

À LA RECONQUÊTE DU TERRITOIRE CORPOREL : LA REGULA IURIS « *DOMINUS MEMBRORUM SUORUM NEMO VIDETUR* » EST-ELLE MISE EN QUESTION ?*

SOMMARIO: 1. Introduction: la demande féminine de certification officielle de propriété sur le corps versus la regula iuris « *dominus membrorum suorum nemo videtur* » (D. 9.2.13.pr.). Le silence des codifications civiles européennes du dix-neuvième siècle et leurs ultérieures adaptations aux changements sociaux. Les controverses doctrinales au sujet de la Doppelnatur du corps. - 2. Le *liber homo* et son *genius* (esprit procréatif ou élément vivifiant) face à l'*homo sacer* en propriété de la divinité offensée. Diverses considérations sur caput, corpus et membrum: a) le caractère provisoire des statuts du corps; b) la perte de citoyenneté par *aquae et ignis interdictio* et son rapport avec le *genius* niché dans la tête; c) estimation patrimoniale du *corpus mortuum*, du *corpus obnoxium* et du *corpus liberum in causa mancipii*; d) sacralité et caractère extrapatrimoniale de la tête à cause du *genius*; e) décapitation et *prodigium*: la tête qui survit sans corps. - 3. À propos du *dominium*: possible correspondance entre le « *fundus liberum* » de *Q. Mucius Scaevola* et le « *corpus liberum* » d'Ulpien qui pouvait jouir de son *genius*. - 4. L'évolution historico-philosophique de la règle « *dominus membrorum suorum nemo videtur* ». - 5. Séparation du droit canonique de la règle civile: le principe d'unité de chair et la vision apologétique du corps.

1. *Introduction: la demande féminine de certification officielle de propriété sur le corps versus la regula iuris «dominus membrorum suorum nemo videtur» (D. 9.2.13.pr.). Le silence des codifications civiles européennes du dix-neuvième siècle et leurs ultérieures adaptations aux changements sociaux. Les controverses doctrinales au sujet de la Doppelnatur du corps.*

Tel que l'ont souligné récemment les Prs. Garofalo¹ et Centola², entre autres auteurs, nous assistons depuis quelques années à un phénomène de juridification du *bios* qui, en paroles d'Irti « a placé le corps humain à l'épicentre du droit civil³ ».

Une des multiples manifestations illustratives de ce phénomène a été vécu en Espagne depuis le mois de février de l'année dernière, quand un groupe fourni de femmes s'est mobilisé contre une disposition spécialement restrictive de l'Avant-Projet de la nouvelle loi de l'avortement qui contemplait l'élimination de la malformation

* Cet article reproduit, de façon révisée et amplifiée, le texte de la communication présentée à la 68^{ème} session de la Société Internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité tenue à Naples du 16 au 20 septembre 2014 sur le thème : « *Regulae iuris*. Racines factuelles et jurisprudentielles, retombées pratique ».

¹ L. GAROFALO, *Biopolitica y Derecho Romano*, traduction en espagnol de E. Córcoles, Madrid, 2011, 8-9.

² D.A. CENTOLA, *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana*, Naples, 2011, 5 ss. avec bibliographie abondante à la note 6.

³ N. IRTI, *La giuridificazione del 'bios'*, *Rivista di diritto civile*, LI, 2005, 337ss.

grave et inguérissable du fœtus comme cause licite d'interruption de la grossesse⁴.

Sous le slogan, forgé par la leader du mouvement, «Mon corps est à moi» et sur la base métaphorique que «le corps est un territoire de reconquête nécessaire de la part des femmes», dans nombreux endroits de la géographie espagnole a été présentée au Registre de la Propriété Immobilière une requête de certification officielle de propriété sur le propre corps, ce qui a ouvert les portes à un débat juridique parmi les différents agents du droit.

L'inscription au Registre n'a pas été admise, mais à mon avis par le biais de raisonnements excessivement formels – tels que l'impossibilité d'inscrire des documents ne pouvant provoquer aucune opération d'enregistrement⁵ ou tel que le fait d'avoir rempli des formulaires de certification qui peut seulement être fournie quand le bien est

⁴ Le texte de l'Avant-Projet prévoyait comme cause licite de l'avortement, entre autres, les anomalies du fœtus incompatibles avec la vie, c'est à dire celles qui sont associées d'une façon prévisible et habituelle à la mort du fœtus ou du nouveau-né. Tandis que l'article 145 du Code Pénal en vigueur - qui finalement n'a pas été modifié par la réforme introduite par la Loi Organique 1/2015 du 30 mars, prévoit aussi la maladie extrêmement grave et inguérissable du fœtus au moment du diagnostic.

⁵ Résolution du 21 février de 2014 du Registre de la Propriété de Saragosse n°2 et 15 qui se fonde sur l'article 1 de la Loi Hypothécaire, qui attribue au Registre foncier la mission d'inscrire les actes relatifs à la propriété sur les immeubles, et sur l'article 420.3 du Registre Hypothécaire, qui refuse l'enregistrement de documents qui, de par leur nature, contenu ou finalité ne peuvent provoquer aucune inscription.

déjà inscrit-, donc sans aborder la question juridique de fond.

Et malgré le fait, également à mon avis, que la demande était *a priori* une stratégie erronée pour le but poursuivi, car nous le savons tous l'inscription au Registre a seulement une efficacité *ad probationem* et non pas constitutive de droits – dans ce cas celui de propriété sur le corps⁶ -, elle m'a semblé spécialement intéressante car elle se situe dans le même contexte des donations d'organes et de la possibilité de patenter certains éléments isolés du corps, comme les cellules mère ou les embryons extracorporels, et grâce aux vertigineuses innovations biotechnologiques.

Ces techniques ont porté, d'une part à doter d'un régime juridique particulier différent de celui qui s'applique à la totalité du corps à certaines parties (telles que organes, sang, sperme et ovules), et d'autre part à considérer comme *res derelictae* choses abandonnées susceptibles d'appropriation individuelle et de commercialisation à des fins thérapeutiques les résidus d'interventions chirurgicales (comme veines et placenta) et les produits chimiques (voir hormones, anticorps ou protéines): en définitive nous nous trouvons, en paroles de la philosophe

⁶ Le corps étant un bien meuble, son inscription ne peut jouir de l'efficacité constitutive prévue pour celle des hypothèques (article 1875 du Code civil et article 145 de la Loi Hypothécaire) ou des donations ayant pour objet des immeubles (article 633 du Code civil).

du droit Hermitte, face à des «choses humaines à finalité humaine⁷».

À cette distinction socio-économique et juridique entre le corps et les parties vient s'ajouter l'épanouissement de la chirurgie esthétique, des tatouages et des piercings qui, applaudis et admirés au sein de la culture du «bodybuilding» ou «body art», elles constituent cependant de claires agressions au propre corps.

