



**HAL**  
open science

## Les données personnelles et la propriété du soi

Bernard Perbal

► **To cite this version:**

Bernard Perbal. Les données personnelles et la propriété du soi. Droit. Université Côte d'Azur, 2018. Français. NNT: 2018AZUR0024 . tel-02506246

**HAL Id: tel-02506246**

**<https://theses.hal.science/tel-02506246>**

Submitted on 12 Mar 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



# THÈSE DE DOCTORAT

## Les données personnelles et la propriété du soi

**Bernard PERBAL**

GREDEG

**Présentée en vue de l'obtention  
du grade de docteur en Droit  
d'Université Côte d'Azur**

**Dirigée par** : Fabrice SIIRIAINEN

**Soutenue le** : 12 décembre 2018

**Devant le jury, composé de :**

Jacques LARRIEU, Professeur Emérite,  
Université Toulouse 1 Capitole,  
CDA-EPITOUL

Christophe ALLEAUME, Professeur, Université  
de Caen Normandie

Eva MOUIAL-BASSILANA, Professeure,  
Université Nice Sophia-Antipolis



# Les données personnelles et la propriété du soi

Jury :

*Présidente*

Eva MOUIAL-BASSILANA, Professeure, Université Nice Sophia-Antipolis

*Rapporteurs*

Jacques LARRIEU, Professeur Emérite, Université Toulouse 1 Capitole, CDA-EPITOUL

Christophe ALLEAUME, Professeur, Université de Caen Normandie

*Directeur de thèse*

Fabrice SIIRIAINEN, Professeur, Université Nice Sophia-Antipolis





## Les données personnelles et la propriété du soi

---

**Résumé :** La progression fulgurante des sciences biologiques, dont les impacts sociétaux n'avaient peut-être pas été suffisamment anticipés par le droit international, a créé des conflits conceptuels qu'il est souhaitable d'appréhender dans des débats constructifs respectueux de la richesse des différences individuelles, afin d'éviter des cloisonnements idéologiques qui ne seront d'aucun bénéfice pour l'Humanité.

L'analyse des sources du concept de données personnelles et de l'évolution de son acception, renvoie au très long et difficile chemin parcouru depuis les premiers textes fondateurs européens jusqu'à la consécration de la notion de respect du droit à la vie privée que l'on doit à l'opiniâtreté de ses deux défenseurs qu'étaient Samuel Warren et Louis Brandeis, dont l'œuvre séminale a impacté le droit international dans son ensemble. Les données personnelles, maintenant identifiées à des data, sont devenues des ressources convoitées par les mondes de l'économie, du commerce électronique, de la biomédecine et de la criminologie.

La dématérialisation des caractéristiques individuelles qui en a découlé a provoqué une immense vague de problèmes et différends relatifs aux modalités de collecte, traitement, diffusion et conservation de ces données, surtout quand elles concernaient des identifiants sensibles tels que les données génétiques. Les secrets de la vie et de l'hérédité s'ouvrent maintenant à un grand public souvent désarmé face aux entreprises qui souhaitent exploiter la richesse du soi intime des individus.

Les potentialités nouvellement révélées du génie génétique humain, ont mis en exergue la faiblesse et l'inefficacité de textes juridiques et normatifs ayant mal vieilli qui conduisent à des clivages de principe rigides face à des technologies génétiques visant à améliorer le bien-être des peuples. Il est aujourd'hui nécessaire de dépassionner les débats et de redéfinir au plus tôt, sur des bases scientifiques objectives, le statut juridique des données génétiques et de l'information que leur exploitation peut livrer.

---

**Mots clés :** Vie privée, données personnelles, criminalistique, soi génétique, propriété du soi, données génétiques, information génétique, qualification juridique, ADN, STR, gènes, manipulations génétiques

## Personal data and self-ownership

---

**Abstract :** The dazzling growth of biological sciences, whose societal impacts might not have been well enough anticipated by the international law, has created conceptual conflicts that should be apprehended in constructive debates, respectful of the richness of individual differences, so as to avoid any ideological compartmentalization, which will be of no benefit to Humanity.

The analysis of the roots of the concept of personal data and of the evolution of its acceptance, sends back to the very long and difficult journey from the very first European founding texts to the consecration of the right to privacy rooted in the obstinacy of its two defenders Samuel Warren and Louis Brandeis whose seminal works have impacted international law as a whole. Personal information identified as data, has become coveted resources by the worlds of economy, electronic business, biomedicine and criminology.

The dematerialization of individual characteristics brought with it an immense wave of issues and conflicts in relation with procedures of collection, processing, circulation and confidentiality of this type of data, especially when it dealt with sensitive identifiers such as genetic data. Technically unattainable until now, the secrets of life and heredity are currently being offered to the general public, who often finds itself powerless when facing companies willing to exploit the richness of their intimate self.

The newly revealed potentialities of human genetic engineering, has put forth the weakness and inefficiencies of outdated legal and normative texts which, because of their inadequacy to societal evolution, lead to rigid divisions of principles before genetic technologies who aspire to take advantage of the understanding of genomes in order to improve the well being of people. It is necessary, today, to remove any passionate feeling to temper emotional debates by redefining, as soon as possible, the legal status of genetic data and the information that their exploitation can deliver.

---

**Keywords :** Private life, personal data, forensic sciences, genetic self, self-ownership, genetic data, genetic information, legal status, DNA, STR, genes, heredity, genetic





*Pour Annick*

*L'homme a besoin d'un intérieur, d'un foyer, d'une intimité ;  
il lui faut une femme, quelqu'un à aimer, un intérêt,  
un aliment de cœur, un point d'appui.*

*Henri-Frédéric Amiel  
Journal intime, 15 juin 1872*



## REMERCIEMENTS

Je remercie très sincèrement Monsieur le Professeur Siirainen pour son soutien et la confiance qu'il m'a témoignée en acceptant d'encadrer une thèse dont certains aspects promettaient d'être polémiques, compte tenu des sujets brûlants de l'actualité qu'elle aborde, mais aussi et surtout pour avoir accepté dans son laboratoire un « jeune étudiant » dont la détermination juridique laisse certains dubitatifs.

Je suis honoré que MM les Professeurs J. Larrieu et C. Alleaume aient accepté la lourde tâche d'être rapporteurs d'une étude aux très nombreuses ramifications juridiques, sociétales, philosophiques, éthiques et scientifiques et que Mme la Professeure Mouial-Bassilana ait accepté d'examiner ce travail. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma reconnaissance.

Ma nouvelle orientation universitaire a été très fortement influencée par mes Professeurs. Merci à Mme S. Druffin-Bricca de m'avoir permis d'intégrer, au sein du Master 2, un groupe de « vrais » jeunes étudiants dynamiques et accueillants, à M. F. Siirainen dont la pédagogie et la rigueur avec laquelle il aborde les problématiques de la propriété intellectuelle ont renforcé ma vocation, à M. T. Marteu pour m'avoir encouragé à suivre la voie que je m'étais tracée et à MM N. Hautier et J.-P. Décobert pour l'accueil qu'ils m'ont réservé dans leur cabinet.

L'angle de droit comparé que j'ai choisi pour mes études m'a donné l'occasion et l'immense plaisir de communiquer avec de nombreux juristes américains que je n'ai malheureusement pas la place de tous remercier nominativement. Je retiendrai l'aide exceptionnelle que les Pr. S. Gross, W. C. Thompson, R. Huff, A. Gajda m'ont apportée et remercie spécialement les Pr. S. Mercer et J. M. Butler qui n'ont pas hésité à prendre beaucoup de leur temps pour me faire part de leurs suggestions et me fournir des documents essentiels à mon étude. Qu'ils soient assurés de l'expression de ma plus profonde gratitude.

Je tiens à remercier les personnels de la bibliothèque du Congrès des États-Unis et du Parlement européen pour le support chaleureux qu'ils m'ont procuré. Merci également aux bibliothécaires du Campus Trotabas pour l'aide et le soutien exceptionnels dont j'ai pu bénéficier à chacun de mes passages. La richesse documentaire de la Bibliothèque Nationale de France et de la bibliothèque Nucéra de Nice ont été également d'un immense secours.

Je remercie très chaleureusement Madame Gazano et ses collaboratrices pour les efforts qu'elles ont déployés afin de régler les problèmes divers auxquels j'ai dû faire face durant ma scolarité. Merci aussi à Madame Passeron pour son soutien.

Un merci tout particulier à Jill-Patrice Cassuto qui a eu le courage de lire le manuscrit dans sa forme brute, ainsi qu'à Sabine et Sébastien pour leur disponibilité et leur aide. Merci à Séverine et Sonia pour leur soutien moral.

Enfin, je ne saurais oublier de remercier mon épouse pour m'avoir soutenu journallement dans les moments les plus difficiles. Plus qu'un réconfort, Annick fut un véritable exemple de courage et de détermination, tantôt inspiratrice, tantôt muse, tantôt critique littéraire, tantôt « révolutionnaire » ... Sans sa présence, ce travail n'aurait pas vu le jour.



*Ce qui fait « moi », ce sont les autres.*

*Je suis unique car je suis différent des autres.*



## SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	7
PARTIE 1 : LES DONNÉES PERSONNELLES, ÉPICENTRE D'UN SÉISME SOCIO-ECONOMIQUE.....	29
TITRE I : LE LONG CHEMIN DE LA RECONNAISSANCE DU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE AUX ETATS-UNIS .....	29
TITRE II : ORIGINE ET RECONNAISSANCE DE LA VIE PRIVÉE EN FRANCE ET DANS L'UNION EUROPÉENNE.....	95
PARTIE 2 : LE « SOI » ET L'IDENTITÉ GÉNÉTIQUE.....	173
TITRE I : LE « SOI » : UN ENSEMBLE DE DONNÉES PERSONNELLES A PART ENTIÈRE.....	173
TITRE II : VERS UN DROIT DES DONNÉES ET DES INFORMATIONS GÉNÉTIQUES.....	295
CONCLUSION GÉNÉRALE ET PERSPECTIVES : DU SOI GÉNÉTIQUE AUX DONNÉES PERSONNELLES : RETOUR VERS LE FUTUR .....	447





## LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ADN	Acide désoxyribonucléique
Al.	Alinéa
ARN	Acide ribonucléique
Art.	Article
BJS	Bureau of Justice Statistics
CA	Cour d'appel
Cass. Ass. plén	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CCNE	Comité Consultatif National d'Éthique
CE	Conseil d'État
CED	Centralized Elimination Database
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CGU	Conditions générales d'utilisation
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l' Homme
CNIL	Commission Nationale de l'informatique et des libertés
CNRTL	Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales
CODIS	Combined DNA Index System
Conv.EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPS	Crown Prosecution Service
CRISPR-cas9	Clustered Regulatory Interspaced Short Palindromic Repeat
DOM	Départements d'outre-mer
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
EFS	Établissement Français du Sang
FAED	fichier automatisé d'empreintes digitales
FBI	Federal Bureau of Investigation
FNAEG	fichier national des empreintes génétiques
FSP	Forensic Service Provider
FSS	Forensic Science Service
FTC	Federal Trade Commission
GINA	Genetic Information Nondiscrimination Act
GPA	Gestation pour autrui
GWAS	Genome wide associations studies
HIPAA	Health Insurance Portability and Accountability Act
<i>Ibid</i>	Ibidem, au même endroit
<i>infra</i>	Ci-dessous, ci-après
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
IRB	Institutional Review Board
LCN	Low copy number
NDIS	National DNA Index System
NDU	National DNA Database Delivery Unit
NGS	Next Generation Sequencing
NIR	Numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques

NPIA	National Policing Improvement Agency
NSA	National Security Agency
ONU	Organisation des nations Unies
PCR	Polymerase chain reaction
PMA	Procréation médicalement assistée
RGPD	Règlement général sur la protection des données
Rép. Civ	Répertoire de droit Civil
s.	Suivante
SGMPlus	Second Generation Multiplex Plus
SNP	Single nucleotide polymorphism
STR	Short tandem repeats
<i>supra</i>	Plus haut
suiv.	Suivant(e)s
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
TGI	Tribunal de grande instance
WES	Whole Exome Sequencing
GWAS	Genome-Wide Association Study

### *Revues spécialisées<sup>1</sup>*

Adv Exp Med Biol	Advances in Experimental Medicine and Biology
AJ Pénal	Actualité juridique : Pénal
AJDA	Actualité juridique du Droit Administratif
AJF	Actualité juridique famille
Alb L J. Sci & Tech Albany	Law Journal of Science and Technology
Am J Hum Genet	American Journal of Human Genetics
Am J Transplant	American Journal of Transplantation
Am Sociol Rev	American Sociological Review
Am J Hum Genet	American Journal of Human Genetics
Am J Psychol	The American Journal of Psychology
Ann Hum Biol	Annals Of Human Biology
Arch Pathol Lab Med	Archives Of Pathology & Laboratory Medicine
Biochem Biophys Res Commun	Biochemical and Biophysical Research Communication
Biomedicine Tech Review	Biomedical Technician reviews
Blood Transfus	Blood transfusion
Breastfeed Med	Breastfeeding Medicine
Brit J Dev Psychol	British Journal Of Developmental Psychology
Brit J Haematol	British Journal of Haematology
Cell Commun Signal	Cell Communication And Signaling
Clin Chem	Clinical Chemistry
Clin Exp Dermatol	Clinical and Experimental Dermatology
Clin Genet	Clinical genetics
Clin Lab	Clinical Laboratory
Cold Spring Harb Sym	Cold Spring Harbor Symposia On Quantitative Biology
Cold Spring Harb Perspect Biol	Cold Spring Harbor Perspectives in Biology
Columbia Law Rev	Columbia Law Review

