

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.

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

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 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.

extension du premier principe; ou bien encore, autre cercle élargi de cet irréductible noyau d'interdit, l'indisponibilité du 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 organisée¹. 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

1. 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.

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 humains¹. 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-même², 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, indisponibles 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

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

2. 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.

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 favoris 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'aveu¹.

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

1. 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", *Micrologue*, n° 4, 1996, pp. 265-312.

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 moderne¹.

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 traités sur l'Antarctique, sur les fonds marins ou sur l'espace, l'humanité

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

tout entière, érigée alors en sujet de droit¹. 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

1. M. Chemillier-Gendreau, "L'humanité peut-elle être un sujet de droit international?", *Actes*, 1989, n^{os} 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.

la propriété marchande¹. 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 vivants². 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-même³. 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

1. 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.

2. 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.

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