En raison de tout ce qui précède, il est faisable que ce changement profond de mentalité puisse entraîner à son tour un changement juridique qui déroge de façon tacite la *regula iuris* énoncée par Ulpien et recueillie par les compilateurs au Digeste 9.2.13.pr conformément à laquelle «*dominus membrorum suorum nemo videtur*», personne est propriétaire de ses membres, qui prit la forme du principe d'indisponibilité du corps humain en intime rapport avec celui de son caractère inestimable, mais qui ne fut pas proclamé de façon expresse par les codes civils du dix-neuvième siècle dans leur rédaction originale car pour la philosophie spiritualiste et libérale qui les inspira l'essence même de la personne n'était pas tant le corps comme la volonté; de telle sorte que les limites imposées sur le propre corps n'étaient vraiment pas des limites à la propriété mais à la liberté.

⁷ M.A. HERMITTE, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, *Archives de philosophie du droit*, XXX, 1988, 339.

La personne – origine et fin du droit selon Portalis dans son discours préliminaire du Code civil⁸ – n'était pas tout être humain, mais le citoyen⁹, nuance qui explique le silence observé para la codification de Napoléon à propos de notre question, car elle se déplaçait du contexte du *ius connatum* à celui du *ius acquisitum* qui implique une intervention attributive de la part de la communauté civique très proche à la conception statutaire romaine en premier du *mancipium* et après du *dominium*, qui existaient grâce à la reconnaissance et légitimation de la *civitas*.

Le principe fut seulement consacré par voie jurisprudentielle, en considérant que toute convention privée ayant pour objet le corps était contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ce qui impliquait contradictoirement que le corps était une chose, car la limite de la libre détermination de la volonté prévue par les différentes codifications européennes – entre autres l, article 1.128 du Code civil français et l, article 1255 du

⁸ Cette idée apparaît surtout quand il affirme que les lois civiles protègent chaque citoyen dans sa personne et dans ses biens, comme si il était à lui seul la cité toute entière. Cfr. J.E.M. PORTALIS, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, traduction espagnole de I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson, Madrid, 1997, 31. Il ira même ira jusqu'à dire que «des relations privées entre les hommes n'intéressent plus [...] on recherche des confédérés plus que de citoyens. Tout finit par être du droit public ».

⁹ L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, 2ème édition, Turin, 2010, 106.

Code civil espagnol portaient sur les conventions ayant pour objet des choses¹⁰.

Le Code civil français a dû attendre une réforme de 1994 pour proclamer dans son article 16.2 que le corps humain, ses éléments et produits sont extracommerciaux; dans le même sens, l'article 5 du Code civil italien de 1942 a fixé deux limites à la disponibilité du propre corps: d'une part la transgression de la loi, les bonnes mœurs ou l'ordre public – c'est à dire le principe de libre détermination cité auparavant –, et d'une autre la diminution permanente de l'intégrité physique¹¹.

De son côté l, article 90 du BGB allemand, parmi les choses retirées de la circulation, parle de *Suchtzguterkörper* ou parties du corps vivant protégées pouvant être appropriées avec l'autorisation préalable de la famille, et situe le cadavre dans la catégorie objet, c'est à dire susceptible de relations juridiques, mais il affirme qu'il n'appartient à personne et ne fait pas partie de l'héritage. Finalement, le Code civil espagnol maintient un silence absolu au sujet du régime applicable au

¹⁰ Le Conseil d'Etat français dans son rapport *Sciences de la vie. De l'éthique au droit* de 1988 pg. 16 a affirmé que le corps est la personne et, par conséquent, ne peut pas être relayée à la catégorie de chose mais, contradictoirement, il a invoqué l'article 1128 précité qui est seulement applicable aux conventions ayant pour objet les choses qui sont dans le commerce; contradiction mise en évidence par J. P. Baud, *Il caso della mano rubata*, traduction italienne de L. Colombo, Milan, 2003, 27-28.

¹¹ Cfr. B. ALBANESE, *Il latino giuridico. Massime, Locuzioni e Formule giuridiche latine*, Milan, 2005, 194.

corps humain ce qui permet, précisément, des initiatives du genre que je viens de commenter au début en essayant de rentabiliser la lacune légale.

La doctrine civilistique européenne moderne a soutenu jusqu'à maintenant deux positions diamétralement opposées sur cette question: celle de ceux qui affirment que le corps humain ne peut pas moralement accomplir la fonction principale assignée aux choses consistant à satisfaire les exigences économiques, et à l'extrême opposé celle des auteurs qui voient dans le corps aussi bien une personne qu'une chose susceptible de satisfaire, non seulement ses propres besoins, mais aussi ceux de tierces personnes¹². Cette dualité de thèses débouche à son tour dans une argumentation radicalement différente au sujet des parties ou membres, car tandis que les défenseurs de la première posture les considèrent comme étant des *res nullius* seulement à partir du moment qu'ils sont séparés du tout et, donc, pouvant être acquis en propriété par occupation; par contre pour les défenseurs de la propriété sur le corps s'avère très simple affirmer la pleine disponibilité des parties corporelles non seulement présentes mais futures, c'est à dire déjà séparées ou à séparer à l'avenir.

2. *Le liber homo et son genius (esprit procréatif ou élément vivifiant) face à l'homo sacer en propriété de la divinité offensée. Diverses considérations sur caput, cor-*

¹² Vid. M. PESANTE, v. *Corpo umano*, ED 10, Milan, 1962.

pus et membrum: a) le caractère provisoire des statuts du corps; b) la perte de citoyenneté par aquae et ignis interdictio et son rapport avec le genius niché dans la tête; c) estimation patrimoniale du corpus mortuum, du corpus obnoxium et du corpus liberum in causa mancipii; d) sacralité et caractère extrapatrimoniale de la tête à cause du genius; e) décapitation et prodigium: la tête qui survit sans corps.

Notre *regula iuris*—énoncée par Ulpien dans son dix-huitième livre de commentaires à l'Edit du préteur, présente de multiples facettes sur lesquelles se sont déjà prononcés d'insignes auteurs surtout du point de vue exégétique, raison pour laquelle je vais me limiter à faire quelques réflexions sur le corps libre et ses membres et à retracer dans ses grandes lignes l'évolution historico-philosophique de la dite règle.

Le fameux texte d'Ulpien, au D. 9.2.13.*pr*¹³ nie la légitimation de procédure de l'homme libre pour entamer l'action de la loi *Aquilia* dans le cas de subir une atteinte corporelle parce qu'il n, est pas propriétaire de ses membres et lui laisse ouverte la voie de l'entamer avec caractère utile au moyen d'une fiction formulaire qui, nous le savons, donnait l'apparence de réalité à ce qui en fait n'existait pas: la propriété sur le corps libre ou

¹³ «*Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*».

la valeur patrimoniale de la liberté qui était *res inestimabilis*¹⁴?