<sup>1</sup> Sigles et abréviations selon : Liste des abréviations juridiques-tandem, Unice <http://bibliotheque-blogs.unice.fr/tandem/abreviations/> et

Web of Science [https://images.webofknowledge.com/images/help/WOS/C\\_abrvjt.html](https://images.webofknowledge.com/images/help/WOS/C_abrvjt.html)

CPLR	Civil Practice Law and Rules
Crime Delinquency	Crime & Delinquency
Croat Med J	Croatian Medical Journal
Curr Psychol	Current Psychology
D	Recueil Dalloz
Dev Biol	Developmental Biology
Dr et Patrimoine	Droit et patrimoine
Eur J Med Genet	European Journal Of Medical Genetics
Forensic Sci Int	Forensic Science International
Forensic Sci Int-Gen	Forensic Science International-Genetics
Forensic Sci Rev	Forensic Science Review
Gaz Pal	Gazette du Palais
Genome Announc	Genome Announcements
Genome Med	Genome Medicine
Gynecol Obstet Ferti	Gynécologie Obstétrique & Fertilité
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hum Genet	Human Genetics
Hum Mol Genet	Human Molecular Genetics
Human Genet	Human Genetics
Immunol Rev	Immunological Reviews
Int J Ethics	International Journal Of Ethics
Int J Legal Med	International Journal of Legal Medicine
J Cell Commun Signal	Journal of Cell Communication And Signaling
JCI Civil Code	JurisClasseur Civil Code
J Anat	Journal of Anatomy
J Clin Oncol	Journal of Clinical Oncology
J Contemp Health Law Pol	The Journal of Contemporary Health Law and Policy
J Exp Med	Journal of experimental medicine
J Exp Psychol	Journal of Experimental Psychology
J Forensic Investigation	Journal of Forensic Investigation
J Forensic Sci	Journal of Forensic Sciences
J Gerontol A Biol Sci Med Sci	Journals of Gerontology, series A, Biological Sciences and Medical Sciences
J Happiness Stud	Journal of Happiness Studies
J Hum Evol	Journal of Human Evolution
J Hum Lact	Journal of Human Lactation
J Pers Soc Psychol	Journal of Personality and Social Psychology
J Res Adolescence	Journal of Research on Adolescence
J Res Pers	Journal of Research In Personality
J Theor Biol	Journal of Theoretical Biology
J. Anat.	Journal of Anatomy
J. Biol Chem	The Journal of Biological Chemistry
J. Clin Oncol	Journal Of Clinical Oncology
J. Hum Evol	Journal of Human Evolution
J Pers Med	Journal of Personalized Medicine
J Physiol	The Journal of Physiology
J Reprod Fertil	Journal of reproduction and fertility.
JAMA	The Journal of the American Medical Association
JCP	Semaine juridique
LA Law Rev	Louisiana Law Review
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

JORF	Journal Officiel de la République Française
Matern Child Nutr	Maternal And Child Nutrition
Mich Law Rev	Michigan Law Review
Mol Cell	Molecular Cell
Mol Vis	Molecular Vision
Mol Hum Reprod	Molecular Human Reproduction
N Engl J Med	The New England Journal of Medicine
Nat Biotechnol	Nature Biotechnology
Nat Genet	Nature Genetics
Nat Rev Cancer	Nature Reviews Cancer
Nat Rev Genet	Nature Reviews Genetics
Nat Commun	Nature Communications
Nat Methods	Nature Methods
Nucleic Acids Res	Nucleic Acids Research
Open Biochem J	The Open Biochemistry Journal
Origins Life Evol B	Origins of Life and Evolution of Biospheres
OSJCL	Ohio State Journal of Criminal Law
Paediatr Child Health	Paediatrics & Child Health
Pers Relationship	Personal Relationships
Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci	Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences
PLOS Biol	PLOS Biology
PLOS Genetics	PLOS Genet
Proc Natl Acad Sci U S A	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America
Prog Brain Res	Progress in Brain Research
Psychol Bull	Psychological Bulletin
Public Health Rep	Public Health Reports
RDC	Revue des contrats
RDIC	Revue internationale de droit comparé
RDS S	Revue de droit sanitaire et social
Rép civ	Répertoire Dalloz de droit civil
Reprod Biomed Online	Reproductive BioMedicine Online
RGD	Revue générale du Droit
Rheumatol Int	Rheumatology International
Roy I Ph S	Philosophy And Public Affairs
RSC	The Royal Society of Chemistry
RTD civ	Revue trimestrielle de droit civil
Sci AM	Scientific American
Sci Rep	Scientific Reports
Stanford Law Rev	Stanford Law Review
Tpami	IEEE Transactions on Pattern Analysis and Machine Intelligence
Transplant Int	Transplant International
Transplant P	Transplantation Proceedings
Trends Biotechnol	Trends In Biotechnology
Wisc Law Rev	Wisconsin Law Review

## INTRODUCTION

1. On peut très certainement affirmer aujourd'hui, qu'aucun domaine des champs d'activité de l'Homme et de ses interactions avec son environnement n'a échappé aux impacts, directs ou indirects des développements de l'informatique, de la miniaturisation des procédés et des techniques de numérisation de plus en plus puissantes.

2. Les considérables progrès scientifiques et techniques réalisés au cours des dernières décennies ont bouleversé, au niveau planétaire, toutes les formes de communication et de télécommunication, écrites, verbales et médiatiques et tous les aspects relationnels humains.

La numérisation généralisée de tous les aspects de notre vie et de notre environnement a conduit à une dématérialisation des caractéristiques individuelles et a défini des cadres sociétaux nouveaux dans lesquels les individus doivent s'intégrer et auxquels le droit doit s'adapter.

Parmi les applications les plus marquantes nées de ces progrès, on retiendra, par exemple et de manière non exhaustive, la révolution génétique issue du séquençage total du génome humain.

3. Bien qu'elle soit aujourd'hui un sujet d'intérêt manifeste aussi bien dans les sphères politiques et juridiques, que dans le grand public largement averti par la presse des conséquences de la mise en application le 25 mai 2018 du « Règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD)<sup>2</sup> », la notion de données à caractère personnel et des droits qui y sont associés reste assez floue aux yeux du public, malgré les efforts de la Commission Nationale Informatique et Liberté (CNIL) à cet égard<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)

<sup>3</sup>Voir par exemple la présentation thématique complète, en 11 chapitres, des dispositions du RGPD proposée par la CNIL et dont le premier chapitre traite des dispositions générale du règlement et en particulier de l'article 4 concernant les définitions retenues. Le chapitre III quant à lui traite des droits de la personne concernée. (<https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees/chapitre1#Section1>)

4. A la lumière des récents textes relatifs à la protection des données à caractère personnel, notre réflexion s'articulera selon deux axes principaux concernant 1) l'origine du concept de données personnelles au travers du droit au respect de la vie privée, 2) la reconnaissance internationale des caractéristiques à caractère personnel d'ordre génétique en se concentrant sur la place et le rôle des données génétiques dans la définition de l'identité génétique et de son exploitation criminalistique, et en réservant une place particulière aux droits applicables à la protection de données et de l'exploitation des informations que leur interprétation peut livrer.

5. L'analyse du droit américain concernant le respect à la vie privée et à la reconnaissance des données à caractère personnel sera la pierre d'angle de notre analyse concernant la recherche des sources du droit au respect de la vie privée et de l'origine de la reconnaissance des données à caractère personnel qu'on lui doit, dans un contexte où le droit français avait été précurseur de courte durée. L'approche de droit comparée contribue à une meilleure compréhension des racines ayant permis l'éclosion du « droit à la vie privée » à la fois en France et au niveau européen. A l'instar de monsieur le Professeur G. Loiseau qui mettait en exergue dans l'introduction de sa thèse de Doctorat, la richesse et les difficultés inhérentes à l'exercice du droit comparé<sup>4</sup>, nous avons choisi de traduire nous même les textes originaux, y compris les textes anglais du XVI<sup>e</sup> siècle, autant que cela fut possible et avons conservé l'emploi de la terminologie anglo-saxonne quand la traduction française de certains mots et expressions ne reflétait pas la puissance du concept qui y était attaché dans la langue d'origine. Il en est ainsi par exemple du mot « home » et de l'expression « privacy » dont la signification américaine est bien plus large que les traductions françaises couramment employées.

6. Cette remarque n'est pas un caprice sémantique car la lecture de directives et règlements européens, pourtant traduits par des juristes compétents, révèle l'importance des subtilités de langage propres à chaque État membre de l'Union, qui rencontrent quelque fois des difficultés d'adaptation dont nous avons relevé quelques exemples dans notre étude.

---

<sup>4</sup> G. LOISEAU « Le nom objet d'un contrat » Paris, LGDJ, 1997, p 4 Introduction II - L'outil « *Il n'en demeure pas moins que la comparaison juridique peut se révéler, pour notre sujet, extrêmement féconde.* » ... « *On connaît les écueils qui attendent le postulant comparatiste : l'ambiguïté du vocabulaire juridique et plus généralement la difficulté de traduction qu'induit l'emploi d'une langue étrangère, sans oublier la question des sources du droit étranger, c'est à dire de la collecte et de l'utilisation des données faisant l'objet de la comparaison* »

Les outils juridiques auxquels notre étude se réfèrera en ce qui concerne son objet principal, relatif aux données à caractère personnel d'ordre génétique, seront pour les États-Unis et la Grande Bretagne les règles de Common Law<sup>5</sup>, pour la France la loi dite « Informatique et liberté » de 1978<sup>6</sup>, et pour l'Europe plusieurs directives et règlements du Parlement et du Conseil européens<sup>7</sup>.

- *Un droit bâti sur des idées révolutionnaires*

7. La recherche de l'origine des droits de la personne concernée par la collecte, l'exploitation, la conservation et la mise à disposition d'informations personnelles la concernant, conduit à la source du droit au respect de la vie privée, qui sera le terreau du concept de données personnelles.

C'est aux États-Unis que ce voyage « initiatique » nous fera faire nos *premiers pas vers le droit au respect de la vie privée*<sup>8</sup>, bien que les prémices de sa reconnaissance aient germé en Europe.

8. Des références à la protection légale de la vie privée sont retrouvées dans les fonctions attribuées aux Justice of Peace<sup>9</sup> (sorte de Juges de proximité du Comté, assistant un Lord), dans

---

<sup>5</sup> Le cas de la Grande Bretagne est particulier et mérite qu'on s'y arrête rapidement. Historiquement, le droit à la vie privée n'était pas reconnu au Royaume Uni jusqu'à la promulgation du Human Rights Act, le 9 novembre 1998, et son entrée en action en 2000. Cette loi reconnaît les termes de la Convention Européenne sur les droits de l'homme et par là même, la notion de vie privée. La reconnaissance des données personnelles n'existait pas avant le Data Protection Act 1984 (DPA, loi pour la protection des données), abrogé par le Data Protection Act 1998, qui en transposant la directive 95/46/CE, conférait plusieurs droits concernant les données personnelles sans en garantir une protection absolue. Le 23 mai 2018, le Data Protection Act 2018 est devenu une loi à part entière par laquelle le Royaume Uni accepte les termes du RGPD concernant les dispositions relatives à la protection des données à caractère personnelles. Au niveau des États, il existe plusieurs différentes lois régissant la collecte et l'utilisation des données personnelles. Voir L JOLLY « State privacy Laws. Thomson Reuters Practical Law <https://legal.thomsonreuters.com/en/products/practical-law> ; E. BARENDT « La protection de la vie privée en Angleterre » *Legicom* 1999/4 n° 20 pp115-120 ; Data Protection Act 2018 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/enacted/data.pdf>

Aux États-Unis, la Common Law n'est qu'une des cinq sources du droit qui obéit par ailleurs aux lois constitutionnelles, aux lois écrites (statutory), aux traités et aux régulations administratives.

<sup>6</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (JORF du 7 janvier 1978 p 227), modifiée par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018

<sup>7</sup> V. *infra* n° 180

<sup>8</sup> V. *infra* n° 64

<sup>9</sup> C. A. BEARD "The office of justice of the peace in England in its origin and development" (1904) *Studies in history, economics and public law*. Vol XX Columbia University Press Macmillan University Press. Voir aussi « Des Magistrats subordonnés » M. BLACKSTONE *Commentaires sur les Lois Anglaises*. Tome Second Livre premier, Chapitre IX pp 1-56-Traduction française M.D.G., Éditions J.L. De BOUBERS Bruxelles 1784

une loi promulguée en 1361<sup>10</sup> par le roi Edward III Plantagenet et dont « *une disposition prévoyait l'interpellation des voyeurs ou de ceux qui espionnaient leurs voisins* »<sup>11</sup>. Ainsi, « *Ceux qui montent sur les toits ou sur les fenêtres des maisons pour épier ce qui s'y fait, et ensuite forger des histoires scandaleuses ou fausses, peuvent être attaqués devant la Cour foncière, pour y être condamnés à une amende, et à donner caution de tenir à l'avenir une meilleure conduite* »<sup>12</sup>.

