet concret, tient, assume ou prend la place d'un personnage auquel il ne se réduit pas lui-même. Le sujet est double : il est lui-même, plus la fonction que la loi lui assigne ; et c'est dans la mesure où un sujet est investi d'une telle fonction qu'il est précisément appelé personne — personne du père de famille, personne de l'esclave, personne de citoyen, etc. Cependant, les pratiques institutionnelles ne se bornent pas ici à reproduire métaphoriquement la catégorie théâtrale de la personne. En dramaturgie, les choses sont relativement simples. Un acteur porteur de masque tient un rôle et représente un personnage : *personam gerit*. Par ce doublement sont mis en contact, en contiguïté, le représentant (l'acteur) et le représenté (le personnage). Mais ces deux sujets, l'un réel et l'autre fictif, ont l'un et l'autre en commun d'être des sujets également individuels : la « personne » est un individu au même titre que l'acteur qui l'incarne. Or il en va tout autrement en droit, dont les opérations sont infiniment plus complexes. En droit romain, un même individu concret peut assumer à lui seul plusieurs personnes. Plusieurs individus concrets, à l'inverse, peuvent avoir une seule personne pour support. Telle qu'elle est constituée en droit, la personne est une fonction abstraite, un contenant qui se prête à toutes sortes de contenus.

Pour bien le faire comprendre, il n'est pas inutile d'offrir au lecteur quelques exemples tirés de la casuistique patrimoniale, où cette construction trouve son plein développement. Voici deux maîtres, A et B. Chacun est à la tête

d'un patrimoine et détient à ce titre un esclave, (a) et (b). Ces esclaves gèrent les biens de leurs maîtres, passent contrat en leur nom, s'engagent en leur nom envers des tiers ou reçoivent en leur nom l'engagement de tiers, selon un mécanisme de représentation parfaite mis au point par le droit familial romain. Mais nos deux maîtres A et B sont en même temps copropriétaires d'un esclave commun. Que se passe-t-il si l'esclave commun (a'/b') adresse une promesse verbale à (b), esclave de B ? À quel titre l'acteur (a'/b'), séparé entre deux mouvances domestiques, partagé entre deux propriétés et scindé en deux statuts, a-t-il prononcé la formule de cet engagement ? Est-ce comme esclave (a') du maître A qu'il n'a pas en commun avec son cocontractant, l'esclave (b) ? Ou bien, est-ce comme esclave (b') du maître B qu'il partage avec son partenaire (b) ? Dans cette hypothèse, le maître ne devrait pas être engagé par la promesse faite par un de ses esclaves à un autre : nul, en effet, ne peut s'engager envers soi-même. Pour décomposer la question en ses termes juridiques élémentaires, il faut distinguer, dans le promettant (a'/b'), deux personnes : en lui se conjuguent la « personne de l'esclave de A » et la « personne de l'esclave de B ». Comme « personne de l'esclave de A », il engage, par la promesse faite à l'esclave (b'), son maître A envers B : l'énonciateur et l'adressataire de la promesse n'appartenant pas au même maître, ils constituent deux sujets distincts. Comme « personne de l'esclave de B », il ne peut en revanche engager, par la promesse faite au même esclave (b'), son maître envers soi-même : l'adressataire et l'énonciateur de la promesse relèvent du même *dominus* et constituent donc un seul sujet. Par cette construction complexe, la jurisprudence fonde une solution sûre, qui peut s'énoncer ainsi : la promesse faite

par l'esclave indivis à l'esclave de l'un des deux co-indivisaires engage celui de ses deux maîtres qui n'est pas en même temps bénéficiaire de cette promesse — qui n'a pas en même temps l'adressataire dans son domaine. En d'autres termes, l'un des deux titres entre lesquels l'esclave promettant se subdivise doit être absent à l'acte. Lorsqu'il promet à (b), l'esclave (a'/b') n'a de rôle à jouer que comme esclave de A : comme esclave de B, il n'en peut avoir aucun³⁴.