Pour situer le contexte historiographique de la règle, il est intéressant de tenir compte du fait qu'Ulpien s'est servi d'œuvres précédentes qu'il a actualisées et complétées pour élaborer ses œuvres encyclopédiques : le modèle utilisé pour ses commentaires à l'Edit a été l'œuvre monumentale analogue de Pomponius¹⁵, complétée au moyen des *digesta* de Julien et de Celse, donc toutes datant du deuxième siècle; celles-ci en plus des sources épigraphiques et des sources papyrologiques du siècle antérieur démontrent que la procédure formulaire a été connue et appliquée dans les provinces orientales, faisant l'objet d'études et de commentaires de la part des écoles jurisprudentielles qui incorporent des scolies en grec pour faciliter la compréhension de leurs élèves qui étaient bilingues.

Avant tout, je vais m'arrêter sur l'expression *liber homo* qui a suscité de nombreuses controverses doctrinales au sujet de si le juriste tard-classique se référait à l'homme libre sans plus ou à l'*homo bona fide serviens*, et en mettant en rapport notre texte avec un autre du même juriste au D. 47.10.3.4¹⁶ où il nie la possibilité d'entamer l'*actio*

¹⁴ Voir nt. 45.

¹⁵ Cfr. C.A. CANNATA, *Alcune osservazioni ed ipotesi su PSI 1449*, AG CLVIII, 1960, 29, nt. 8.

¹⁶ Ulpien 45 *ad edictum* D. 47.10.3.4: "*Si quis hominem liberum ceciderit, dum putat servum suum, in ea causa est, ne iniuriarum teneatur*". A propos de ce texte A. GONZÁLEZ, *Reflexiones sobre el*

iniuriarum par manque d'intentionnalité contre celui qui a tué un homme libre croyant qu'il était son esclave: c'est à dire qu'aussi bien en cas de mort qu'en cas de lésions de l'*homo liber bona fide serviens* le seul moyen de réclamer serait l'action de la loi *Aquilia* utile.

À mon avis, la règle énoncée par Ulpien ne peut se comprendre si ce n'est comme la première partie d'une séquence contextuelle qui opposait les expressions *suo nomine* et *fugitivi nomine* de la phrase conclusive.

L'expression *liber homo* a été interprétée, entre autres, par Zimmerman¹⁷ comme référence à la légitimation active de l'homme libre blessé qui, ayant servi de bonne foi jusqu'à alors en tant qu'esclave devait compter en raison de l'équité sur la même protection de procédure dont jouirait son maître s'il avait été *servus*; tandis que Valditara¹⁸ l'a comprise comme allusion au dommage subi, c'est à dire que l'homme libre entamait l'action en raison du dommage qui lui avait été causé à lui-même dans la première hypothèse et de la lésion infligée à son esclave fugitif – défini

problema de las lesiones a un hombre libre, Estudios Iglesias II, Madrid, 1988, 781 nt. 21 qui propose comme hypothèse qu'il s'agissait d'un homme libre *in causa mancipii* et reconstruit le texte en ajoutant le mot *mancipii* après *in ea causa*.

¹⁷ R. ZIMMERMAN, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1995, 1016-1017.

¹⁸ G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milan, 1992, 322-326.

par Tryphonin –¹⁹ dans la seconde. Version qui mi semble plus convaincante, car si on admet la première cela n’aurait aucun sens de référer l’agissement «au nom de l’esclave» qui manquait complètement de légitimation de procédure.

À cette argumentation logique, s’ajoute une autre de nature systématique et c’est le fait que dans les citations du Digeste à partir des glossateurs médiévaux le paragraphe était *Liber homo suo*, et non pas *Liber homo bona fide serviens*²⁰.

Quant au concept d’*homo liber*, je crois intéressant tenir compte de son originaire opposition au sein du droit archaïque avec l’*homo sacer*, seule qui aurait pu servir de fondement à l’extrapatrimonialité du corps, mais non pas du premier sinon de ce dernier car l’homme libre n’était pas soumis à la seigneurie d’une divinité offensée et se définissait en essence, comme a mis en valeur Onians²¹, par le fait de compter sur un esprit procréatif²², d’expérimenter un désir qui

¹⁹ Trifonin 1 *disputationum* D. 50.16.225: “*Fugitivus est non is, qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum iactaverit, sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit*”.

²⁰ Tel que nous pouvons voir sur le catalogue publié récemment par F. REINOSO, *Modus allegandi textus qui in Pandectas continentur. Elenchus omnium capitum paragraphorum*, Madrid, 2013, 269 qui situe notre texte au paragraphe «*Liber homo suo*», et non pas aux trois précédents consacrés au «*Liber homo bona fide serviens*».

²¹ R.B. ONIANS, *Le origini del pensiero europeo intorno al corpo, la mente, l, anima, il mondo, il tempo e il destino*, traduction italienne de P. Zaninoni, 2ème édition, Milan, 2011, 271.

²² Ce caractère procréateur de l’homme libre expliquerait le fait que seulement lui pouvait couper les cheveux et les ongles du *Flamen Dialis*, conformément aux textes juridico-sacrales, qui devaient être enterrés *sub arborem felicem*, c’est à dire sous des plantes fertiles,

ne trouvait pas d'obstacles; tandis que l'*homo sacer*, à la suite d'une conduite contraire à la *pax deorum* et sans avoir épié sa faute au moyen d'une peine, était considéré maudit, condamné à une vie errante et d'exclusion, et surtout sacré: *res sacra* donc *extra commercium*, parce que dévolue à la divinité offensée²³.

La sacralité était l'empreinte marquée par cette dernière sur le corps du *sacer* que nous retrouvons encore dans la littérature française du dix-neuvième, concrètement dans l'œuvre «Les châtiments» de Victor Hugo²⁴ à propos de Napoléon: «Viellissant, rejeté par la mort comme indigne, tremblant sous la nuit noire, affreux sous le

car elles formaient part d'un corps précieux qui était le prolongement de Jupiter sur la terre; cfr. L. GAROFALO, *L'homo liber della lex Numa sull'omicidio volontario*, dans *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padoue, 2008, 22-23. Dans la même ligne de pensée, la Vestale condamnée par le fait d'avoir transgressé ses vœux de chasteté était enterrée dans une grotte avec l'indispensable pour la survivance d'un corps sacré, selon une loi de Numa référée par Plutarque (*Numa* 10.7-13); vid. G. Franciosi (a cura di), *Leges regiae*, Naples, 2003, 111. Tandis que *a contrario sensu* le traître était enfermé dans un sac-soumis au *supplicium singulare* de la *poena cullei* en paroles de Cicéron (*Pro Roscio* 25.70)- avant de le jeter à la mer pour qu'il ne contamine pas l'eau avec son corps impur, en appliquant ainsi une loi de Tarquin le Superbe qui fut étendue plus tard à l'auteur d'un homicide avec dol et au *parricidas*; vid. G. FRANCIOSI, *Leges*, cit., 204. Nous trouvons encore au troisième siècle de notre ère une possible réminiscence de cette contamination dans le fait que les *corpora animadversorum*, c'est à dire les corps des condamnés à mort en raison d'un délit de lèse-majesté, ne soient pas remis aux parents même si ceux-ci en faisaient la demande (D. 48.24.1-3).