En 1689 la Déclaration des Droits (Bill of Rights<sup>13</sup>) imposée au souverain d'Angleterre à la suite de « la glorieuse révolution »<sup>14</sup> offre une grande avancée pour ce qui est de la liberté d'expression. Ainsi, la liberté de la presse, dont Voltaire fera l'éloge<sup>15</sup>, y fut garantie dès 1695<sup>16</sup>,

---

<sup>10</sup> Justices of the Peace Act 1361 Chapter 1 34 Edw 3. Les Justice of peace ne punissent pas. Ils exercent plutôt des actions préventives à l'attention de ceux qui seraient susceptibles de commettre des « offenses » que les lois répriment. « *Who shall be Justices of the Peace. Their Jurisdiction over Offenders; Rioters; Barrators; They may take Surety for good Behaviour. First, That in every County of England shall be assigned for the keeping of the Peace, one Lord, and with him three or four of the most worthy in the County, with some learned in the Law, and they shall have Power to restrain the Offenders, Rioters, and all other Barrators, and to pursue, arrest, take, and chastise them according their Trespass or Offence; and to cause them to be imprisoned and duly punished according to the Law and Customs of the Realm, and according to that which to them shall seem best to do by their Discretions and good Advisement . . . and to take and arrest all those that they may find by Indictment, or by Suspicion, and to put them in Prison; and to take of all them that be not of good Fame, where they shall be found, sufficient Surety and Mainprise of their good Behaviour towards the King and his People, and the other duly to punish; to the Intent that the People be not by such Rioters or Rebels troubled nor endamaged, nor the Peace blemished, nor Merchants nor other passing by the Highways of the Realm disturbed, nor put in the Peril which may happen] of such Offenders. . . »*

<sup>11</sup> A. HARCHOUX « Le droit au respect de la vie privée au Royaume Uni » *Gaz Pal* (2006), 264 p11

<sup>12</sup> M. BLACKSTONE « Des Offenses contre la Santé, la Police et L'Économie publiques » Commentaires sur les Lois Anglaises. Tome 6 Chapitre XIII- pp 69-70. Traduction française J.L. De BOUBERS Bruxelles 1784

<sup>13</sup> English Bill of Rights 1689 [http://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/england.asp](http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp)

<sup>14</sup> La glorieuse révolution de 1688, correspond au renversement du roi James(Jacques) II par son gendre le prince William (Guillaume) d'Orange, époux de Marie II. Politiquement, le parlement gagne de l'autorité face à la couronne au travers d'un renforcement de la monarchie mixte qui assure des élections libres et remplace définitivement la monarchie absolue. Il en résulte une plus grande crédibilité du gouvernement qui peut, au travers d'une série de changements conséquents, procéder à une révolution financière. L'ascension au trône du nouveau couple royal a été assortie de la signature d'une convention dite « Bill of Rights – Déclaration des droits » qui favorisera une progression très franche des libertés. Ces bouleversements mettront en place les fondements de la révolution industrielle

Pour une lecture plus complète de la révolution glorieuse, voir « The Glorious Revolution of 1688 » par la « Economic History Association » sur <https://eh.net/encyclopedia/the-glorious-revolution-of-1688/>

<sup>15</sup> VOLTAIRE « Voici une différence plus essentielle entre Rome et l'Angleterre, qui met tout l'avantage du côté de la dernière : c'est que le fruit des guerres civiles à Rome a été l'esclavage, et celui des troubles d'Angleterre, la liberté. » (1734) Lettres Philosophiques - Huitième lettre. Sur le parlement- 2001 Blackmask Online. <http://www.blackmask.com>

<sup>16</sup> Le 11 février 1695 le renouvellement du licensing Act de 1662 a été rejeté par la Chambre des Communes qui a ainsi instauré la liberté de la presse en Angleterre. Institué en 1662 sous le règne de Charles II , le licensing Act intitulé « An Act for preventing the frequent Abuses in printing seditious treasonable and unlicensed Bookes and Pamphlets and for regulating of Printing and Printing Presses (loi pour empêcher les abus fréquents liés à la



après 73 ans de censure intense<sup>17</sup>.

Mais là s'arrêtera l'aventure anglaise vers une reconnaissance de la vie privée qui sera ravivée dans un premier temps par les vents de la révolution française, puis bien longtemps plus tard par la mise en œuvre des réglementations européennes.

9. La première expression d'une protection légale de la vie privée en France est inscrite dans la Constitution du 3 septembre 1791 « *Les calomnies et injures contre quelques personnes que ce soit relatives aux actions de leur vie privée, seront punies sur leur poursuite* », à côté de la protection octroyée à la liberté de la presse dans un cadre respectueux de la loi « *Nul homme ne peut être recherché ni poursuivi pour raison des écrits qu'il aura fait imprimer ou publier sur quelque matière que ce soit* »<sup>18</sup>.

La calomnie, qui est une atteinte directe à la vie personnelle publique ou privée, a longtemps été et reste encore, au cœur de débats passionnés opposant les personnes publiques ou privées à la presse. Beaumarchais faisait déjà une analyse criante de vérité des pouvoirs de la calomnie dans le Barbier de Séville en 1775<sup>19</sup>. Louis Blanc proposait que « *des peines soient portées contre la*

---

publication de brochures et livres subversifs non autorisés pouvant constituer une trahison, et pour régler l'imprimerie et la presse imprimée) censurerait de manière considérable la presse puisque toute publication devait obtenir une autorisation préalable. Seuls les imprimeurs de Londres, York, Oxford et Cambridge étaient autorisés à imprimer des livres. Le roi ou le secrétaire d'État pouvait à tout moment ordonner des perquisitions pour rechercher les imprimeries illégales, et l'importation de livres étrangers était également soumise à autorisation préalable

<sup>17</sup> R. ASTBURY « The Renewal of the Licensing Act in 1693 and its Lapse in 1695 » (1978) *Library s5-XXXIII* (4): 296-322

<sup>18</sup> L'Article 17 de la Constitution de 1791 dispose « Nul homme ne peut être recherché ni poursuivi pour raison des écrits qu'il aura fait imprimer ou publier sur quelque matière que ce soit, si ce n'est qu'il ait provoqué à dessein la désobéissance à la loi, l'aviilissement des pouvoirs constitués, la résistance à leurs actes, ou quelques-unes des actions déclarées crimes ou délits par la loi. - La censure sur les actes des Pouvoirs constitués est permise ; mais les calomnies volontaires contre la probité des fonctionnaires publics et la droiture de leurs intentions dans l'exercice de leurs fonctions, pourront être poursuivies par ceux qui en sont l'objet. - Les calomnies et injures contre quelques personnes que ce soit relatives aux actions de leur vie privée, seront punies sur leur poursuite. »

<sup>19</sup> « *La calomnie, Monsieur ! Vous ne savez guère ce que vous dédaignez ; j'ai vu les plus honnêtes gens près d'en être accablés. Croyez qu'il n'y a pas de plate méchanceté, pas d'horreurs, pas de conte absurde, qu'on ne fasse adopter aux oisifs d'une grande ville en s'y prenant bien : et nous avons ici des gens d'une adresse ! ... D'abord un bruit léger, rasant le sol comme hirondelle avant l'orage, pianissimo murmure et file, et sème en courant le trait empoisonné. Telle bouche le recueille, et piano, piano, vous le glisse en l'oreille adroitement. Le mal est fait ; il germe, il rampe, il chemine, et rinforzando de bouche en bouche, il va le diable ; puis tout à coup, ne sais comment, vous voyez calomnie se dresser, siffler, s'enfler, grandir à vue d'œil. Elle s'élanche, étend son vol, tourbillonne, enveloppe, arrache, entraîne, éclate et tonne, et devient, grâce au Ciel, un cri général, un crescendo public, un chorus universel de haine et de proscription. Qui diable y résisterait ?* » Dialogue entre Bazile et Bartholo Scène VIII Acte II « Le Barbier de Séville ou la précaution inutile » Beaumarchais (1775)

*calomnie et que ces peines soient terribles* »<sup>20</sup> et Léon Blum en rappelait le caractère destructeur dans l'éloge prononcé le 22 novembre 1936 en hommage à Salengro<sup>21</sup>.

Pétion avait aussi saisi ce thème dans un discours vibrant prononcé en 1791<sup>22</sup> au cours duquel, en parlant de la calomnie « *qui circulant de bouche en bouche parvient bientôt à former un bruit général dont tout le monde parle, dont personne ne doute et dont cependant chacun n'a aucune certitude et ignore même jusqu'au nom de ceux qui le lui ont transmis* »<sup>23</sup>, il proclame que « *si la loi ne détermine pas ce qu'elle veut punir, elle laisse le champ à l'arbitraire* »<sup>24</sup>.

La reconnaissance d'une capacité donnée à tout homme n'ayant pas de responsabilité publique, de demander réparation pour des torts subis au titre de calomnies ou de divulgations d'éléments relevant de sa vie intime était un progrès considérable au regard du peu de considération que l'ancien régime apportait à l'individu isolé.

#### 10. Pétion, va plus loin en ce qui concerne la protection de la vie privée.

Son discours est un plaidoyer en faveur de la liberté d'expression « *Aussitôt qu'il s'agit de mettre des bornes à la liberté de la pensée, on ne sait où s'arrêter et l'arbitraire commence* »<sup>25</sup> et du respect de la réputation de l'homme privé « *contradictoire avec les idées de l'ancien*

---

<sup>20</sup> L. BLANC « Histoire de dix ans 1830-1840 » (1842) p445 tome II Ed. Pagnerre, Paris. Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

<sup>21</sup> « *Il n'y a pas d'antidote contre le poison de la calomnie. Une fois versé, il continue d'agir quoiqu'on fasse dans le cerveau des indifférents, des hommes de la rue comme dans le cœur de la victime. Il pervertit l'opinion, car depuis que s'est propagée, chez nous, la presse de scandale, vous sentez se développer dans l'opinion un goût du scandale. Tous les traits infamants sont soigneusement recueillis et avidement colportés. On juge superflu de vérifier, de contrôler, en dépit de l'absurdité parfois criante. On écoute et on répète sans se rendre compte que la curiosité et le bavardage touchent de bien près à la médisance, que la médisance touche de bien près à la calomnie et que celui qui publie ainsi la calomnie devient un complice involontaire du calomniateur.* » Discours prononcé par le président du Conseil Léon Blum le 22 novembre 1936, en l'hommage de Roger Salengro, ministre de l'intérieur du Front Populaire, qui s'était suicidé à son domicile à la suite d'une campagne diffamatoire l'accusant d'avoir déserté en 1915. Voir <http://fresques.ina.fr/jalons/fiche-media/InaEdu02044/discours-de-leon-blum-a-l-occasion-des-funeraillles-de-roger-salengro-a-lille-le-22-novembre-1936.html>, pour un résumé historique voir par exemple D. BERMOND « L'Affaire Salengro. Quand la calomnie tue » (2011) 285 p., Ed. Larousse

<sup>22</sup> J. PETION Discours sur la liberté de la presse. Imprimerie Nationale 1791. Selon une information obtenue auprès de l'ARBR (« les Amis de Robespierre pour le Bicentenaire de la Révolution ») le discours de Pétion sur la liberté de la presse fut prononcé le 23 août 1791 devant l'Assemblée au cours d'un grand débat organisé à ce sujet. Il faisait donc suite au discours de Robespierre prononcé le 9 mai devant la Société des amis de la Constitution et auquel Pétion avait également participé

<sup>23</sup> J. PETION *Ibid*

<sup>24</sup> J. PETION *Ibid*

<sup>25</sup> J. PETION *Ibid*

*régime* »<sup>26</sup> .

**11.** Ce plaidoyer résonne avec force à la lumière des événements récents qui ont bouleversé les sociétés occidentales<sup>27</sup>.

Au travers d'une liberté de la presse réclamée par ceux qui voulaient garantir une application des droits énoncés dans la Constitution, sans aucune ingérence possible des pouvoirs législatifs, ces propositions révolutionnaires ouvraient le champ à une reconnaissance large de la vie privée qui devait permettre à tout individu de faire valoir un respect de sa personne.

De manière assez surprenante, la référence à la vie privée disparaît des textes constitutionnels à partir de 1793<sup>28</sup> pour ne réapparaître qu'à l'aube du XIXe siècle<sup>29</sup>.

**12.** *Le droit au respect de la vie privée*<sup>30</sup> naîtra aux États-Unis en 1890<sup>31</sup>, à la suite des travaux de deux avocats, S. Warren et L. Brandeis, inspirés par le vent de contestation français qui portait les semences d'une revendication concernant une prise en compte institutionnelle des aspects intimes de la vie privée, bousculés par la presse à sensation.