Le droit opère une véritable dissociation des sujets et des corps, pour composer des « personnes ». L'esclave commun, individu partagé entre deux maîtres, divisé entre deux patrimoines, prononce une seule promesse. Mais de sa seule bouche sortent deux paroles distinctes juridiquement : l'une engage le premier maître, l'autre n'engage pas le second. Ce que la nature réunit en un corps, en une bouche, en une voix, le droit le disjoint en deux formules juridiques distinctes et en deux personnes irréductibles. Voici, à l'inverse, plusieurs sujets réunis en une unique personne. Un testateur institue héritiers son fils et son petit-fils d'un côté, son ami de l'autre. Comment interpréter la volonté du testateur ? A-t-il voulu diviser son héritage en trois parts égales, destinées respectivement à son fils, à son petit-fils et à son ami ? ou bien a-t-il pensé diviser l'héritage en deux moitiés, l'une pour l'ensemble de ses deux descendants, l'autre pour son ami ? C'est la seconde solution qui prévaut car, dit le texte, qui enregistre ici la règle selon laquelle les fils de famille n'ont

34. Julien, *Digeste*, 45, 3, 1, 4 : « L'esclave commun tient la personne de deux esclaves (*communis servus duorum servorum personam sustinet*). Si mon propre esclave a reçu une promesse de la part d'un esclave qui nous est commun à toi et à moi, tout se passe, dans cette unique formule verbale, comme si deux promesses avaient été séparément prononcées, l'une qui se serait adressée à la personne de mon esclave, et l'autre qui se serait adressée à la personne du tien. »

aucune autonomie patrimoniale, « le père et le fils sont une seule personne ».

L'unité de la « personne » ne recouvre pas premièrement celle d'un sujet physique ou psychologique. Elle recouvre premièrement, en tout cas originellement, l'unité d'un patrimoine. Cette unité est d'ordre gestionnaire. On appelait finalement *persona*, en droit romain, le sujet de droit titulaire d'un patrimoine, et les agents (fils, esclaves) qu'il incluait et qui, par là, étaient habilités à le représenter juridiquement. Le critère de cohérence était dans les biens, ou plutôt dans leur mouvance juridique, qui faisait qu'une pluralité de biens était réduite à l'unité d'un même point d'imputation. Le droit reconnaissait autant de personnes que de patrimoines, plutôt que d'individus. D'où la possibilité pour un seul sujet de contenir plusieurs personnes, ou pour une seule personne de contenir plusieurs sujets. Un même individu, s'il se répartissait entre deux patrimoines, constituait deux personnes : tel l'esclave de deux maîtres. Plusieurs individus assignés à un même patrimoine étaient à l'inverse considérés ensemble comme formant une personne unique. Les esclaves d'un même maître constituaient en ce sens une personne. En ce sens aussi, l'adage selon lequel « un père et son fils sont une seule et même personne » n'avait rien de mystique. Il était purement juridique. De même encore, lorsque les biens étaient provisoirement sans maître, par exemple au moment d'une succession jacente. Ils constituaient dans leur unité encore une personne. Selon un adage répété à partir du II^e siècle, « la succession tient lieu de personne ». Tel est le premier exemple historique de la personnification, qui devait connaître un formidable avenir, à partir du Moyen Âge.

Pour les juristes médiévaux, cependant, le

cercle de la personne est rabattu sur le sujet humain concret. On ne saurait comprendre autrement le fait que, lorsque les commentateurs du *Corpus iuris civilis* veulent rendre compte des solutions romaines où l'on voit un seul individu, l'esclave commun, être constitué de deux personnes, ils doivent traduire cette proposition pour eux étrange en une formule où, tout au contraire, l'accent est mis sur la nécessaire adéquation de la personne et de l'individu. Balde et Bartole expliquent que, dans cette hypothèse, « l'esclave commun représente ses deux maîtres ». Là où le texte antique, pour signifier l'unité juridique que l'esclave formait avec son maître, incluait deux entités personnelles en un même sujet, le commentaire médiéval postule au contraire l'inconfondable singularité de chacune de ces entités, confondues désormais avec les sujets eux-mêmes. Mais, pour rendre compte de ce qui les identifie juridiquement l'une à l'autre, il a recours à la catégorie de la représentation. Il fait de la représentation un instrument de liaison de ces personnes. L'un agit pour le compte de l'autre, plutôt qu'il n'est confondu avec lui, et assure ainsi la quasi-présence de l'autre, plutôt qu'il ne la contient. La représentation sauve le principe de l'unicité des personnes. Tout se passe ainsi comme si, s'agissant du commerce juridique entre les hommes, il était devenu pratiquement impossible, au Moyen Âge, d'imaginer d'autres personnes que concrètes et charnellement humaines.