²³ Sur cette question voir dernièrement L. GAROFALO, *Biopolítica*, cit., et compte-rendu de L. GUTIÉRREZ MASSON, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva época* XVI, 1, 2013, 309 ss.

²⁴ V. HUGO, *Les châtiments* IV, 1, *Sacer esto*, Paris, 1853, 115.

ciel bleu. Peuples écarterez-vous, cet homme porte un signe: laissez passer Caïn! Il appartient à Dieu!, reprenant ainsi l'idée biblique du Genèse 4.14 conformément à laquelle Yahvé avait mis sur Caïn le signe de sa propriété pour que personne ne le tue et si quelqu'un ne respectait pas ce signe il serait châtié avec une peine sept fois supérieure. Comme a souligné Lucrezi²⁵, voici la grande différence entre le droit romain et le droit mosaïque qui ne permettait pas à l'homme de faire justice par lui-même, tandis qu'à Rome, nous le savons, la colère des dieux pouvait être apaisée par quiconque sans encourir aucune peine.

Dans le même ordre d'idées, et à propos de la consécration de la personne et des biens du *sacer*, le terme *familia* employée dans la formule de la *sacratio capitis*, mais aussi à propos de l'héritage et du droit de patronat, se référait tant aux unes comme aux autres selon l'explication linguistique fournie par Ulpien dans un autre commentaire à l'Edit au D. 50.16.195.1. En reprenant les paroles de Y. Thomas, il n'existait pas en droit archaïque une distinction nette entre les personnes et les choses, entre l'être et l'avoir; le *patrimonium*, le *matrimonium* et le *dominium* – tous formés avec le suffixe *monium* – qui faisait allusion à la condition juridique du sujet- étaient sa prolongation sociale car «des aspects personnel et réel ne s'opposaient

²⁵ F. LUCREZI, *L'uccisione del proprio schiavo nella 'Collatio', Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, V, Naples, 2001, 37 et nt. 43.

pas en deux visions séparées, à différence de l'antithèse moderne entre sujet et objet²⁶

L'expression *sacratio capitis*, aussi bien que celle de *capitis deminutio* sur laquelle tant a été écrit, mettent en valeur le fait que très souvent les mots *homo*, *corpus*, *caput* et *membrum* qui nous occupent furent échangés dans les sources juridiques et littéraires : la deuxième, *capitis deminutio*, soulignait d'une part l'identification de *caput* avec état ou condition²⁷, et de l'autre la conviction romaine de la temporalité des statuts²⁸.

Ainsi la liberté pouvait se perdre à n'importe quel moment par captivité de guerre ou par condamnation pénale, de même que la citoyenneté romaine par désertion ou par *aquae et ignis interdictio*²⁹ qui s'avère très intéressante à cause de la relation de la tête avec le liquide: l'interdiction de l'eau symbolisait la privation de l'élément vivifiant dont nous avons déjà parlé qui, à son tour, était en étroit rapport avec la *libertas*,

²⁶ Y. THOMAS, *Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain)*, *Archives de philosophie du droit* XXV, 1980, 422.

²⁷ Gaius 4 *ad ed. prov.* D. 4.5.1.

²⁸ Qui pouvaient dépendre même de circonstances étrangères au *capite minutus* comme, par exemple, l'*adrogatio* de son *paterfamilias* (Paul 11 *ad ed.* D. 4.5.3.*pr.*). En plus existait le paradoxe que pour se transformer en sujet de plein droit (*sui iuris*) au moyen d'une émancipation, le fils traversait de façon intérimaire une perte complète de condition juridique provoquée par le rite archaïque conservé encore en époque classique de la vente fictive du *filius* qui le faisait tomber dans une «*imaginarium servilem causam*», c'est à dire en apparente situation d'esclavage comme explique Paul au paragraphe suivant.

²⁹ Paul *ibid.* D. 4.5.5.1.

dérivée de *Liber* qui désignait tant le dieu de la fertilité comme l'esprit procréatif de l'homme situé dans la tête qui la règle, et en se manifestant dans les sécrétions masculines come le sperme³⁰.

Parallèlement et de la même façon l'esclave pouvait être affranchi, ayant aussi relation le début de son *status libertatis* avec l'eau, car il était emmené au temple de la déesse de l'eau et de la fertilité –*Feronia* – où on lui imposait un *praenomen* associé au *genius*³¹.

C'est cette précarité ou caractère provisoire de liberté et esclavage qui a porté les romains à concevoir le *servus* comme une dualité contradictoire de personne et chose en même temps³²: précisément, cette *Doppelnatur* apparaît dans le cas qui nous occupe car au propriétaire de l'esclave tué avec dol lui était offerte l'alternative³³ d'entamer un procès pénal au moyen de l'*actio legis Corneliae*, en qualifiant sa conduite de *crimen publicum* s'agissant de l'homicide d'une personne qui devait

³⁰ Tout ceci explique les rapprochements avec *libet* = désirer, *libare* = verser un liquide et *deliquare* = liquéfier; cfr. R.B. ONIANS, *Le origini*, cit., 271-272 et nts. 1 et 2.

³¹ R.B. ONIANS, *Le origini*, cit., 172-173 et 278.

³² Ulpien reprenant une pensée de Sabin disait que les esclaves étaient des personnes conformément au droit naturel (D. 50.17.32). «L'esclavage ne niait pas l'intime humanité de celui qui en faisait l'objet», comme a dit M.A. HERMITTE, *Le corps*, cit., 334, mais la condition juridique ou *status* de l'esclave qui démarrait au moment de l'affranchissement comme explique Modestin 1 *pandectarum* D. 4.5.4 «*hodie enim incipit statum habere*».

³³ Concours électif de l'époque classique qui a été remplacé par un concours cumulatif en droit justinien qui, comme nous le savons tous, a proclamé la limite de la concurrence effective des actions, indépendamment de leur nature.

être sanctionné avec une peine expiatoire et exemplaire, ou recourir à la voie civile de l'*actio legis Aquiliae* avec laquelle il obtenait un remboursement patrimonial du dommage souffert à cause de la perte d'une chose³⁴, comme explique Ulpien au même livre de commentaires à l'Edit qui contient notre règle.

En ce qui concerne le terme *corpus*, nous trouvons l'explication fournie par le linguiste Varron au moyen de la métaphore du coureur qui reste immobile ou qui s'agite³⁵, reprenant ainsi la conception binaire pythagorique sur laquelle a parlé aussi le poète Lucrèce en référant cette double nature composée du corps et des membres³⁶.