Nous verrons comment l'opiniâtreté des deux avocats dans la bataille qu'ils ont menée, a conduit à l'acceptation juridique d'une notion fondamentale du droit privé relative aux aspects les plus intimes de la vie personnelle des individus.

---

<sup>26</sup> Dans l'ancien régime « *la moindre atteinte portée à ce qu'on appelait l'honneur de l'homme en place était un délit grave que l'on ne pouvait pas punir trop sévèrement, tandis que l'offense faite à un simple citoyen fixait à peine l'attention de la justice [ ] Il n'existe donc pas les mêmes inconvénients à autoriser les particuliers à se plaindre des écrits où ils seraient faussement inculpés, où leur réputation serait compromise* » J. PETION *Ibid* p26

<sup>27</sup> B. PERBAL et A. PERBAL « Liberté, liberté chérie » *J Cell Commun Signal* (2015) 9 :1-4

<sup>28</sup> Si la Constitution du 24 juin 1793 ne contient plus aucune référence à la vie privée, elle retient dans l'article 6, les notions de liberté et de respect d'autrui « *La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui : elle a pour principe la nature ; pour règle la justice ; pour sauvegarde la loi ; sa limite morale est dans cette maxime : Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait.* » et conserve la référence à une liberté indéfinie de la presse dans l'article 122 de l'acte constitutionnel, ainsi qu'à une liberté d'expression accordé à tous dans l'article 7. « *Article 7. - Le droit de manifester sa pensée et ses opinions, soit par la voie de la presse, soit de toute autre manière, le droit de s'assembler paisiblement, le libre exercice des cultes, ne peuvent être interdits.* » « *Article 122. Acte constitutionnel –De la garantie des droits- La Constitution garantit à tous les Français l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété, la dette publique, le libre exercice des cultes, une instruction commune, des secours publics, la liberté indéfinie de la presse, le droit de pétition, le droit de se réunir en sociétés populaires, la jouissance de tous les Droits de l'Homme.* »

<sup>29</sup> V. *infra* n° 157

<sup>30</sup> V. *infra* n° 77

<sup>31</sup> S. D. WARREN et L. D. BRANDEIS « The Right to Privacy » *Harv L Rev* (1890) 4, 193-203

13. Une analyse critique des nombreuses décisions majeures qui ont été favorables et défavorables à la reconnaissance de « torts » relatifs à la vie privée, sera nécessaire pour comprendre les raisons pour lesquelles les nouvelles idées défendues par Warren et Brandeis ont eu du mal à s'imposer. Il sera à cet égard important de prendre en considération le fait que réclamer une réparation d'atteintes à la vie privée foulée par une presse à scandale dans un cadre juridique fondé sur la Common Law constituait une nouveauté qui bousculait des règles séculaires visant essentiellement à réparer des préjudices relatifs à la propriété privée et à s'appuyer sur la notion de « précédent ».

14. Bien que le droit à la « privacy » n'ait pas été nominativement reconnu dans la Constitution de 1787, la Déclaration des Droits<sup>32</sup> en protégeait déjà des aspects spécifiques tels que l'intimité des croyances et le libre exercice des religions (premier amendement<sup>33</sup>), l'intimité de l'habitation (troisième amendement<sup>34</sup>), l'inviolabilité du domicile et du foyer par la fouille des possessions personnelles (quatrième amendement<sup>35</sup>), ainsi que la garantie de procédures légales respectant l'individu et ses informations personnelles (cinquième amendement<sup>36</sup>).

---

<sup>32</sup> Conformément à l'article V de la Constitution, le premier Congrès des États-Unis réuni le 25 septembre 1789 proposa 12 amendements dont 10 furent ratifiés le 15 décembre 1791. Les articles ratifiés (3 à 12) constituent les 10 premiers articles de la Constitution connus sous le nom de « The Bill of Right ». Les amendements à 26 ont été ratifiés entre le 7 février 1795 et le 1<sup>er</sup> juillet 1971. L'article 2 de la Constitution fut ratifié comme 27<sup>e</sup> amendement en le 7 mai 1992. Le premier amendement n'a jamais été ratifié

<sup>33</sup> « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances* ». (Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre)

<sup>34</sup> « *No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law* ». (Aucun soldat ne sera, en temps de paix, logé dans une maison sans le consentement du propriétaire, ni en temps de guerre, si ce n'est de la manière prescrite par la loi)

<sup>35</sup> « *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized* » (Le droit des citoyens d'être garantis dans leur personne, leur domicile, leurs papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou déclaration, ni sans que le mandat décrive particulièrement le lieu à perquisitionner et les personnes ou les choses à saisir)

<sup>36</sup> « *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without*

15. L'analyse de l'affaire *Pavesich V. New England Life Insurance Co. et al.*<sup>37</sup> nous enseignera qu'elle constitue une évolution importante qu'il faudra prendre en compte car elle constitue, dans la succession des décisions favorables et défavorables aux principes prônés par Warren et Brandeis, le premier signe d'une reconnaissance établie d'un droit au respect de la vie privée, qui sera ultérieurement renforcé par la reconnaissance constitutionnelle<sup>38</sup> d'un droit à la vie privée élargi et au respect des caractéristiques personnelles d'ordre psychologiques, émotionnels et affectifs.

La condamnation de la compagnie New England Life Insurance ayant publié dans une annonce publicitaire, la photographie d'une personne sans avoir obtenu son accord, ni l'avoir informée, ouvrira la porte à la défense légale d'atteintes relatives à des traits physiques et à la protection de l'image individuelle, qui constituera un thème central de la protection des données à caractère personnel en Europe.

- *L'élaboration du concept de données à caractère personnel en France et en Europe*

16. A ce stade de notre étude il sera opportun d'examiner les impacts juridiques qu'a eu le bouleversement conceptuel engagé par Warren et Brandeis, sur *la reconnaissance de la vie privée en France et dans l'Union européenne*<sup>39</sup>.

C'est sur le fondement du droit au respect de la vie privée que s'est bâtie en France et en Europe la notion de protection des données personnelles.

17. Les valeurs « révolutionnaires » qui opposaient la liberté de la presse et la protection de l'intimité personnelle, firent une brève réapparition, à la fin du XIX e siècle en France, avec

---

*just compensation* ». (Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un grand jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public ; nul ne pourra pour le même délit être deux fois menacé dans sa vie ou dans son corps ; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; nulle propriété privée ne pourra être expropriée dans l'intérêt public sans une juste indemnité)

<sup>37</sup> *Pavesich V. New England Life Insurance Co. et al.* (1905) Supreme Court of Georgia 122 Ga.190; 50 S.E. 68; 1905 Ga. Lexis 156 V. *infra* n° 110

<sup>38</sup> *Affaire Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965) V. *infra* n° 121

<sup>39</sup> V. *infra* n°155

quelques condamnations relatives à la diffusion de photographies, prises et/ou utilisées sans que l'accord de la personne concernée n'ait été obtenu<sup>40</sup>. L'analyse comparative menée dans le cadre de notre étude révélera que si ces affaires sont légèrement antérieures à la publication du texte séminal de Warren et Brandeis, elles n'auront pas du tout le même impact. En l'absence de textes légaux se rapportant au domaine de la vie privée, les juges seront laissés face à leur propre appréciation et à la jurisprudence existante pour évaluer les préjudices subis par les plaignants.

**18.** La notion de vie privée ne fera son retour sur la scène juridique qu'avec la loi n°70-643 du 17 juillet 1970<sup>41</sup>, alors que cette même notion était adoptée depuis 1950, au niveau européen, avec la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Conv.EDH)<sup>42</sup> que la France ne ratifiera qu'en 1974. Sur un plan juridique, la Convention sera l'architecte de *l'instauration et des attributions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* (CEDH)<sup>43</sup> dont le fonctionnement a requis toute notre attention, car cette composante qui est l'instrument juridique de la Convention est également celle qui posera, au travers de la lecture de l'article 8 de la Convention, un élargissement significatif de la notion de vie privée dont elle fixera l'étendue et les limites.

**19.** Ce texte retiendra aussi notre attention pour une seconde raison. La convention posera la problématique de *l'image, objet de droit*<sup>44</sup>, en ne considérant plus l'image sous l'angle de la propriété mais sous l'aspect de la protection et des égards dus à l'apparence individuelle. Cette approche nous a conduit à examiner les aspects qui sous-tendent les relations existant entre l'expression des caractéristiques physiques et l'identité personnelle, confrontée au respect *de la propriété de l'image*<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Félix c. O'Connell. 16 juin 1858. Trib. Civ. De la Seine ; Cour de cassation, 28 Fev. 1874, Verdot c. Ligeret et consorts, D. 1874.1.273 Cass. Civ. 10 Mars 1999, 96-18.699, B 87

<sup>41</sup> L'article 22 de la loi n°70-643 du 17 juillet 1970 dont le premier alinéa dispose Il est inséré après l'article 8 du Code civil un article 9 ainsi conçu : « Art. 9- Chacun a droit au respect de sa vie privée » « les juges peuvent sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent s'il y a urgence, être ordonnées en référé »

<sup>42</sup> V. *infra* n° 180

<sup>43</sup> V. *infra* n° 185

<sup>44</sup> V. *infra* n° 198

<sup>45</sup> V. *infra* n° 219

**20.** La première reconnaissance officielle au niveau international d'un besoin de protection des caractéristiques individuelles interviendra avec la promulgation le 6 janvier 1978 d'une loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés instituant le concept de données nominatives identifiantes, paradigme fondamental qui bouleversera le paysage juridique afférant à la vie privée personnelle. On lui devra l'institution de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)<sup>46</sup>. Ce sera une grande première internationale dont les répercussions qu'elle a eues dans la vie quotidienne de chacun méritaient que nous nous y arrêtions.

**21.** Un bref retour en arrière nous permettra de mieux apprécier le contexte dans lequel cette loi fut adoptée.

Dès 1970, l'adoption par la Commission des lois de l'Assemblée Nationale de la création d'un fichier des conducteurs<sup>47</sup> avait suscité des craintes concernant la violation des garanties fondamentales des libertés publiques garanties par l'article 34 de la Constitution<sup>48</sup>. Au cours de la séance du 30 mai 1970, lors d'une question concernant le prélèvement direct sur les comptes bancaires des amendes pour infraction au Code de la route, M. Mayoud demande « *la création d'un tribunal de l'informatique est-elle envisagée afin d'harmoniser les règles déontologiques de*

---

<sup>46</sup> La loi de 1978 sera très largement adaptée et les pouvoirs de la CNIL renforcés avec les amendements apportés depuis sa promulgation

<sup>46</sup> La loi 78-17 du 6 janvier 1978 a été modifiée de nombreuses fois jusqu'en 2017. La liste fournie par la CNIL fait état des 17 textes de loi et deux ordonnances suivants : Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 (JORF du 12 mars 1988), Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 (JORF du 23 décembre 1992), Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 (JORF du 2 juillet 1994), Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, (JORF du 28 juillet 1999), Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, (JORF du 13 avril 2000), Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, ( JORF du 5 Mars 2002), Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 (JORF du 19 mars 2003), Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 (JORF du 7 août 2004), Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 (JORF du 24 janvier 2006) Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (JORF du 13 mai 2009 ), Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 (JORF du 30 mars 2011), Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 (JORF du 26 août 2011), Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique (JORF du 12 octobre 2013), Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (JORF du 18 mars 2014), Ordonnance n° 2015-948 du 31 juillet 2015 (JORF du 2 août 2015), Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 (JORF du 27 janvier 2016, Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 (JORF du 8 octobre 2016), Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 (JORF n° 0269 du 19 novembre 2016 ), Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (JORF du 21 janvier 2017)

<sup>47</sup> Mentionné par M. Charles Deprez lors de la séance 16 avril 1970, lors de laquelle étaient débattues les mesures à envisager pour limiter l'alcoolémie au volant, le projet proposait de centraliser la documentation administrative et judiciaire sur les conducteurs

<sup>48</sup> A ce sujet voir VITALIS A. « Informatique, pouvoir et libertés » Edition Economica Paris 1988 p142, dans lequel l'auteur rapporte que « *Les assurances données par le Comité interministériel pour l'informatique à Michel Poniatowski qui s'inquiétait en 1972 de l'existence d'un fichier national de l'INSEE regroupant l'état civil de tous les et des possibles connexions de ce fichier avec d'autres fichiers administratifs français n'étaient cependant pas de nature à rétablir la confiance du public* »

*cette profession ; d'autre part, est il envisagé de soumettre au contrôle parlementaire la création des différents fichiers informatiques créés par l'État ? »*. Les dés sont jetés...M. Poniatowski déposera le 25 novembre 1970 devant l'Assemblée Nationale, une proposition de loi<sup>49</sup> concernant la création d'un comité de surveillance et d'un tribunal informatique.