C'est pourquoi, sans doute, l'adage romain qui voulait que « la succession remplisse l'office de la personne du défunt » ou « l'office d'une personne » fut modifié de manière à éviter de personnifier le monde des objets. Selon la formule antique, l'universalité des biens successoraux était non seulement personnifiée, mais elle

occupait provisoirement aussi le siège du mort : sa fonction (*fungitur*) était de remplacer le mort dans son rôle, dans sa « personne » (*vice personae*) de maître des biens. Il n'y avait pas plus de difficulté, en droit romain, à considérer les biens comme personne du défunt qu'à intégrer l'esclave à la personne du maître ou le fils à la personne du père : la personne était une unité abstraite et, par conséquent, extensible. Or cette formule fut remplacée par celle, moins ambiguë du point de vue de l'individualité des personnes, selon laquelle, désormais, « la succession *représente* la personne du mort ». Grâce à la représentation, une fois de plus, les glossateurs et les commentateurs, d'Accurse à Jacques de Révigny, de Jean de Imola à Bartole, évitent d'unifier des contenus hétérogènes, comme choses et gens, sous l'enseigne commune de la personne. Ils s'efforcent tout au contraire de construire un lien entre des éléments pensés comme naturellement disjoints. Entre le mort et la succession, nul amalgame : leur unité opère par la fiction selon laquelle celle-là, présente, remplace celui-ci, absent. La permutation de l'absence et de la présence assure la solidarité fonctionnelle de deux pôles rigoureusement maintenus à distance l'un de l'autre.

De la même manière, lorsqu'ils consentent à reconnaître que plusieurs individus puissent constituer une seule personne, hypothèse liée au développement de la personnalité morale des communautés religieuses ou politiques, les médiévaux s'empressent de noter qu'un tel effet ne vaut que par fiction. Il est bien connu que l'idée de personne fictive fut d'abord formulée par Innocent IV, au XIII^e siècle. Mais on n'a pas suffisamment prêté attention au moyen linguistique employé à cette intention. Le grand pape canoniste s'est contenté de passer d'un mot à l'autre en changeant une lettre : le verbe utilisé

par les textes juridiques romains pour conférer à la succession le rôle provisoire du mort, *fungor* (« faire office de »), est régulièrement par lui transformé en *fungor* (« feindre »). Dès lors, les biens ne tiennent plus lieu des morts, mais on fait comme s'ils en tenaient lieu. Dès lors, la fonction se déplace en fiction. Dès lors, les biens (ou tout autre support) simulent la « personne » plutôt qu'ils ne l'assument. La personnalité morale est au Moyen Âge le lieu par excellence où les juristes opposent le « vrai » et le « fictif », le « vrai » et le « représentatif », et où le « représentatif » se cumule avec le « fictif » pour signifier la nature proprement artificielle de toute unité sociale dotée d'une individualité juridique. Innocent IV et d'autres à sa suite relèvent encore que les collectivités religieuses ou politiques « sont des noms de droit et non des noms de personnes », opposant ainsi l'appellation des abstractions juridiques à la désignation des êtres singuliers. De cette manière, la personne proprement dite, la « vraie personne » peut être envisagée comme régulièrement et naturellement individuelle, au rebours de la tradition romaine où la pertinence d'une telle qualification juridique était moins étroitement liée à la réalité de son substrat.