Les poètes, à cause de leur tendance à exalter les sens, ont insisté sur la tangibilité du corps: «*omne quod potest videri corpus dicitur*»³⁷ et les philosophes sur la contraposition *corpus-anima* qui, par contre, était intangible³⁸; même plus tard, les auteurs chrétiens ont vu dans le premier un morceau de chair, comme a expliqué Tertulien d'une façon un peu méprisante: «*ego corpus hominis non aliud intellego qua omne istam struem carnis*»³⁹, idée que nous retrouvons dans la racine indoeuro-

³⁴ Cfr. F. LUCREZI, *L'uccisione*, cit., 42.

³⁵ «*Quod stat aut agitur, corpus est, ut cursor*», *De lingua latina*, 5.11.

³⁶ *De natura rerum* 5.879: «[...] *nec esse queunt duplici natura et corpore bino ex alienigenis membris compacta*».

³⁷ Servius, *Aeneida* 6.603 et Macrobius, *Somm.* 1.6.35.

³⁸ Vid. A. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*, Klicksiek, 2001, 144.

³⁹ *Thesaurus linguae latinae* IV, Leipzig, 1906-1909, v. *corpus*, 999.

péenne de *membrum*, *mir*, avec le sens de morceau de viande⁴⁰.

Les juristes, sur la voie tracée par les philosophes comme Sénèque (*Epist.* 58.14), à propos des choses ont établi une classification tripartite des *corpora* bien connue et référée par Pomponius (D. 41.3.30.pr) en distinguant entre continus «*quod continetur uno spiritu*» parmi lesquels se plaçait l'esclave, composés ou *universitates ex coherentibus* et distants ou *corpora plura non soluta*, c'est à dire des choses distantes entre elles dont les exemples cités, le peuple et la légion, laissent supposer que, parfois, la même indécision au sujet de situer l'esclave dans la catégorie de *persona* ou de *res* existait aussi par rapport aux entités abstraites intégrées par des hommes libres.

Il est intéressant de remarquer le dérivé *corporo* = tuer, fournir ou faire un cadavre, qui explique le besoin d'ajouter l'adjectif *vivum* pour se référer à l'être vivant et *mortuum* pour le cadavre⁴¹. Ce dernier était considéré une chose, comme le démontre le fameux précepte de la Loi des XII Tables 3.6 qui autorisait le dépeçage du *corpus debitoris* exécuté et son ultérieure distribution entre les divers acquéreurs pour les compenser de la dette pécuniaire ou de la peine non satisfaite, prévoyant même le déséquilibre entre la valeur économique du morceau coupé et la somme impayée comme

⁴⁰ Cfr. A. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire*, cit., v. *membrum*, 395.

⁴¹ *Lex duodecim tabularum* 5.a et 10.1.

explique Gaius aux Institutions 4.75⁴², ce qui comporte d'une façon implicite l'*aestimatio corporis defuncti*.

De son vivant, il s'agissait d'un *corpus obnoxium*⁴³ lié à des fins de garantie ou de rédemption d'un délit par le rite mancipatoire avec une situation semblable au *filius in mancipio* qui impliquait aussi l'estimation du corps libre⁴⁴ puisque dans les deux cas avait été célébrée une vente.

Explication qui semble contredire son commentaire à l'édit provincial où il proclame le caractère inestimable du corps libre: «*liberum corpus nullam recipit aestimationem*» D. 9.3.7) qui empêchait le juge d'évaluer en argent les blessures et les cicatrices corporelles de l'homme libre au moment de fixer le taux de la *condemnatio pecuniae*⁴⁵; apparente

⁴² «*Ex maleficio filiorum familias [...] veluti si furtum fecerint aut iniuriarum commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri [...] aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere; erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus [...] damnosam esse*».

⁴³ A cause du dommage infligé par son manque de paiement ou par son délit et conformément au principe «*noxam caput sequitur*».

⁴⁴ L'*addictus* et le *filius in causa mancipii* traversaient une situation semblable à celle de l'esclave mais ne s'identifiaient pas avec lui, de telle sorte que dans les deux cas il s'agissait bien d'un *corpus liberum*; cfr. C.F. AMUNÁTEGUI, *Potestas Manus Mancipiumque*, RIDA LIX 3^{ème} série, 2012, 77. Dans le domaine du droit pénal, la possibilité d'éviter la vengeance familiale en cas d'homicide au moyen d'une composition pécuniaire a été considérée aussi par une partie de la doctrine comme estimation du corps sans vie.

⁴⁵ Blessures et cicatrices pouvaient être seulement réclamés dans un premier temps en voie de cognition extraordinaire, comme on peut lire aux *Pauli Sententiae* 5.3.1: «*quod si ex corporali cuius vitae membrisque noceatur, extra ordinem vindicatur*» à propos du fameux cas de la berne d'un *filiusfamilias* dont la sentence du proconsul de la

contradiction que nous pourrions attribuer au fait, souligné par Cannata à plusieurs reprises, que Gaius – malgré son succès didactique à travers l’histoire – n’a pas toujours compris la pensée des vrais juristes classiques.

D’autre part, le mot *membrum* désignait toute partie du corps – non seulement les bras et les

Bétique, confirmée par Adrien dans un rescrit, a concédé un dédommagement économique à son *pater* en raison des frais de funérailles («*impendi causa*») et du travail qui ne pourrait pas être fourni à l’avenir par la victime; en plus d’imposer au jeune condamné la peine exemplaire («*ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur*») de l’*interdictio aquae et ignis* – citée auparavant pendant cinq ans («[...] *urbe, Italia et provincia Baetica interdixi*»). Dans le même sens un texte d’Ulpian 7 *proconsulis* recueilli par la *Collatio* 1.11, étudié par nombreux auteurs comme exemple de jeu dangereux avec un dénouement fatal qui a donné lieu à une réclamation *extra ordinem*, entre autres A. WACKE, *Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, 435-439.

Pour cette perte d’acquêts futurs et pour les frais médicaux – qui ne contredisaient pas le principe d’inestimabilité du corps- les juristes classiques ont préconisé d’étendre la protection aquilienne aux cas de blessures causées à des personnes *in potestate* au moyen d’une action utile, dont la différence par rapport à la directe avait perdu de l’importance après la codification édictale, et en se basant sur l’analogie de positions entre le *pater* par rapport au fils et l’*erues* par rapport à la chose endommagée, comme on peut observer dans un autre cas non moins connu, traité à différents sièges par Julien, Ulpian (D. 9.2.5.3) et Paul (D. 19.2.13.4 et PSI 1449 R), de l’apprenti cordonnier qui avait perdu un œil à cause d’un coup qui lui avait été asséné par son maître pour le corriger. Pour C.A. CANNATA, *Alcune osservazioni*, cit., 27ss., le papyrus florentin serait un fragment du livre 34 de commentaires de Paul à I, Edit recueilli par les compilateurs au D. 19.2.13.4; la précision de Julien qu’il s’agissait d’un enfant ingénu démontrerait que déjà à son époque on employait l’action *legis Aquiliae* utile dans tous les cas de blessures causées au *corpus liberum*, car en cas contraire il ne l’aurait pas introduite: ni Ulpian ni Paul le firent pour des raisons systématiques, car ils s’occupaient de la légitimation pour entamer l’action de location par rapport à laquelle cette question était indifférente.

jambes – offerte par la Nature aussi bien pour être utilisée que pour embellir l'homme, selon explique Cicéron en citant de façon expresse comme exemples les seins et la barbe⁴⁶; son dérivé *membrana* ou peau qui recouvre les différentes parties du corps peut être considérée comme la frontière du territoire corporel – métaphore que j'ai recueillie dans le titre de cette intervention – et qui, d'après le philosophe français J. L. Nancy, est «le seuil de notre exposition à l'extérieur», le corps étant la zone neutre dans laquelle ce qui nous est familier débouche dans l'inconnu par rapport à soi-même⁴⁷.