**22.** Les questionnements relatifs à la protection des données informatiques personnelles qui naîtront alors et prendront de l'ampleur au sein du public<sup>50</sup>, conduiront à la création, dans un climat social français tendu par l'article du « Canard enchaîné » dénonçant un projet de fichage général, de la commission « informatique et liberté » par le Premier Ministre P. Mesmer, en 1974. Son travail aboutira à la publication en 1975 du rapport Tricot, texte pouvant très certainement être considéré comme « cheville ouvrière » du projet de loi relatif à l'informatique et aux libertés, déposé au nom du Premier Ministre J. Chirac, par J. Lecanuet en 1976 dont la version définitive<sup>51</sup> fut adopté le 6 janvier 1978 comme « *Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* »<sup>52</sup> .

**23.** On retrouvera dans le projet les principes forts visant à « *confier à une instance collégiale, la Commission nationale Informatique et Libertés une mission d'information, de concertation et de contrôle* », « *prévoir des garanties préventives par des formalités préalables à la mise en œuvre des traitements* », instaurer une « *reconnaissance d'un droit d'accès et de rectification* » et « *réglementer la collecte, l'enregistrement et la conservation des données nominatives* » qui feront de cette loi et de la Commission Nationale de l'informatique et de la CNIL des modèles pour les autres pays européens et attribueront à la France une « *pole position* » pour la protection des données personnelles.

---

<sup>49</sup> Proposition qui ne sera finalement pas adoptée

<sup>50</sup> Il est intéressant de noter que bien avant ces événements français, la mise en œuvre de grandes banques de données numériques et le développement de traitements de plus en plus automatisés aux États-Unis dans les années 1960 ont suscité une prise de conscience des atteintes à la vie privée que le stockage de ces données constituait et déclencha un débat public de grande ampleur dont le paroxysme fut atteint à l'occasion du projet de création d'un Centre National de données (National Data Center) dont le financement fut finalement rejeté année après année par le Congrès (voir à ce sujet « ATTEN M. « Ce que les bases de données font à la vie privée. L'émergence d'un problème public dans l'Amérique des années 1960 » *Réseaux* (2013) 2 n° 178-179 :21-53

<sup>51</sup> Voir à ce sujet les rapports n° 72 (1977-1978) de M. Jacques THYRAUD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 novembre 1977 <https://www.senat.fr/rap/l77-072/l77-072.html> ; et n° 3125 (1977-1978) de M. Jean FOYER, député, fait au nom de la commission des lois, déposé le 4 octobre 1977 <http://www.senat.fr/rap/l77-3125/l77-3125.html>

<sup>52</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés



24. L'importance de la loi de 1978 vis à vis de la protection des caractéristiques physiques individuelles, méritait aussi que nous nous arrêtions sur la portée du nouveau concept qu'elle a introduit avec l'instauration de la notion de « données informatives<sup>53</sup> », qui deviendront avec la modification législative intervenue en 2004, *les données à caractère personnel*<sup>54</sup>, au rang desquelles figurent les données génétiques qui nous intéressent ici<sup>55</sup>.

- *Les données génétiques : une catégorie spéciale de données à caractère personnel*

25. Les jalons qui auront été posés au cours de cette première partie, en particulier lors de notre approche de l'image individuelle, nous permettront d'aborder le second versant de notre étude, au cours duquel nous examinerons la place des données génétiques dans la constitution du « soi », *ensemble de données personnelles à part entière*<sup>56</sup>, car ce sont ces données, qualifiées de « sensibles »<sup>57</sup> et les informations qu'elles peuvent livrer qui sont l'objet à la fois d'une

---

<sup>53</sup> « Sont réputées nominatives au sens de la présente loi les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale »

<sup>54</sup> L'article 2 de la loi dispose que « constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres Ainsi, on passe « des informations nominatives permettant sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques » à la notion d'informations individuelles qui peuvent se rapporter à des identifiants physiques, physiologiques, médicaux ou culturels dont les définitions précises doivent être adaptées aux progrès des sciences et de la bio-informatique. Voir Infra N° 221

<sup>55</sup> la promulgation de la loi 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, transposait très tardivement en droit interne la directive européenne de 1995, puisque selon les textes, elle aurait dû légalement être effectuée au plus tard en octobre 1998. Ces modifications devaient favoriser une meilleure adéquation à la généralisation montante des outils informatiques portée par les progrès technologiques

<sup>56</sup> V. *infra* n° 278

<sup>57</sup> Est considérée comme donnée sensible par la CNIL, une « Information concernant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, l'appartenance syndicale, la santé ou la vie sexuelle. En principe, les données sensibles ne peuvent être recueillies et exploitées qu'avec le consentement explicite des personnes » <https://www.cnil.fr/fr/definition/donnee-sensible> Voir aussi Section 2, article 8-1de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés Version consolidée au 26 août 2004 « Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci ». L'article 9 du RGPD reprend cette définition « Le traitement des données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation

exploitation commerciale « à tout-va » inquiétante et par ailleurs d'applications biomédicales les plus osées, hors des cadres juridiques qui ne sont plus adaptés à ces progrès.

Ainsi posée, la question nous conduira à envisager quatre problématiques fondamentales : la première concernera les limites acceptables à l'utilisation de ces données dans la constitution des profils génétiques utilisés en criminologie ; la seconde abordera des interrogations relatives à la libre disposition des produits du corps constitutifs de notre « soi » biologique et la troisième se rapportera aux conséquences d'une qualification juridique de l'ADN que nous considérons comme inadéquate et de la confusion qui est faite entre les concepts de « données » et « d'information » ; dans la quatrième, les questions soulevées par le contrôle de l'accès aux données et à leur valorisation nous confronteront aux difficultés liées à l'attribution d'une qualification juridique des informations génétiques et de leur support qui puisse résister aux bouleversements sociétaux induits par les progrès de la biomédecine.

- *Le « soi » génétique, outil criminalistique*

**26.** Notre réflexion concernant *le « soi » et l'identité génétique*<sup>58</sup> nous conduira à proposer un concept du « soi » biologique reposant sur une transition *de la psychologie sociale à la biologie du « Soi »*<sup>59</sup>, adaptée d'une part de la théorie d'interactionnisme symbolique développée par G. H. Mead<sup>60</sup>, et d'autre part *d'un concept dominant en immunologie : la reconnaissance du soi et le rejet des autres*<sup>61</sup>, proposé par M. Burnet<sup>62</sup>.

Notre modèle jettera les bases d'une conception de la personne biologique qui affecte la perception que l'individu projette de son corps et qu'il souhaite s'approprier.

Seront à prendre en compte dans nos approches les différentes facettes du soi visible, du soi invisible, du soi perceptible, du soi découvert, du soi partagé et du soi exploité...

---

*sexuelle d'une personne physique sont interdits » et l'article 8 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 dispose « Il est interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique »*

<sup>58</sup> V. *infra* n° 278

<sup>59</sup> V. *infra* n° 283

<sup>60</sup> V. *infra* n° 285 et s.

<sup>61</sup> V. *infra* n° 307

<sup>62</sup> V. *infra* n° 307 et s.

**27.** Dans le cadre de notre concept et pour aborder l'identification des *bases moléculaires des profils génétiques spécifiques*<sup>63</sup>, il sera nécessaire de définir avec précision l'organisation des données génétiques sur la molécule d'ADN et d'analyser de manière critique comment la variabilité génétique individuelle, révélée par les méthodes d'analyse moléculaire, a été mise à profit pour utiliser *le polymorphisme génétique en criminologie*<sup>64</sup>.

Les progrès scientifiques réalisés dans ce domaine ont conduit à un accroissement rapide des quantités de données génétiques stockées par les administrations de police agréées et à un *élargissement controversé des bases de données génétiques*<sup>65</sup>. L'analyse que nous ferons de ce phénomène conduira à l'identification de problèmes graves concernant la remise en cause de la fiabilité des tests, des négligences et mauvaises conduites scientifiques et la fabrication de fausses preuves. Nous montrerons cependant qu'une pratique scientifique rigoureuse peut éliminer la plupart des critiques remettant en cause l'utilisation criminalistique des données génétiques.

**28.** Devant le succès remporté par l'emploi des profils génétiques comme éléments de preuves judiciaires, les bases de données génétiques se sont répandues au niveau mondial et des méthodes plus sophistiquées d'analyse ont vu le jour.

**29.** Compte tenu des critiques qu'elles ont déclenchées, il nous a semblé important d'avoir une idée claire au sujet des risques associés à l'utilisation de ces nouvelles techniques ultra sensibles. L'analyse scientifique que nous entreprendrons, nous conduira à prendre en considération les aspects éthiques soulevés par *l'évolution de l'usage des bases génétiques et des atteintes potentielles au respect de la vie privée*<sup>66</sup> individuelle. Les conclusions que nous tirerons nous conduiront à une situation paradoxale à laquelle les juristes doivent accorder une grande attention et qui met le succès remporté par les forces de police dans l'identification de criminels ayant échappé à toute investigation classique, en balance avec les risques de discrimination

---

<sup>63</sup> V. *infra* n° 316

<sup>64</sup> V. *infra* n° 330

<sup>65</sup> V. *infra* n° 355

<sup>66</sup> V. *infra* n° 389

raciale et les violations de la vie privée que l'accès aux données génétiques intimes fait courir aux personnes concernées et à leur famille entière.

- *La libre disposition du « soi »*

**30.** L'utilisation des données génétiques à grande échelle dans des contextes qui échappent aux contrôles appliqués à la protection des données à caractère personnel sensibles, pose le problème de l'appropriation de ces données<sup>67</sup> et de la liberté de disposer du « soi » biologique.

**31.** En ce qui concerne les aspects liés au droit des brevets de l'ADN et de ses fragments dérivés, qui a été l'objet de nombreuses discussions au sein de la doctrine<sup>68</sup>, on relèvera que l'article 611-10 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *sont brevetables, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle* ». Par conséquent, comme le dispose l'alinéa d) de l'article L611-18 du même Code modifié par l'article 17 de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, « *ne sont notamment pas brevetables les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles* ». Une position similaire a été adoptée par la Cour Suprême des États-Unis, en décidant, dans l'affaire

---

<sup>67</sup> Dans une tribune organisée par les responsables de la chambre du commerce de Luxembourg, l'eurodéputée Mme Viviane Reding qui est à l'origine de la conception du règlement, est revenue sur les enjeux du règlement européen qui allait entrer en application dix jours plus tard, en rappelant que selon elle, « *les données appartiennent aux individus, qui décident de les donner volontairement. Elles n'appartiennent jamais à un tiers, et celui-ci doit toujours demander au propriétaire s'il peut les exploiter et comment* ». Madame V. Reding s'insurge alors contre les « *grandes entreprises européennes qui opèrent sur le territoire européen [et qui] nous riaient au nez* » ... « *ils volent allègrement les données de nos citoyens pour soit les manipuler, soit les revendre à des tiers* ». Après avoir relevé le caractère contraignant du texte qui doit être appliqué dans toute l'Union Européenne, Mme Reding insiste sur le fait que le texte fait une différence entre les petites entreprises et les grosses, contrairement au règlement de 1995 qui s'appliquait sans distinction de taille. Le règlement prévoit «des exceptions pour les entreprises de moins de 250 employés, dont le numérique n'est pas le cœur de métier». (R. Van DYCK « Viviane Reding : « le principe est clair, les données privées appartiennent aux individus » Le quotidien Indépendant luxembourgeois du 15 mai 2018)

<sup>68</sup> Voir par exemple, M-C CHEMTOB-CONCE, A. GALLOCHAT Le problème de la découverte des gènes nus pp 79-82 in « La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'Homme » Ed. Lavoisier 2004 ; T. MARTEU « Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention » Thèse de Doctorat 2009 Université de Nice ; N. BICTIN au sujet des contraintes de brevetabilité « Exclusions contemporaines, La matière biologique » §75-85, Répertoire de droit commercial Base de données juridique Dalloz 2018

Assoc. for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc 569 U.S. 576 (2013), que le champ de brevetabilité nécessite la création d'un élément qui n'existe pas dans la nature<sup>69</sup>.

L'appropriation commerciale des données génétiques au travers de brevets est donc aujourd'hui exclue, en tout cas dans notre opinion, mais le sujet dépasse le champ que nous avons donné à cette étude .

Pour aborder cette problématique, qui nous conduira finalement à une réflexion concernant *le droit des données et de l'information génétiques*<sup>70</sup>, nous devons nous référer à l'organisation corporelle de l'homme en considérant les relations existant, aux yeux de la doctrine, entre *l'être humain, la personne et le corps*<sup>71</sup>.

**32.** Il nous faudra pour aborder les concepts de *propriété du « soi »*<sup>72</sup> considérer les cadres légaux régissant *la propriété corporelle et la libre disposition de soi*<sup>73</sup>, la *réification des composants du corps humain*<sup>74</sup> alimentée par les lois de bioéthique, et les principes attachés à *la collecte de produits du corps*<sup>75</sup> dont la valorisation financière pose aujourd'hui des problèmes de fonds très sérieux, car ils représentent l'avant-garde des difficultés qui seront rencontrées dans les années qui viennent avec les donations de matériel génétique, aussi bien au travers de procréations médicalement assistées, que lors de manipulations génétiques développées pour vaincre des maladies transmissibles avec une hérédité non mendélienne, car reposant sur la transmission d'ADN mitochondrial.