Persona est au départ un double — un double dont la constitution complexe se saisit essentiellement dans la casuistique du droit patrimonial et successoral. Contient l'idée d'un double également le *subiectum iuris*, qui désigne le sujet en tant que support d'un droit : ce support est institué par l'ordre juridique lui-même. Ce double peut certes donner corps à des ensembles de personnes ou de choses, mais l'on en dit généralement alors, depuis le Moyen Âge, qu'il est faux ou fictif ou bien, ce qui revient au même, qu'il n'est que juridique. Mais il n'en reste pas moins un double lorsque l'unité consi-

dérée est celle de la personne physique : en aucun cas, la personne ne se confond avec l'individu naturel qu'elle recouvre. Cette autonomie apparaît le plus nettement en droit romain, comme on l'a vu. Mais elle subsiste encore en droit médiéval où, dans un contexte imprégné de théologie, la « personne vraie » garde, en tant que personne, sa nature d'unité morale, dégagée ou non de l'individu empirique³⁵. Elle est maintenue quasiment intacte par le droit moderne, qui a pourtant inventé la catégorie de personne physique. L'artifice est ici poussé jusqu'à ce point que le corps, paradoxalement, reste entièrement étranger à la définition de cette personne, du moins jusqu'à une législation récente de 1994, introduite dans l'article 16 du Code civil. De nombreux juristes pourtant, à commencer par Jean Carbonnier, n'en écrivent pas moins que la personne, ou le sujet de droit, n'est autre que l'individu humain lui-même, dans sa réalité naturelle première³⁶. Cette vue naturaliste des choses me paraît contraire à tout ce qu'enseigne la tradition juridique occidentale. Et elle me paraît expliquer en outre la raison pour laquelle, aujourd'hui, certains ont le sentiment qu'apparaît un sujet de droit d'un type nouveau, un sujet dont les désirs illimités sont validés comme créances à faire valoir contre la nature, voire contre soi-même. Bref, un sujet psychologique et social, auquel le droit donnerait forme.

En réalité, l'idée même de droit subjectif est source d'erreur dans l'analyse. Elle laisse croire que le droit considère que ce sujet existe naturellement, alors que ce qui existe en droit, comme l'a amplement démontré Kelsen, c'est un ensemble de normes qui imposent aux individus régis par un ordre juridique donné des obligations, lesquelles ont pour contrepartie des droits subjectifs — tout droit subjectif étant le

corollaire d'une obligation juridique³⁷. La personne sujet de droits et d'obligations n'est pas l'être humain concret, avec ses caractères physiques et psychiques propres : elle est une abstraction de l'ordre juridique, un point d'imputation personnalisé des règles juridiques qui gouvernent cet être humain. La personne a, bien entendu, généralement un individu pour substrat, mais elle peut aussi bien en avoir plusieurs, comme le montre l'exemple de la personne dite morale. Elle peut même n'en avoir aucun, comme le montre la théorie juridique de l'absence, qui suppose que des morts puissent être vivants et sujets de droit. N'a aucun substrat individuel non plus, par hypothèse, cet étrange sujet auquel une jurisprudence américaine puis française récente reconnaît un droit à ne pas naître, et accorde des dommages et intérêts pour le préjudice d'être né dans un état anormal (actions en *wrongful life*). Le droit subjectif est ici porté rétroactivement à un moment fixé, sinon avant la conception, du moins à un stade embryonnaire de la vie du sujet³⁸.

L'unité de la « personne » physique paraît pourtant assurée encore d'un long avenir, même si se transforme aujourd'hui la conception juridique du corps — même si l'idée d'une unité du substrat corporel de la personne

35. Pour la construction théologique, voir A. Boureau, « Droit et théologie au XIII^e siècle », *Annales, E.S.C.*, 1992, pp. 1113-1125.

36. J. Carbonnier, *Droit civil*, I, II^e partie, Les personnes.

37. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Paris, 1962, p. 170 sq. ; *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, 1996, p. 179 sq. ; *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris, 1997, p. 126 sq.