Les membres ont rapport également avec le terme emprunté au grec *anatomia* (=entaille, dissection ou incision)⁴⁸ qui en Biologie signifie séparation artificieuse des parties du corps et aussi avec ses composés – philosophique et artistique respectivement – anatomisme, qui explique les fonctions d'un organisme par la structure de ses parties, et anatomiser qui est la technique consistant à détacher les os et les muscles dans les figures pour bien les distinguer.

⁴⁶ Cicéron *De finibus* 3.6.18: «*iam membrorum, i.e. partium corporis, alia videntur propter eorum usum a natura esse donata, ut manus, crura, pedes [...] alia quasi ad quendam ornatum [...] viris mammae atque barba*».

⁴⁷ Cfr. A. VÁZQUEZ ROCA, *Las metáforas del cuerpo en la filosofía de Jean-Luc Nancy: nueva carne, cuerpo sin órganos y escatología de la enfermedad*, *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, XVIII, 2000, 2.

⁴⁸ F. MONTANARI, *Vocabolario della lingua greca*, 2ème édition, Turin, 2009, v. *Anatomé*.

En ce qui concerne les membres, je tiens à souligner deux aspects: le premier est que seulement la tête était considérée *res sacra* et donc *extra commercium*; cette affirmation peut se déduire d'un texte de Paul appartenant à son troisième livre de questions (D. 11.7.44)⁴⁹ auquel nous lisons que seulement le lieu où avait été inhumée la tête devenait *locus religiosus*, malgré le fait que les membres restants du cadavre aient été distribués dans différents endroits qui conservaient leur caractère de *loci puri*; ce qui vient à confirmer que le corps par lui-même, libre ou esclave, vivant ou mort, était une *res* dans toutes ces parties exceptée la tête en raison d'être celle-ci le réceptacle de l'*anima* ou esprit vivifiant dont nous avons parlé, doté d'une dimension divinisée et par conséquent extrapatrimoniale. Ceci explique le fait que l'on puisse injurier le cadavre au moyen de diffamer la bonne réputation du défunt qui était en rapport direct avec son *genius* ou esprit (Ulpian 56 *ad ed. D.* 47.10.4 y 6).

Rappelons-nous de la signification spéciale pour la fondation de Rome de l'inhumation des défunts, car elle a été un des facteurs déterminants de l'avènement de la ville au VIII^e siècle avant J.C. à cause du besoin ressenti de rester sur

⁴⁹ «*Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est caput, cuius imago fit, inde cognoscimur. Cum autem impetratur, ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse*».

le même territoire où ils enterraient leurs parents transformés en dieux protecteurs, ce qui joint à la découverte de l'agriculture comme activité pour survivre a porté les premiers romains au sédentarisme symbolisé par l'*heredium* de la légende romuléenne.

Le deuxième aspect intéressant en rapport avec les membres concerne la tipification par la loi des XII Tables des *iniuriae* ou lésions corporelles au moyen des verbes – très graphiques et précis – *frangere* (=dépecer) et *rumpere* (=broyer) qui seraient employés aussi plus tard dans le contexte de la loi *Aquiliana* pour référer les dommages causés injustement à des choses d'autrui avec *occidere* (=tuer) et *urere* (=incendier), ce qui explique le besoin ressenti par le préteur, conseillé par les juristes, d'introduire dans son édit la formule des actions *in factum* lorsque le dommage ne pouvait être qualifié avec aucun des verbes statutaires⁵⁰, car si il ne concédait pas ce remède de procédure ils seraient restés impunis. A l'époque classique, comme nous fait connaître à nouveau Ulpien, ces verbes archaïques trop précis ont été absorbés par un autre de portée générale: *corrompere* (=détériorer ou altérer), qui comprenait tous les cas où l'on coupait le corps humain de quelque façon.

La décapitation, c'est à dire la séparation de la tête du reste du corps, est reliée à la figure du *prodigium*, fréquemment étudié par les juristes classi-

⁵⁰ Vid. R. ZIMMERMAN, *The law*, cit., 993.

ques dans le domaine du droit des personnes, entre autres à nouveau par Ulpien qui, assumant la définition de Labéon, a expliqué une des deux sortes de prodige comme le fait de voir quelque chose qui n'est pas naturelle⁵¹, ce qui s'avère parfaitement applicable au corps qui survit décapité et que nous retrouvons dans nombreuses sources littéraires comme Tite-Live, Denis d'Halicarnasse et Plutarque à propos de la construction du temple de Jupiter au temps du dernier roi étrusque: son emplacement fut une colline nommée Capitole à cause d'avoir trouvé la tête humaine d'un certain *Olus* de laquelle émanait du sang tiède et frais⁵², ce qui fut interprété comme présage de la future «grandeur» de Rome, telle est la version de Pline l'Ancien⁵³.

⁵¹ Dénommé par les grecs *fantasmata*, Ulpien 25 *ad edictum* D. 50.16.38.

⁵² A travers l'histoire européenne nous retrouvons le même prodige légendaire d'une tête décapitée qui réussit à survivre et donne son nom à une colline : en 287 Saint Denis fut décapité à Lutèce par les romains et réussit à faire encore six mil pas avec la tête entre les mains pour désigner le lieu où il devait être enterré; il s'agissait du mont où s'élevait le temple dédié à Mercure, qui passa à être appelé *mons martyrium* (après Montmartre) et la basilique Sacré-Cœur parce que le Christianisme incorpora au prodige l'idée du martyr pour le sauvetage et la vie éternelle d, autrui.

⁵³ Pline *Nat. Hist.* 28.4.15-16: «*Cum in Tarpeio fodientes delubro fundamenta caput humanum invenissent, missis ob id ad se legatis Etruriae celeberrimus vates Olenus Calenus, praeclarum id fortunatumque cernens, interrogatione in suam gentem transferre temptavit, scipione determinata prius templi imagine in solo ante se: Hoc ergo dicitis, Romani? hic templum Iovis optimi maximi fututum est, hic caput invenimus? Constantissima annalium adfirmatione, transiturum fuisse fatum in Etruriam, ni praemoniti a filio vatis legati respondissent: Non plane hic, sed Romae inventum caput dicimus.*

Nonobstant la version de l'historien romain, je trouve particulièrement séduisante l'explication, basée sur un vaste matériel iconographique, fournie par Zavaroni, conformément à laquelle le prodige ne faisait pas allusion à l'antagonisme politique entre les latins et les étrusques mais à la rivalité mythologique entre Jupiter et un autre dieu qui a pu être Saturne, Summanus ou Janus⁵⁴.