- *Le support physique des données génétiques*

**33.** La question concernant les cadres légaux applicables aux transferts de matériels génétiques nous conduira à identifier avec la précision linguistique nécessaire à toute démarche scientifique, la nature du support physique des données génétiques.

---

<sup>69</sup> Voir aussi à ce sujet K. SERVICK « End of the road for Myriad gene patent fight » Science du 28 janvier 2015 <http://www.sciencemag.org/news/2015/01/end-road-myriad-gene-patent-fight> ; F. Pollaud-Dulian, L'adieu au brevet et le retour à la Nature des séquences d'ADN : l'arrêt Myriad Genetics de la Cour suprême des États-Unis, D (2013) p.2594

<sup>70</sup> V. *infra* n° 447

<sup>71</sup> V. *infra* n° 450

<sup>72</sup> V. *infra* n° 467

<sup>73</sup> V. *infra* n° 489

<sup>74</sup> V. *infra* n° 502

<sup>75</sup> V. *infra* n° 518

Cette analyse des *fondements physiques du « soi » génétiques*<sup>76</sup> nous plongera dans l'exploration minutieuse d'une théorie des origines de la vie nous invitant à prendre conscience de la nature extraordinaire de l'ADN qui, indépendamment de l'adhésion à cette théorie, ne doit manifestement pas, selon nous, être qualifié comme un produit du corps, mais comme l'essence même de la vie cellulaire.

Cette précision a une importance considérable car il n'est guère possible, compte-tenu de cette considération, de ranger *l'ADN, support de l'information et du « soi » génétiques*<sup>77</sup>, dans une classification classique des objets de droit.

- *Vers un nouveau type de qualification juridique*

**34.** Ceci nous amènera à la troisième problématique annoncée plus haut et qui concerne la confusion qui est faite par de très nombreux auteurs scientifiques ou juristes, entre les concepts rattachés aux *données génétiques*<sup>78</sup> et à *l'information génétique*<sup>79</sup> lorsqu'il s'agit de les appliquer à la biologie de l'hérédité et aux biotechnologies.

**35.** Nous démontrerons à ce sujet que cette imprécision est néfaste car la protection juridique que l'on doit accorder aux données n'est pas identique à celle que l'information génétique mérite.

En premier lieu, il faut garder présent à l'esprit que les données sont situées sur l'ADN<sup>80</sup>, contrairement aux informations issues du ou des traitement(s) des données. Cette séparation physique nécessite une approche spécifique et différentielle pour chacun des deux paramètres.

En second lieu, la quantité et la qualité des informations obtenues au travers du traitement des données génétiques, va dépendre étroitement des technologies utilisées. En revanche, le nombre et la quantité des données génétiques présentes sur le génome ne changent pas dans le temps, tout au moins à l'échelle humaine.

---

<sup>76</sup> V. *infra* n° 572

<sup>77</sup> V. *infra* n° 577

<sup>78</sup> V. *infra* n° 581

<sup>79</sup> V. *infra* n° 595

<sup>80</sup> Ou sur l'ARN quand celui ci joue le rôle de support de l'hérédité, comme c'est le cas par exemple des rétrovirus ou autres microorganismes dont le génome est une molécule d'acide ribonucléique.

C'est là une deuxième différence qui plaide en faveur d'une distinction juridique entre les données génétiques en tant que composants invariables de l'ADN, et les informations génétiques susceptibles de modifications constantes.

Il est indéniable, à cet égard, que les informations issues d'un séquençage partiel de l'ADN au début du siècle étaient considérablement moins nombreuses et moins parlantes que celles qui pourraient être obtenues aujourd'hui, avec les données génétiques qui restent les mêmes<sup>81</sup>.

La variation de la quantité d'information génétique, disponible à l'instant T, pourrait ainsi se déclinier suivant le fameux vers de R. Gérard « *aujourd'hui plus qu'hier et bien moins que demain*<sup>82</sup> ».

**36.** Il est un point connexe qui retiendra aussi notre attention et que nous devons garder à l'esprit tout au long de notre voyage aux confins de l'intimité génétique.

Le génome d'un individu est constitué de deux fractions de données génétiques physiquement dispersées et entremêlées sur l'ADN des 23 paires de chromosomes qui nous sont spécifiques. L'une des fractions correspond aux données génétiques communes à tous les membres de l'espèce *homo sapiens* (c'est le « moi » génétique), l'autre correspond à la fraction propre à l'individu considéré, qui caractérise les membres de sa famille dont il descend et ceux qui seront ses descendants (c'est le « je » génétique). La combinaison du « moi » et du « je » fait que les hommes ne sont pas identiques, mais qu'ils partagent tous, dans l'expression de leur « soi », des caractéristiques morphologiques et psychiques qui leur sont communes.

**37.** La prise en compte de cette dualité d'origine des données génétiques et la différence qui doit être faite entre données et information, nous sera très précieuse lorsque nous tenterons d'assigner une qualification juridique à ces données et à l'information.

Il nous faudra alors considérer d'une part, le soi vu de l'extérieur, avec la personne, son statut génétique et la libre disposition de son corps, et d'autre part, le soi vu de l'intérieur, avec le support matériel de son bagage héréditaire et les données génétiques physiquement séparées des informations que leur analyse peut livrer.

---

<sup>81</sup> Bien entendu, on ne tient pas compte ici des mutations spontanées ou induites par le milieu qui, en apparaissant, à faible taux, au cours des générations participent à l'évolution de l'espèce

<sup>82</sup> R. GERARD « Lorsque tu seras vieux » L'éternelle chanson, XXX pp 312-315 Paris Fasquelle (1923)

**38.** Si l'ensemble des dispositions énoncées dans le RGPD et la loi 2018-493 relative à la protection des données personnelles, constitue des avancées très significatives pour la reconnaissance généralisée d'un droit à la protection des données à caractère personnel, on peut cependant regretter que ces textes novateurs n'aient pas été plus ambitieux dans la protection des droits concernant les données génétiques qui apparaissent comme les « parents pauvres » de la restructuration juridique des droits des données personnelles<sup>83</sup>.

**39.** Nous retiendrons de la profusion des entreprises de génotypage qui se sont développées au cours des dernières années, que les caractéristiques génétiques individuelles représentent, non seulement une source nouvelle de profit, mais également un outil très puissant dont l'exploitation requiert la mise en place de nouveaux cadres normatifs à la fois permissifs et contraignants.

**40.** Actuellement, les problématiques sociétales relatives aux données génétiques sont abordées essentiellement sous deux angles.

Le premier concerne l'utilisation pragmatique de ces données comme outil d'investigation médical dont l'emploi est très strictement encadré par la loi, au même titre que tout autre moyen de diagnostic précoce. Bien que cette thématique dépasse largement le cadre de notre étude, nous relèverons ici que la connaissance de maladies et d'anomalies génétiques ne permet pas toujours d'intervenir pour les contrecarrer. Cependant, les nouvelles avancées technologiques laissent prévoir des bouleversements notoires dans un interventionnisme fondé sur les approches de médecine moléculaire que nous évoquerons dans notre étude. Il ne fait aucun doute que cette mutation affectera considérablement la vie familiale et privée individuelle.

Sous le deuxième angle, qui a notre sens est beaucoup plus réductionniste, les données génétiques sont considérées comme un type de données personnelles sensibles très particulier. Les réglementations qui, sur un plan conceptuel, enferment ces données, dans un univers normatif dont les limites imposées, trop souvent contraignantes, réduisent ces données à l'état « d'objets identifiants » comparables à l'adresse IP, au nom ou au numéro de sécurité sociale, sans préoccupation apparente des problèmes que posera l'exploitation future du patrimoine humain.

---

<sup>83</sup> Les données génétiques ne sont pas considérées comme un type spécifique de données devant être considérées spécifiquement, mais sont généralement associées à des problématiques d'ordre médical



**41.** L'originalité de notre étude tient au fait qu'elle établit une liaison, qui peut ne pas être évidente à priori aux yeux de tous, entre les données génétiques et des aspects fondamentaux de la vie privée.

Notre argumentation repose sur deux aspects.

Le premier s'adresse aux fondations génétiques de l'image, objet essentiel du droit au respect de la vie privée, parce que l'apparence est le premier signe physique, messenger de l'expression de notre patrimoine génétique, dont la perception est une des fondations de la personnalité individuelle exposée.

Le second concerne l'utilisation criminalistique des données génétiques personnelles dont certaines applications visant à accroître l'efficacité des méthodes d'investigation, se heurtent à des problèmes éthiques concernant la violation de la vie privée, non seulement individuelle mais également familiale, puisque le patrimoine génétique que constituent les données génétiques, est transmis de manière intergénérationnelle.

**42.** Notre approche ne considèrera pas les caractéristiques génétiques dans un cadre isolé et étanche, mais dans une perspective sociétale générale qui reconnaît au patrimoine génétique la grandeur et la noblesse qu'il exprime dans l'Homme.

**43.** Ainsi, dans la Partie 1<sup>84</sup>, nous examinerons les origines du droit au respect de la vie privée tel qu'il fut consacré aux États Unis, à la suite de la contribution séminale de Warren et Brandeis, puis en France et en Europe avec l'apparition de textes à valeur internationale, dont le droit à l'image constituera un des piliers.

Au cours de la partie 2<sup>85</sup>, nous définirons dans un premier temps, ce que sont physiquement les données génétiques au sein du corps de la personne et identifierons celles d'entre elles aujourd'hui utilisées lors des diverses analyses criminalistiques, en s'arrêtant sur les problèmes que peuvent poser ces approches vis à vis du respect de la vie privée. Dans un second temps, nous examinerons alors, d'une manière plus globale, au niveau du génome entier, la nature physique du support des données et de l'information génétiques.

---

<sup>84</sup> V. Infra N° 44

<sup>85</sup> V. Infra N°278

Ce cheminement nous conduira vers un questionnement relatif aux qualifications et au cadre juridiques appropriés qu'il sera nécessaire de définir et de mettre en place pour faire face aux problèmes sociétaux fondamentaux, tels qu'ils émergeront à court terme, liés à l'exploitation scientifique, médicale et commerciale du patrimoine génétique humain.

*PARTIE 1*  
*LES DONNÉES PERSONNELLES, ÉPICENTRE D'UN SÉISME*  
*SOCIO-ÉCONOMIQUE ET CULTUREL*

**44.** Le droit à la protection des données personnelles s'inscrit dans celui, plus général, du droit à la reconnaissance et au respect la vie privée, largement abordé par ailleurs dans une abondante littérature et dont seules les grandes lignes, indispensables à la compréhension des problèmes liés à la protection des données personnelles génétiques seront abordées ici.

Pour bien comprendre comment s'articulent ces différents aspects, il est utile d'examiner comment les concepts ont évolué au cours du temps, et comment ils se sont complétés et/ou percutés.

**TITRE I :**  
**LE LONG CHEMIN DE LA RECONNAISSANCE DU DROIT AU RESPECT**  
**DE LA VIE PRIVÉE AUX ÉTATS-UNIS**

**Chapitre 1. Considérations historiques**

**45.** Avant d'étudier les problématiques associées à la notion de données personnelles et à leur protection dans les contextes qui nous intéressent, il est essentiel de préciser les concepts connexes et d'essayer de définir au mieux les angles sous lesquels ils seront abordés dans ce chapitre.

La place des individus au sein des sociétés au cours des siècles a été soumise à de nombreux bouleversements résultant à la fois des divers systèmes politiques et des progrès techniques qui se sont succédé, mais aussi à l'évolution des modes relationnels.

Sur un plan général, l'individu construit et poursuit des vies économiques, sociales, politiques et religieuses qui concourent à affirmer sa place parmi les autres. Les différents niveaux d'interaction qu'il entretient avec autrui participent à sa vie personnelle naturelle dont les limites, même si elles sont floues, reposent essentiellement sur les chevauchements tolérés entre ce qu'il est coutume de considérer comme des sphères individuelle et publique.

Le terme « privé » s'entend de manières plus ou moins larges, suivant les époques et les pays dans lesquels il est employé. Il est bien évident que sans vouloir caricaturer des situations douloureuses, les régimes totalitaires n'accordent pas une grande latitude à la vie privée individuelle, et que la notion de vie privée, telle qu'on la connaît aujourd'hui dans des sociétés dites libérales, est soumise à des interprétations qui varient encore très largement et qui dépendent étroitement du passé historique local.

### *Section 1. Les sphères privée et publique selon Aristote*

**46.** S'il est de prime abord aisé, pour ne pas dire utile, de considérer que, ce qui dans la vie personnelle n'est pas public relève du domaine privé, il convient cependant de ne pas dresser des barrières infranchissables entre la sphère publique (*polis*) et la sphère privée (*oikos*), telles que distinguées par Aristote, tant sont nombreuses les relations sociétales qui partagent une double qualification.

Depuis les temps les plus reculés les deux domaines, on pourrait dire les deux mondes tant leur espace est large, coexistent, mais ne se fondent pas aux dépens l'un de l'autre.