38. La Cour de cassation a également reconnu, en 1996, qu'un enfant disposait d'une action indemnitaire contre les médecins par la faute desquels l'interruption de grossesse de sa mère n'avait pas été pratiquée. Voir F. Bellivier, *Le Patrimoine génétique humain, op. cit.*, vol. II, p. 423 sq.

semble s'effacer au profit d'une organicité de moins en moins individualisée. Les deux lois du 29 juillet 1994, relatives l'une au respect du corps humain et l'autre au don et à l'utilisation des produits et éléments du corps humain, continuent en effet d'être régies par la traditionnelle catégorie de la personne, malgré le démembrement qu'y subit la représentation du corps, fragmenté en éléments destinés à transiter d'un sujet à l'autre, par un commerce gratuit³⁹. Ces lois font d'abord entrer pour la première fois le corps parmi les catégories du droit civil français — le corps, là où n'étaient reconnues traditionnellement que des personnes, c'est-à-dire des abstractions. Mieux, dans ces textes étranges, la substitution du corps à la personne ne se borne pas à conférer une valeur juridique au substrat corporel de celle-ci. C'est l'identité même de ce substrat qui se trouve virtuellement défaite. En face des personnes, en effet, le législateur ne postule pas l'existence d'organismes homogènes, définis selon la vision commune par l'affinité et la complémentarité de leurs constituants, c'est-à-dire par leur unité et par leur autonomie. En réalité, il n'est question dans ces lois que d'organes, de tissus, de produits du corps, d'embryons, de sang, et d'opérations portant sur ces divers éléments disjoints — comme si le corps de la personne, au titre de laquelle ce corps est protégé, n'était qu'une organisation provisoire d'éléments transitoires, une complexion qui n'existerait plus qu'en mouvement, ce qui contraint à modifier la notion que nous avons du naturel et de l'artefact. Apparaît, bizarrement enchâssée dans la notion traditionnelle et scolastique de la personne, une nouvelle corporéité faite d'associations temporaires, d'ensembles dont les pièces, transportables de l'un à l'autre, ne sont pas toutes d'origine. Les êtres humains corporels

apparaissent alors, du point de vue de l'autonomie de leur volonté, comme ceux dont on exige (ou dont on présume) l'affirmation d'une autodisposition de leurs éléments corporels. Un nouveau lien social semble unir les sujets transplantables entre eux, un lien social corporel. Pourtant, on n'en est pas moins frappé de voir que les vieilles catégories du droit civil imposent finalement à cette corporéité disloquée leur propre régime et de sens et de norme. Car, d'une certaine manière, la projection unifiante de la personne continue d'imposer son régime à tout ce matériau organique disjoint, dont la loi régit la circulation gratuite. Et ce régime est on ne peut plus classique. Il est celui de l'inviolabilité du corps et celui du consentement de la personne. Il est même celui de son indisponibilité, défini sur le mode de sa non-patrimonialité. Malgré l'apparence du contraire, est maintenue la figure classique de la personne comme chose hors commerce.

Le droit, technologie de substitution du social au naturel

Même qualifiée de physique, selon une appellation qui contribue encore plus à en obscurcir l'analyse, la personne n'en est pas moins toujours un artefact. L'artefact tient à ce qu'un être humain singulier est institué comme entité juridique abstraite et universelle. Un tel artefact est nécessaire, d'ailleurs, puisque grâce à lui le droit peut généraliser et universaliser son

39. Le meilleur commentaire de ces lois est celui de M. Iacub, dont je m'inspire ici : *De l'éthique à la responsabilité juridique des médecins. Bioéthique et écologie, l'élaboration d'un nouveau statut pour le corps humain*, Rapport présenté à la Mire en 1996, 52 p.