Zavaroni affirme que dans l'art funéraire italique et étrusque du VI et V siècles avant JC la tête isolée et vivante – appelée *mascara* – ne symbolisait pas la suprématie, mais la renaissance de l'âme et voici pourquoi elle servait d'offrande aux dieux cycliques de la régénération⁵⁵.

3. *À propos du dominium: possible correspondance entre le «fundus liberum» de Q. Mucius Scaevola et le «corpus liberum» d'Ulpian qui pouvait jouir de son genius.*

Ayant analysé certains aspects des *membra*, nous devons nous arrêter sur un autre concept invoqué par Ulpian qui est le *dominium*, car le texte de son dix-huitième livre de commentaires à l'Édit a essayé de mettre en valeur ce que Julien

Iterum id accidisse tradunt, cum in fastigium eiusdem delubri prae-paratae quadrigae fictiles in fornace creuissent, iterum simili modo retentum augurium».

⁵⁴ A. ZAVARONI, *Caput Oli, Tarpeia, Summanus et alii, Latomus. Revue d'études latines*, LXXII, fasc. 2, 2013, 319 ss.

⁵⁵ A. ZAVARONI, *Caput*, cit., 329.

avait écrit, non pas au sujet de l'*actio legis Aquiliae*, mais sur la figure de l'*erūs* qui détenait le *dominium* ou *plena potestas* (I.2.4) sur la chose; concept de *dominium* apparu pour la première fois dans un texte d'Alfenus Varus qui, peut-être, a reproduit une opinion de son maître Servius Sulpicius. Ainsi, tel que l'avait signalé Monier, le terme et l'idée de *dominium* doivent être attribués à la jurisprudence classique initiale.

De la même époque date la distinction entre le *fundus liberum* «*optimusmaximusque*», qui se trouvait dans les meilleures et plus amples conditions, et le *non liberum* grevé de servitudes conformément aux divers commentaires de Venuleius⁵⁶, Celsus⁵⁷ et Pomponius⁵⁸ à Quintus Mucius Scaevola.

Conception mucienne qui pourrait s'appliquer par analogie au *corpus liberum*, celui-ci étant l'homme qui se trouvait dans les meilleures et plus amples conditions pour jouir des facultés qui lui étaient conférées par son *genius*⁵⁹, à l'extrême opposé de l'esclave qui était assujéti au génie d'un autre; de la même façon que le *sui iuris* réunissait toutes les prémisses ou conditions pour développer les facultés reconnues par la communauté civique, c'est à dire qu'il était un *civis optimo iure*, «une personne capable d'endosser le masque

⁵⁶ Venuleius 16 *stip.*, D. 21.2.75.

⁵⁷ Celsus 8 *digestorum* D. 18.1.59.

⁵⁸ Pomponius 31 *ad Q. Mucium* D. 18.1.66.pr.

⁵⁹ Cfr. R.B. ONIANS, *Le origini*, cit., 172.

lui permettant de jouir de ses droits»⁶⁰, tandis que l'*alieni iuris* soumis à l'*imperium domesticum* d'autrui manquait de capacité juridique.

4. *L'évolution historico-philosophique de la règle*
«dominus membrorum suorum nemo videtur».

Comme j'ai souligné au début de cet exposé, le texte d'Ulpien requiert, en plus des approches étymologique et exégétique effectuées auparavant, être abordée aussi d'une perspective philosophique conseillée par l'ambiance culturelle de sa ville natale, Tyr, située non loin de Berite où les juristes ont pu maintenir un contact étroit avec la philosophie neoplatonique développée par les grands théologiens orientaux – surtout par Plotin d'Alexandrie – qui voyaient dans le penseur grec un «Moïse attique»⁶¹.

Il est bien connu que Platon avait considéré le corps humain comme la prison de l'âme qui l'empêchait de s'élever vers la vérité, en se caractérisant par être une matière corruptible face à la permanence idéale ou abstraite de l'âme.

Dans la même ligne pour l'orphisme, qui suivait une pensée mythologique, le principe divin de la vie était resté emprisonnée dans le corps

⁶⁰ F. TOMKINS - N.G. LEMON, *The commentaries of Gaius on the Roman Law*, Londres, 1869 cité par R.B. ONIANS, *Le origini*, cit., 173 nt.5.

⁶¹ Cfr. L. DE GIOVANNI, *Istituzioni Scienza giuridica Codici nel mondo tardoantico*, Roma, 2007, 105.

humain⁶², de telle façon que *soma* – tombe de la *psique* – signifiait cadavre, aucun mot n’existait pour désigner l’unité des membres, ou ce qui est pareil le corps vivant, comme on peut apprécier dans les poèmes homériques.

Une telle conception négative a été surmontée par Aristote qui a parlé d’une substance première qui ne pouvait pas se prêcher ni se trouver chez l’individu, parce que c’était l’individu même identifié avec le corps; cette idée a été accueillie par le Christianisme qui surtout à partir de l’époque médiévale a considéré que le corps aussi bien que l’âme avait une origine divine, était la demeure de Dieu qui s’était transformé en chair pour annoncer sa future résurrection au sein de laquelle il n’y aurait plus ni mort ni maladie, c’est à dire que le corps perdrait sa corruptibilité matérielle en atteignant la vie éternelle⁶³.

Malgré le fait que la physique cartésienne a pris comme modèle la machine et non pas l’organisme vivant – voilà pourquoi elle a vu dans la mort un simple arrêt du fonctionnement du corps –, cependant elle a eu en commun avec la vision aristotélique une conception de l’âme comme substance incorruptible, indivisible, simple et immortelle – *res cogitans* pour Descartes dont la fonction était celle de contrôler les passions ou émotions irrationnelles qui se formaient

⁶² Sur ce point L. GAROFALO, *L’homo*, cit., 24 et nt. 67.

⁶³ Jusqu’au XIX siècle on a évité de reproduire artistiquement le corps affecté par la déformation ou par la sénilité, car sa beauté devait répondre à la pureté de l’âme qu’il contient.

dans le corps ou *res extensa*, matérielle et finie dans l'espace et dans le temps.

Pour Descartes la liberté était la capacité de choisir entre freiner ou, au contraire, se laisser entraîner par les passions sensuelles qui, selon Rousseau, font leur nid seulement dans les corps efféminés en manque de vigueur pour les combattre⁶⁴. Cette idée se trouvait déjà parmi les grecques et les romains qui niaient à l'esclave le droit d'initiative sexuelle parce, tel que nous l'avons vu, ils manquaient de *genius*, ce qui leur rendait impossible de contrôler leur propre corps: tandis que *secundum bonos mores* la *pudicitia* était seulement applicable au *corpus liberum*, elle constituait son «bagne»⁶⁵, c'est à dire le frein ou obstacle que rencontrait l'esprit procréatif également commenté auparavant.