On peut en prendre pour témoignage les premiers exemples de la différenciation fonctionnelle, culturelle et sociale des lieux de vie.

Le passage du village à la ville au quatrième millénaire avant notre ère, dans la civilisation Sumérienne de Mésopotamie, s'accompagne d'une spécialisation, qui ira croissante, des zones privées, aussi bien dans les habitations que dans les temples<sup>86</sup>.

L'avènement de la Cité dans la Grèce antique, entre le VIII<sup>e</sup> et le VII<sup>e</sup> siècle avant J.-C. sera une étape importante dans la réalisation et le renforcement de la vie privée au profit de la vie publique<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> P. BUTTERLIN, « Les premières villes du monde » Aux origines de la civilisation. Sciences humaines [http://www.scienceshumaines.com/les-premieres-villes-du-monde\\_fr\\_4247.html](http://www.scienceshumaines.com/les-premieres-villes-du-monde_fr_4247.html); Ur (Mésopotamie) [https://fr.wikipedia.org/wiki/Ur\\_%28M%C3%A9sopotamie%29](https://fr.wikipedia.org/wiki/Ur_%28M%C3%A9sopotamie%29); Ur. The Giparu [http://www.odysseyadventures.ca/articles/ur%20of%20the%20chaldees/ur\\_article02gip.html](http://www.odysseyadventures.ca/articles/ur%20of%20the%20chaldees/ur_article02gip.html); L'histoire des Sumériens, 1<sup>ère</sup> civilisation au monde, dans le croissant fertile ou Mésopotamie avec J. C. MARGUERON <https://www.youtube.com/watch?v=MqGSf6K4D0o>

<sup>87</sup> Pour aller un peu plus loin dans des considérations qui bien qu'essentielles dépasseraient le cadre de notre propos, consulter par exemple, la collection intitulée « L'Histoire de la vie privée » en 5 Volumes aux Éditions du Seuil

Au IV<sup>e</sup> siècle avant J.-C. « *l'Athénien est [profondément] individualiste et affectionne la vie privée* » ; « *Athènes protège d'ailleurs la liberté du commerce, la propriété privée et les occasions de réaliser des profits, car elle y voit les institutions nécessaires au maintien de la liberté humaine* »<sup>88</sup>.

L'espace privé est celui où sont assumées les tâches de la vie familiale, le « foyer » lieu de l'économie domestique dans la pensée grecque exprimée par Aristote, par opposition à l'espace public, lieu d'expression, de réflexion et d'échange.

La Cité grecque (polis) est une « *communauté de citoyens entièrement indépendante, souveraine sur les citoyens qui la composent, cimentés par des cultes et régie par des lois* »<sup>89</sup> douée d'une Constitution qui en organise et structure les différentes parties constitutives.

Pour Aristote<sup>90</sup>, « *l'association naturelle de tous les instants, c'est la famille* »<sup>91</sup> et en dehors de la polis, point de salut : « *naturellement l'homme est un être sociable, et [que] celui qui reste sauvage par organisation, et non par l'effet du hasard, est certainement, ou un être dégradé, ou un être supérieur à l'espèce humaine. C'est bien à lui qu'on pourrait adresser ce reproche d'Homère : « Sans famille, sans lois, sans foyer.... »* »<sup>92</sup>.

**47.** La philosophie d'Aristote plaide la nécessité pour l'homme de vivre dans le cadre de la « polis » pour qu'il puisse s'accomplir parmi et au travers des autres hommes avec qui il échange. Bien que la distinction entre le domaine familial et le domaine privé soit apparue avant Aristote, la qualification « d'animal politique » qu'il attribue à l'homme jettera « un coup de projecteur » sur une conception et une prise de position qui inspireront de très nombreux philosophes et sociologues.

---

P. ARIES (Dir.), G. DUBY (Dir.) Tome 1, « De l'Empire romain à l'an Mil » 1999 ; Seuil ; D. BARTHELEMY, P. BRAUNSTEIN, P. CONTAMINE, G. DUBY (Dir.), P. ARIES (Dir.), Tome 2, « De l'Europe féodale à la Renaissance » 1999 ; P. ARIES, M. AYMARD , N. CASTAN , G. DUBY (Dir.), P. ARIES (Dir.) ; Tome 3, « De la Renaissance aux Lumières » 1999 ; G. DUBY, M. PERROT , P. ARIES ; Tome 4, « De la Révolution à la Grande Guerre » 2000 ; P. ARIES (Dir.), G. DUBY (Dir.) ; Tome 5, « De la Première Guerre mondiale à nos jours » 1999

<sup>88</sup> W. DURANT « The life of Greece II » 1968 in The story of Civilization, p80 (Simon & Schuster) Traduction en français J. Marty

<sup>89</sup> A. AYMARD « Recueils la Société Jean Bodin », (1954) 6,1 pp52-53

<sup>90</sup> ARISTOTE « Politique » Traduction française par J. Barthélemy-Saint-Hilaire Troisième édition 1874 Librairie Philosophique De Ladrangue

<sup>91</sup> Et Aristote d'ajouter : Charondas a pu dire, en parlant de ses membres, « qu'ils mangeaient à la même table » ; et Epiménide de Crète, « qu'ils se chauffaient au même foyer ». *Ibid* livre I §6

<sup>92</sup> *Ibid* Livre I §9

Rome ne sacrifiera pas non plus la vie privée au profit de la vie publique<sup>93</sup>. Ce sont les concepts de *privatim et publice*<sup>94</sup>, de *res privatae*, (les choses qui appartiennent aux individus), et *la res familiaris*, (ce qui est domestique, de la maison), par opposition à la *res publica* (ce qui est public)

## *Section 2. L'inviolabilité de la vie privée selon Locke*

**48.** A partir du XVII<sup>e</sup> siècle, et bien que des conceptions différentes aient émergé de cultures chargées d'une Histoire aux facettes multiples, le concept social de vie privée se rattache à peu près unanimement aux notions de secret, d'anonymat et d'intimité.

Au travers de ses œuvres séminales, J. Locke, philosophe anglais qui fut l'un des précurseurs du mouvement des Lumières<sup>95</sup>, reconnaîtra à la personne humaine l'inviolabilité de ses droits naturels à la vie et à fonder une famille (vie privée), à la propriété et à la liberté.

C'est ainsi que d'après Locke, la condition humaine qui requiert du travail productif et des matières premières avec lesquelles travailler, est source d'une propriété privée<sup>96</sup> qui est la prolongation, l'extension, de la propriété de la personne.

L'homme jouit d'un droit de propriété exclusif de son corps, en qualité de seul et unique propriétaire de sa vie et de ses biens. Il devient également propriétaire de la partie du bien commun qu'il a modifiée par l'empreinte de son travail. Le fait de prélever ainsi une partie d'un bien commun constitue le début de la propriété. Sans cela, le bien commun n'a aucune utilité<sup>97</sup> et l'appropriation de cette partie du bien commun ne requiert pas le consentement express de tous

---

<sup>93</sup> R. ETIENNE « La vie quotidienne à Pompéi » (1976) Ed. Fayard ; P. VEYNE « La Vie privée dans l'Empire romain » (2015) Ed. Points Histoire

<sup>94</sup> M.T. CICERON « Œuvres complètes traduites en français », le texte en regard. Librairie F.-I Fournier Paris 1818

<sup>95</sup> Le mouvement des Lumières, qui à son origine, dans la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle avait pour objectifs essentiels l'éradication de l'obscurantisme et de l'arbitraire qui sévissait de manière pesante, s'est étendu au XVIII<sup>e</sup> siècle dans toute l'Europe pour aboutir à un profond renouvellement de la pensée philosophique dont les aboutissements essentiels seront une remise en cause des croyances et de l'intolérance par la raison et la science.

<sup>96</sup> « *The condition of human life, which requires labour and materials to work on, necessarily introduces private possessions* » J. LOCKE 1680 « The two treatise of Government » 1680 Of civil Government, book II, Of property §35 (Vol4 p358 de l'œuvre complète de J. Locke en 9 volumes, 1824, C. Baldwin Printer, New Bridge Street London)

<sup>97</sup> « *We see in commons, which remain so by compact, that it is the taking any part of what is common, and removing it out of the state nature leaves it in, which begins the property ; without which the common is of no use.* » *Ibid* §28 (Vol4 p354 de l'œuvre complète de J. Locke en 9 volumes), 1824, C. Baldwin Printer, New Bridge Street London)

ceux qui en jouissent<sup>98</sup>. Bien entendu, l'appropriation du bien, pour avoir le caractère légitime auquel il doit répondre, ne doit causer aucun préjudice et ne pas priver pas les autres de la même possibilité d'en exploiter les ressources<sup>99</sup>.

De même, aucune immixtion, ou ingérence dans les biens civils personnels d'autrui ne peut être justifiée parce qu'il appartient à une autre paroisse ou parce qu'il a une autre religion ; les droits de l'Homme citoyen sont inviolables<sup>100</sup>.

Étroitement associé au concept de liberté, l'intérêt privé ne doit cependant être sacrifié à rien qui ne soit pas dans l'intérêt manifeste du public<sup>101</sup> et aucun particulier n'a le droit de diminuer en aucune manière que ce soit les biens civils d'un autre.

On retrouve aussi dans les écrits de Locke un éventail de mentions qui traduisent l'importance qu'il attribuait au respect de la vie privée que ce soit dans le cadre de situations concernant l'identité personnelle<sup>102</sup>, la confidentialité de certaines informations<sup>103</sup>, ou des conversations privées<sup>104</sup>.

---

<sup>98</sup> « *And the taking of this or that part does not depend on the express consent of all the commoners. Thus the grass my horse has bit; the turfs my servant has cut ; and the ore I have digged in any place, where I have a right to them in common with others; become my property, without the assignation or consent of any body. The labour that was mine, removing them out of that common state they were in, hath fixed my property in them.* » Ibid §28 (Vol4 p354 de l'œuvre complète de J. Locke en 9 volumes, 1824, C. Baldwin Printer, New Bridge Street London)

<sup>99</sup> « *Nor was this appropriation of any parcel of land, by improving it, any prejudice to any other man since there was still enough, and as good left ; and more than the yet unprovided could use* ». Ibid § 33 (Vol4 p356 de l'œuvre complète de J. Locke en 9 volumes, 1824, C. Baldwin Printer, New Bridge Street London)

<sup>100</sup> « *Secondly: no private person has any right in any manner to prejudice another person in his civil enjoyments, because he is of another church or religion. All the rights and franchises that belong to him as a man, or as a denison, are inviolably to be preserved to him* ». J. LOCKE 1686, A second letter concerning toleration. (Vol5 p17 de l'œuvre complète de J. LOCKE en 9 volumes, 1824, C. Baldwin Printer, New Bridge Street London)

<sup>101</sup> « *Private men's interests ought not thus to be neglected, nor sacrificed to any thing, but the manifest advantage of the public* ». §3 J. Locke 1691 Some Considerations of the Consequences of lowering the Interest, and raising the Value of Money. In a Letter sent to a Member of Parliament, 1691 (Vol4 p12 de l'œuvre complète de J. LOCKE en 9 volumes, 1824, C. Baldwin Printer, New Bridge Street London)

<sup>102</sup> « *Modes, which furnish matter for the whole tribe of abstractions daily made and preserved by such terms as usually serve to denote them : whether appellatives, in order to distinguish men in their several stations and relations, private or public* » J. LOCKE 1769 The essays of human understanding, A defense of Mr. Locke's opinion concerning personal identity (Vol2 p309 de l'œuvre complète de J. LOCKE en 9 volumes, 1824, C. Baldwin Printer, New Bridge Street London)

<sup>103</sup> « *But let us leave these mysteries, and come to the historical part, as the principal scope of this discourse; where we shall find, that though the use of the needle was so long since found out, yet either through its being kept private by some few persons at first as a secret of great value, or through the dulness of sailors, at first not comprehending this wonderful phenomenon ; or through fear of venturing too far out of the known shores ; or lastly, out of a conceit that there could not be more habitable world to discover* » J. LOCKE. 1704 The whole history of navigation from its original to this time. (Vol9 p377 de l'œuvre complète de J. LOCKE en 9 volumes 1824, C. Baldwin Printer, New Bridge Street London)

<sup>104</sup> « *I have so little varied any thing, but only the order of what was sent you at different times, and on several occasions, that the reader will easily find, in the familiarity and fashion of the style, that they were rather the*

**49.** Par l'ampleur « avant-gardiste » de ses écrits, Locke participait activement à une nouvelle ère de réflexions concernant la vie privée et la vie sociale de l'homme dans la société moderne<sup>105</sup> que le siècle des Lumières préparait.

On en retiendra ici quelques faits marquants.

Au même titre que John Locke, Montesquieu est souvent considéré comme un artisan spirituel de l'organisation politique et sociale libérale moderne. Son ouvrage « De l'esprit des Lois »<sup>106</sup> aurait inspiré la Constitution des États-Unis du 17 septembre 1787<sup>107</sup> et de la Constitution française du 3 septembre 1791.