propos. Il peut adresser ses commandements à des unités égales et imputer à ces unités les conduites qu'ils prescrivent. Les normes du droit ont pour point d'appui des entités comparables, plutôt que des êtres irréductiblement singuliers. Comme la langue, le droit est instrument d'abstraction et, en ce sens, d'égalité. L'existence du sujet prométhéen avide d'une maîtrise toujours plus exigeante de la nature se constate sur le terrain anthropologique, industriel, technique, psychique. Mais il se constate moins aisément en droit. Les catégories du droit sont, si je puis dire, neutres en soi et vides de sens. Elles sont des contenants, des formes forgées de longue date, offertes à tous les emplois possibles. Tout contenu est susceptible d'être réduit à une forme juridique ou à une autre. Cela signifie que tous les modes d'organisation sociale peuvent être signifiés par un même langage et inscrits dans un même dispositif de rationalité. Et c'est bien ce qui s'observe à la fois dans la longue durée du droit européen, où les formes juridiques romaines n'ont cessé d'être surimposées à des contenus historiques nouveaux, et dans le vaste espace économique et politique contemporain, où les traditions et les rationalités les plus divergentes finissent par se plier au moule des formes juridiques occidentales.

La question la plus difficile est celle du rapport qui unit, dans notre histoire, le modèle moderne de la techno-science et ce qu'on pourrait appeler l'esprit technique du droit. Le droit est souvent défini en latin comme *ars*, ce que les versions grecques de la compilation traduisent souvent par *technè*. Ce dernier point, que je ne fais qu'évoquer ici, me permettra de relativiser la pertinence de cette trop fameuse et sempiternelle opposition des Anciens et des Modernes, du droit des Anciens et du droit des Modernes,

opposition qui rend compte de la distance entre Aristote et Descartes, mais assurément pas de la frappante continuité entre le droit romain et, à travers sa reformulation médiévale, les droits européens modernes. Cette opposition, pour tout dire, ignore que le tissu juridique européen (aussi bien administratif que civil) s'est étendu autour de cas d'école et de lieux argumentatifs du droit commun, auxquels s'incorporèrent certes de plus en plus, surtout à partir du xvi^e siècle, des arguments théologiques puis politiques, mais extraits d'une théologie et d'une politique formées de longue date au moule juridique. Elle ignore les montages translatices propres aux institutions forgées sous la référence au *Corpus iuris*. Les discussions contemporaines autour du sujet de droit négligent trop souvent la tradition artificialiste de la science du droit en Occident, et renvoient à une opposition, à mon avis, peu pertinente entre droit naturel classique et droit naturel moderne, entre droit de la nature des choses et droit de la puissance du sujet, dans l'ignorance à peu près totale que le droit romain, pris par certains comme paradigme de ce droit naturel classique, a commencé par absorber et reconstruire la référence à la nature, c'est-à-dire par en faire un simple instrument supplétif du droit civil.

Si les juristes contemporains avaient accès aux casuistiques anciennes, y compris aux casuistiques de la scolastique médiévale, ils seraient contraints d'inscrire certaines des inventions proprement sidérantes de la jurisprudence contemporaine dans la suite des constructions tout aussi sidérantes de la tradition civile ou commune du droit en Europe. Je n'entends évidemment pas nier l'histoire du droit et moins encore les singularités de cette histoire, à l'âge de la technique et du marché. Mais il s'agit de définir l'échelle de temps dans

lequel on peut comprendre les constructions du droit contemporain et, plus encore, l'anthropologie qu'elles véhiculent. Or, de ce point de vue, l'opposition des Anciens et Modernes, qui sert de cadre à la réflexion sur les droits subjectifs, n'est pas pertinente. D'abord, parce que cette opposition est un produit de l'idéologie libérale et n'a pas de signification en dehors d'elle. Mais surtout, parce que, en droit, les Anciens — disons les Romains puis, après l'absorption du droit romain par le christianisme, les médiévaux — ont élaboré et construit ce qui est précisément imputé aux Modernes : le sujet de droit comme support d'une puissance d'agir, la nature comme objet auquel s'applique cette puissance, la dénaturation du monde comme moyen technique de cette action — une technique qui, avant d'avoir été industrielle, fut institutionnelle, mais une technique quand même, qui portait le nom d'*ars*, qui visait à l'efficacité et qui construisait des logiques ou des modèles opératoires en fonction du but à atteindre, en laissant en suspens la question de la vérité.