Voilà la raison pour laquelle l'*iniuria* a rejoint aussi l'offense à la pudeur (D. 47.10.15.20) et que l'exposition du corps a été progressivement rejetée, comme le démontre le mot «ridicule» employé par Gaius (I. 3.193) à propos du registre domiciliaire du *lance licioque* prévu par la loi des XII Tables ainsi que le fait d'avoir éliminé la preuve de l'*inspectio corporis*, grâce au critère plus pudique préconisé par les sabinieniens pour fixer l'âge de la puberté.

⁶⁴ J.J. ROUSSEAU, *Emile ou De l'éducation*, I, Paris, 1762, 39.

⁶⁵ A. MANFREDINI, *Liberum corpus nullam recipit aestimationem*, *SDHI*, LXXVI, 2010, 362.

Le rationalisme cartésien a ouvert les portes aux idées du Droit Naturel, dont le principal représentant au siècle qui nous occupe, C. Wolff, en partant du *ius connatum* conçu par C. Thomasius comme inné et consubstantiel à l'individu, a déduit un grand éventail de droits de la personne – parmi eux le droit au propre corps –⁶⁶.

Pour Locke, de la même façon que pour Bentham auparavant, chaque homme avait le droit et le devoir de protéger sa conservation et voilà pourquoi il était maître de sa personne et de ce qu'il produisait avec son corps. Ils se sont séparés ainsi de Kant, pour qui la relation entre l'homme et son corps ne devait pas se situer dans la relation personne-chose, car le corps était l'individu même, le lieu où il se projetait à l'extérieur et, donc, condition de son existence: il ne pouvait pas être *sui dominus*⁶⁷, ce qui rappelle prodigieusement la règle jurisprudentielle romaine «*nemini res sua servit*» à propos de la confusion des servitudes.

La voie de la philosophie libérale et de l'utilitarisme tracée par l'École du Droit Naturel a été suivie par les physiocrates français, dont le principal représentant, Dupont de Nemours, a affirmé que depuis ses origines l'homme est propriétaire de sa personne, idée accueillie par les

⁶⁶ Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione*, cit., 33 ss.

⁶⁷ Sur ce point D. DE ROUSSIN, *Histoire du droit privé (XVI^e-XXI^e siècles)*, Paris, 2010, 338-339.

projets de codification de Cambacérès et par Portalis, aussi bien dans son ouvrage philosophique *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique* écrit entre 1797 et 1799⁶⁸ que dans son Discours préliminaire au Code Civil, en situant l'origine du droit de propriété dans «le droit de l'homme aux choses nécessaires pour sa subsistance et conservation», c'est à dire aliments et vêtements pour couvrir le corps: par conséquent, si le *dominium* s'expliquait en raison du *corpus*, implicitement les codificateurs reconnaissaient à l'homme le *dominium corporis*.

5. *Séparation du droit canonique de la règle civile: le principe d'unité de chair et la vision apologétique du corps.*

Pour conclure et dans un autre ordre d'idées complètement différent, si nous passons du domaine du droit civil à l'autre grand versant du *ius commune*, le droit canonique, nous trouvons de façon surprenante la contravention tacite de notre principe au canon 1081 (livre III, chapitre 5) qui définit le consentement matrimonial dans son paragraphe 2 comme «acte de la volonté au moyen duquel les deux parties donnent et acceptent le droit perpétuel et exclusif sur le corps en ordre aux actes qui sont par eux-mêmes aptes pour engendrer la descendance». Remarquons: perpétuité et exclusivité – caractéristiques du *do-*

⁶⁸ D. DEROUSSIN, *Histoire*, cit., 278.

minium romain – proclamés non seulement sur le propre corps, mais aussi sur le corps du conjoint !

Telle conception provient d'un des principes canonistes fruit de l'exégèse des textes bibliques de l'Ancien Testament, plus précisément du Genèse 2.20; 2. 23 et 2. 24 qui est le principe «d'unité de chair» – *erunt duo in carne una* – étudié en profondeur par Churruca⁶⁹ qui a situé ses origines au deuxième siècle dans une œuvre apocalyptique écrite en grec par un dénommé Hermas comme base pour la dissolution du mariage, car le péché d'une chair contaminait l'autre (nous retrouvons l'idée de la contamination déjà vue à propos du *parricidas*), mais en même temps comme moyen d'obtenir la pénitence puisque le conjoint repenté devait être réadmis par l'autre étant donné qu'il continuait à être un de ses membres.

Un autre apologiste du même siècle, Justin, employa le principe d'unité de chair comme cause licite de répudiation du mari païen de la part de sa femme chrétienne pour ne pas participer de son état impur: idée que nous trouvons récréée artistiquement dans les fresques de l'oratoire de l'Église bolonaise San Giacomo Maggiore dédiés par différents peintres italiens à Sainte Cécile, qui procura par tous les moyens la conversion de son fiancé Valérien pour éviter qu'il lui transmette son impureté. Propriété sur le corps en corréla-

⁶⁹ J. CHURRUCA, *Cristianismo y mundo pagano. Nuevos estudios*, Madrid, 2009, 23-47.

tion logique avec une conception de celui-ci qui ne lui n'attribuait pas vraiment de l'importance, car il s'avérait être un «simple morceau de chair» en paroles de Tertulien.

ABSTRACT

Although the *factum* precedes the *ius*, it may happen that either a juridical change –or the mere foresight of a change- gives rise to a social reaction, which, on turn a might provoke the derogation of a precept or a rule of law.

Such was the case of the fore project of law on pregnancy interruption proposed by the Spanish Government at the beginning of 2014 which arose doubts about one ancient roman juridical rule that denies the property of the own body.

This rule, contained in D. 9.2.13.pr., is approached from etymological, exegetical, historical and philosophical points of view.

Key Words: *caput, corpus (liberum, mortuum, obnoxium), dominium, membrum.*

Bien que le *factum* précède le *ius*, il arrive parfois qu'un changement juridique –ou la simple prévision de changement- déclenche une réaction

sociale qui, à son tour, provoque la dérogation d'un précepte ou d'une règle de droit.

Tel a été le cas de l'avant-projet de loi de l'avortement proposé par le Gouvernement espagnol au début de 2014 qui a suscité des doutes à propos d'une ancienne règle de droit romain qui nie la propriété sur le propre corps.

Cette règle, contenue au D. 9.2.13.pr., est abordée d'une perspective étymologique, exégétique, historique et philosophique.

Mots Clé: *caput, corpus (liberum, mortuum, obnoxium), dominium, membrum.*

LAURA GUTIÉRREZ MASSON
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad Complutense de Madrid
l Gutierr@der.ucm.es