Il ne faut pas chercher bien loin pour trouver des institutions et des pratiques qui relèveraient de la même critique que celle que l'on fait porter aujourd'hui sur les nouveaux domaines acquis aux droits subjectifs, pour peu que l'on n'ait pas la paresse de penser que ces institutions sont plus naturelles que d'autres, au motif que le temps les a validées. Toute domination nouvelle effraye, dans la plus grande indifférence à l'égard des dominations acquises. S'interroge-t-on assez sur le régime ancien de la puissance paternelle, qui concentrait l'autonomie d'un côté et l'hétéronomie de l'autre ? S'interroge-t-on, du point de vue d'une critique du sujet-roi, sur l'extension actuelle du domaine de la propriété ? La moindre réflexion critique s'exerce-t-elle à l'égard de l'acquisition des

droits sur le produit fini, non par celui qui l'a réalisé, mais par celui qui l'a commandé ? Sur les modes, constitués de longue date, d'une prise de possession des choses lointaines par le moyen de représentants délégués ou subdélégués ? Sur l'héritage, qui génère un droit unilatéral à l'assistance ? À quelle régulation du droit subjectif le droit du placement spéculatif obéit-il ? En quoi la possibilité à laquelle le droit ne met pas obstacle, pour les uns de capitaliser sans limites, pour les autres d'être corollairement exclus de tout bien et de toute ressource, porte-t-elle moins atteinte aux limites où devrait être bornée la puissance du sujet, que le droit de disposer de son corps ou même de son état — un droit vilipendé soit au nom d'une dignité humaine régie par une tierce autorité, soit au nom d'une structure subjective immuablement corrélée à des institutions qui font inmanquablement la part belle au pouvoir sur la liberté et au destin généalogique sur l'autonomie ? Pourquoi, enfin, est-ce presque toujours lorsque le sujet n'a affaire qu'à lui-même que la question des interdits et des limites prend ce tour apocalyptique commun aux juristes antimodernes ?

Bien des questions que l'on soulève aujourd'hui avec gravité empêchent de considérer l'extrême plasticité du droit à l'égard des « valeurs naturelles » que d'aucuns croient pouvoir sauver par des moyens juridiques. Or de telles valeurs ne sont pas plus juridiques qu'elles ne sont, par exemple, industrielles ou techniques. Dans sa tradition scolastique la plus ancienne, le droit n'a cessé d'être une entreprise au service de la maîtrise de la nature et de l'autonomisation du sujet, dans un sens progressivement absolutiste. Ces deux dimensions du droit sont d'ailleurs intimement liées. Lorsqu'un texte d'Ulpien, juriste du III^e siècle, texte commenté sans dis-

continuer par les civilistes du XII^e au XVIII^e siècle, dit par exemple que le droit naturel englobe les hommes et les animaux, parce que la reproduction sexuée leur est commune, il s'empresse d'ajouter que les hommes seuls connaissent le mariage et la filiation, c'est-à-dire une série de présomptions et de fictions qui, elles, n'existent pas dans la nature — à commencer par la présomption que le mari de la mère est le père, présomption sur laquelle s'en greffent d'autres, celle, par exemple, qu'un adoptant non marié est père comme s'il était le mari d'une femme qui n'existe pas, etc. Sur cette base d'artifice, le droit n'a cessé de forger des sujets, et les sujets de se forger eux-mêmes.

Un exemple, extrême certes, fera mieux comprendre ce que j'entends par opération technique du droit sur la nature. L'adoption romaine dément radicalement trois règles fondamentales que l'anthropologie⁴⁰ définit comme nécessairement présentes dans l'ordre universel auquel obéit la reproduction humaine.

Il n'existe que deux sexes et leur rencontre est nécessaire dans l'acte de procréation. Or l'adoption romaine ne requiert qu'un sexe, et la rencontre même fictive des deux sexes n'est pas exigée : il faut et il suffit d'être un citoyen mâle et pleinement capable, pour adopter.

Un ordre de succession des naissances au sein d'une même génération classe les individus en aînés et en cadets et des lignes parallèles de descendance sont issues des individus ainsi classés. Or l'adoption romaine permet de renverser cet ordre, puisque l'adoptant peut faire du cadet un aîné.

La procréation entraîne une succession de générations dont l'ordre ne peut être inversé (celle des parents précède celle des enfants). Or l'adoption romaine permet de subvertir cet ordre, puisqu'un père de famille peut émanci-

per puis réadopter son fils comme père de son propre frère, lequel glisse à la génération inférieure. Il peut même adopter son petit-fils au rang de fils, ce qui en fait le frère de son propre père, lequel se trouve mis à la même génération que son fils⁴¹.

Les juristes qui prétendent arrêter au nom du droit, instaurateur, dit-on, des limites, la machine infernale de la technique, oublient que le droit lui-même est une technique, et une technique de dénaturation. Les juristes du Moyen Âge appelaient parfois « chimères » leurs constructions juridiques, et alchimistes ceux qui les élaboraient. Voici une chimère : la « personne » que constitue une corporation, une cité, un État. Chimère, parce que d'abord est fait exister un être qui n'existe pas dans la nature. Chimère renforcée par la fiction de représentation, laquelle fait que, à travers l'organe habilité à agir en son nom et pour elle, c'est la personne artificielle qui agit, comme si elle était réellement présente. Et, comme cette « personne » est à la fois artificielle et représentée, elle peut tout à la fois agir et n'être pas responsable de ses actes. En somme, elle peut tuer (l'on peut tuer en son nom) sans commettre aucun crime : tel est le premier fondement juridique du pouvoir qu'ont les États de tuer et de leur irresponsabilité pénale. Toute la théorie médiévale de la loi est liée également à la fiction chimérique de la « toute puissance » (*plenitudo potestatis*) qui fait que le législateur, tout comme Dieu, peut donner existence à ce qui n'existe pas et priver d'existence ce qui existe ; il peut également changer la substance et ses qualités : le temps (rétroactivité), le lieu (la représentation change

40. Fr. Héritier, *L'Exercice de la parenté*, Paris, 1981.

41. Julien, *Digeste*, 37, 4, 13, 3 ; 37, 6, 3, 6 ; Ulpien, *Digeste*, 37, 8, 1, 9 ; 37, 4, 3, 3 et 4.

l'absence en présence), la relation (pouvoir de changer la filiation), etc.⁴². Et il en est de même pour les actes juridiques, par lesquels les individus réalisent les mêmes opérations et les mêmes miracles que les États par l'instrument des lois.

Il y a beaucoup à apprendre du droit romain et de tradition romaniste, du point de vue général de la transformation occidentale de la nature. Le laboratoire juridique préfigure et façonne institutionnellement ce que réalisent aujourd'hui les sciences et les techniques. On voit que, par ce biais, qui je l'avoue ne va pas de soi, l'analyse des institutions emprunte une tout autre direction que celle, mal engagée et mal orientée à mon sens, qui a pour mot d'ordre la limite. La limite est devenue aujourd'hui le mot de passe d'un grand nombre de juristes conservateurs et intégristes, qui font passer leurs valeurs au nom du droit, sans se préoccuper avec assez d'exactitude historique du rapport que le droit lui-même a construit avec les valeurs. S'est-on jamais posé la question, surtout, de l'empire illimité des institutions ? S'est-on jamais interrogé sur l'avancée proprement

stupéfiante du mode juridique de l'organisation sociale, qui ne le dispute guère qu'à celle, précisément, de la technique et du marché ? Ne serait-il pas temps de comprendre ici la « limite », plutôt que sur le mode d'un coup d'arrêt mis par le droit à tout ce qui menace les fondements de l'ordre humain, comme ce qui, au contraire, protège le droit lui-même et le définit au cours de ses avancées successives — *limes* toujours plus avancé de l'empire du droit dans la gestion des affaires humaines ? Penser la limite comme ligne séparante des institutions elles-mêmes, comme tracé qui donne forme provisoire et figure instable aux institutions, ce serait peut-être aussi formuler d'une manière nouvelle, mais c'est là une tout autre entreprise, la problématique des interdits.

Yan Thomas.

42. Exemples dans Y. Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », dans *Droits*, n° 21, 1995, pp. 17-73.