Montesquieu fut un défenseur du droit civil, dans lequel aucune ingérence du gouvernement ne doit être tolérée sous peine de mettre en danger la propriété des citoyens. « *Le premier rôle du droit moderne est de séparer les sphères de conduites privées des publiques, de régulariser uniquement les dernières et d'organiser des procédures légales afin de protéger les premières* »<sup>108</sup>.

A la même époque J.-J. Rousseau dans son œuvre « *Du contrat social* » réaffirme « *outré la personne publique, nous avons à considérer les personnes privées qui la composent, et dont la vie et la liberté sont naturellement indépendantes d'elle* »<sup>109</sup>.

**50.** Aux forges du temps, se sont dessinés les contours d'une reconnaissance et d'une protection de la vie privée qui ont conduit à l'émergence de concepts modernes caractérisés par une très grande plasticité des frontières séparant les vies personnelle, publique et privée.

---

*private conversation of two friends, than a discourse designed for public view.* » J. LOCKE March 7th 1690 To Edward Clarke of Chipley Esq. Thoughts concerning education. The epistle dedicatory. (Vol8 p7 de l'œuvre complete de J. LOCKE en 9 volumes, 1824, C. Baldwin Printer, New Bridge Street London)

<sup>105</sup> W. BLACKSTONE « Commentaries on the Laws of England » (1765-1769) Edition de 1897 en un seul volume Ed West Publishing Co . Cet ouvrage contient des réflexions sur les influences politiques et sociales de J. Locke ; W. PREST « Blackstone and his Commentaries : Bibliography, Law, History » (2009) Hart Publishing Oxford and Portland Oregon

<sup>106</sup> MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat de La Brède, dit Montesquieu) « De l'esprit des lois » Genève : chez Barrillot & Fils, s.d. [1748]

<sup>107</sup> Le projet de Constitution fut adopté le 17 septembre 1787 par 39 des 42 représentants réunis en Congrès à Philadelphie.

<sup>108</sup> A. M. RABELLO « Montesquieu et la codification du droit privé (Le Code Napoléon) » p 155 *RDIC* Vol52 N°1-2000, pp147-156

<sup>109</sup> J.-J. ROUSSEAU « Du contrat social ou principes politiques » 1762 Livre II Chapitre IV. Des bornes du pouvoir souverain



Des lois ont été édictées pour protéger les vécus individuels des intrusions extérieures, qu'elles soient d'ordre administrative ou public. Peu à peu, s'est installée l'idée d'un respect de la vie privée et d'une liberté de conscience nécessaires à l'épanouissement social. Peu à peu, l'exercice de la vie privée a constitué un moyen de lutter contre une société de contrôle.

**51.** Selon H. Arendt, vivre une vie totalement privée, coupée de toute interaction avec le domaine public et de relation objective, permettant de construire ensemble quelque chose de plus permanent que la vie elle-même, signifierait par dessus tout d'être dépourvu d'éléments essentiels à une véritable vie humaine et serait superficielle<sup>110</sup>. La sphère publique est nécessaire à la liberté de l'homme.

Mais jusqu'à quel point l'imbrication des mondes public et privé est-elle acceptable ?

Le vocable de « public » désigne ce qui, en étant commun, nous permet de nous rassembler. C'est le lieu public, ouvert à l'échange, la contradiction et le partage qui caractérisent une vie sociale, par opposition au vocable « privé », qui dans son acception étymologique est associé aux notions de dépourvu, manque, retrait, privation. Le domaine privé est celui dont l'accès est restreint.

D'une manière générale, la distinction que l'on peut faire entre les domaines privé et public aujourd'hui, s'apparente à celle qu'on fait entre les aspects de la vie individuelle que l'on souhaite cacher et ceux qui peuvent ou doivent être rendus publics.

**52.** L'individualisme grandissant de l'homme au cours des siècles a fertilisé et enrichi le champ de la vie privée en y laissant s'épanouir et se différencier les concepts de vie personnelle et de vie intime, propres à l'individu, alors que les aspects spécifiques de la vie sociale et professionnelle devenaient des éléments constitutifs du domaine public.

*« Il est intéressant de délier le paradigme de l'intime, en le discernant de l'individuel, du privé, du personnel, du sujet, du soi, du moi, du je, de l'identité (etc.), dans leurs histoires culturelles interconnectées mais distinctes »<sup>111</sup>.*

---

<sup>110</sup> H. ARENDT « The Human Condition » Second Edition The University of Chicago Press, 1998

<sup>111</sup> C. JOUBERT « L'intime du politique : poème, histoire, peuple. » Recueil : « L'Intime et le politique dans la littérature et les arts contemporains » (2011) Université Paris 8 Polart- Poétique et politique de l'art

## Chapitre 2. Définitions générales et concepts

**53.** Avec le progrès industriel porteur de développements techniques qui ont bouleversé profondément les modes de communication et d'interaction entre humains de tout niveau social, les frontières fragiles qui avaient été dessinées entre les domaines de la vie privée et de la vie publique se sont estompées, puis effritées, pour aboutir à des appréciations générales de la vie personnelle et de la vie privée qui méritent d'être reconsidérées avant d'examiner les cadres juridiques relatifs à ces concepts.

### *Section 1. La vie personnelle*

**54.** Est personnel ce qui est relatif à la personne, ce qui lui est propre et qui lui appartient en particulier.

La vie personnelle concerne ce qui est lié à l'ensemble des caractéristiques constituant la personnalité de l'individu soit, de manière non exhaustive, sa nature : caractère, goût, opinion, sentiment ; ses caractéristiques physiques : teint, taille, couleurs d'yeux et cheveux, timbre de la voix ; son activité intellectuelle : esprit culture, idée, réflexion ; sa perception du monde environnant : sensibilité et croyances ; son éducation familiale et sociale ainsi que ses relations et activités sociales.

La vie personnelle, liée à la notion d'identité civile, concerne les relations et actes familiaux<sup>112</sup>. Elle est ouverte au regard du monde et aux échanges constructifs des uns avec les autres.

Certains aspects de la vie personnelle, individuelle, sont publics (1) et d'autres sont privés (2). Il en est ainsi par exemple, des lieux de vie personnelle. « *Situé entre la chambre et le grand salon, entre le lieu désormais fermé et tabou de l'intimité conjugale et le spectacle social, le boudoir est un territoire hybride, ambigu, défini à la fois par et contre les pôles opposés de la vie privée et de la vie publique, ceux de l'intimité, tournée vers soi, et ceux de la représentation, tournée vers l'autre* »<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Ce que les américains qualifient de « domestic life »

<sup>113</sup> P. DUFOUR et N. MOZET « Balzac Géographe », &2 Territoires. 2004 Groupe international de recherches balzaciennes, Collection Balzac. Edition Christian Pirot

La vie privée de l'homme est composée d'un ensemble d'éléments factuels et spirituels qui peuvent faire l'objet d'une communication limitée à des groupes de confiance et d'éléments non dévoilés qui constituent l'intimité et le « jardin secret » de chacun.

**55.** Les données personnelles qui sont propres à un individu peuvent être elles aussi être publiques ou privées. Elles sont privées et sensibles lorsqu'elles touchent à l'intimité de la personne.

### §1. Les aspects publics de la vie personnelle

**56.** Ils se réfèrent à l'extériorisation de traits inhérents à la personnalité individuelle qui constituent et participent à l'originalité de l'individu et qui le rendent distinct, unique et indépendant des autres<sup>114</sup>, tant sur le plan physique, psychique, comportemental, intellectuel ou moral.

L'état civil des individus, souvent présenté comme une donnée personnelle<sup>115</sup>, est pourtant accessible au travers des archives paroissiales et communales consultables dans les mairies ou au niveau départemental<sup>116</sup>, et de manière encore plus directe, lors de la publication des bans de mariage<sup>117</sup> et des actes de décès<sup>118</sup> qui sont souvent relatés, avec les nouvelles naissances au sein

---

<sup>114</sup> « Il y a un sentiment, un fait qu'il faut avant tout bien comprendre pour se représenter avec vérité ce qu'était un Barbare: c'est le plaisir de l'indépendance individuelle »... « lorsqu'on regarde au fond des choses, malgré cet alliage de brutalité, de matérialisme, d'égoïsme stupide, le goût de l'indépendance individuelle est un sentiment noble » F. GUIZOT Histoire générale de la civilisation en Europe depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la révolution française Deuxième leçon pages 61, 62 : Unité de la civilisation ancienne ; 1838, Éditions Lacrosse, Bruxelles

<sup>115</sup> Voir la définition retenue par la Commission Nationale Informatique et liberté (<http://www.cil.cnrs.fr>) sur laquelle nous reviendrons plus loin

<sup>116</sup> Afin de tenir compte des évolutions technologiques, en particulier dans le monde numérique, la Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 qui définissait la notion d'archives et les conditions qui La loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 et la délibération n° du 12 avril 2012 fixent les conditions d'accès aux archives de l'État Civil, y compris lorsqu'elles sont numérisées. On retiendra que les actes relevant des naissances, et mariages sont communicables

<sup>117</sup> Définitions du CNRTL : Les bans sont une « Proclamation publique pour ordonner, défendre quelque chose ou plus généralement pour porter quelque chose à la connaissance de tous ». « Ban(s) de mariage. Annonce publique, triple en principe, d'un mariage futur au prône dominical, par voie d'affiche à la porte de l'église, afin que toute personne connaissant un empêchement au mariage le fasse savoir ». Sur les pages Service-Public.fr, le site officiel de l'administration française, on peut lire « L'annonce officielle du prochain mariage est réalisée par la publication d'avis appelés bans. Ils contiennent les prénoms, noms, professions, domiciles ou résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage doit être célébré. Ils sont affichés à la porte de la mairie du mariage, ainsi qu'à celle des mairies où l'un ou l'autre des époux a son domicile »

<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F930>

des communes, dans les pages « Carnet » des quotidiens locaux. La consultation des archives publiques est soumise aux règles de communication énoncées dans les articles 213-1 (accessibilité de plein droit) et 213-2 du Code du patrimoine<sup>119</sup> fixant au 3° un délai de « Cinquante ans à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier » [ ] « pour les documents dont la communication porte atteinte à la vie privée » et au 4° e) un délai de « Soixante-quinze ans à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier » [ ] « Pour les registres de naissance et de mariage de l'état civil, à compter de leur clôture ».

Des individus dont l'image, ou les activités, font autorité dans un domaine particulier sont considérés comme des personnalités. Au niveau local national ou international, on parle par exemple de personnalités scientifiques, médicales, politiques ou sportives, mais aussi de personnalités du monde des arts, de la culture et du spectacle.

La personnalité est aussi l'image que l'individu transmet et qui concourt à la perception que l'on a de lui.

On parle de biens et d'avantages individuels, de sport individuel, d'initiative, de démarche, et de candidature individuelles ; de responsabilité et de mesures individuelles.

Le Ministère des Affaires sociales et de la Santé<sup>120</sup> reconnaît les troubles de la personnalité et les troubles graves du comportement<sup>121</sup>. La personnalité individuelle doit être prise en compte dans la suspension et le fractionnement de peine qui, en permettant à un condamné de ne pas être incarcéré, peuvent constituer des risques quant à la sécurité et à l'ordre public<sup>122</sup>

## **57. Les droits individuels concernent tous les individus de manière propre et singulière.**

---

<sup>118</sup> Alors que la Loi du 15 juillet 2008 permet un accès immédiat aux actes de décès, la délibération de la CNIL portant autorisation unique de traitements de données à caractère personnel contenues dans des informations publiques aux fins de communication et de publication par les services d'archives publiques, porte à 25 ans le délai d'accès aux actes de décès sur Internet

<sup>119</sup> Modifiés par ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015

<sup>120</sup> Anciennement Ministère des affaires sociales et de la solidarité nationale

<sup>121</sup> Circulaire interministérielle n° 83-4 du 29 janvier 1983 Mise en place d'actions de soutien et de soins spécialisés en vue de l'intégration dans les établissements scolaires ordinaires des enfants et adolescents handicapés ou en difficulté en raison d'une maladie, de troubles de la personnalité ou de troubles graves du comportement (BO S S 83/15)

<sup>122</sup> M. HERZOG-EVANS « Maintien temporaire ou partiel en milieu libre : suspension ou fractionnement de peine » Dalloz action. Droit de l'exécution des peines, Chap. 441 §2 Personnalité

La personnalité sociale, qui peut être entendue comme la nature comportementale de la personne est une notion classique en psycho-sociologie. Bien qu'individuelle, elle est de nature publique.

## §2. Les aspects privés de la vie personnelle.

**58.** Dans le langage courant, on qualifie de « privé », ce qui ne concerne pas les autres, par opposition à ce qui est public. Ainsi en est-il de certains aspects de la vie personnelle. « *Ma vie est à moi. C'est du privé et qui ne regarde personne* » répond le pêcheur à la secrétaire qui s'enquiert des événements importants de sa vie pour faire sa connaissance.<sup>123</sup>

Décider d'avoir une vie privée revient à faire le choix personnel d'en limiter l'accès, totalement ou partiellement, à certains individus ou institutions.

L'accès aux informations privées n'est pas permis à autrui, sans y avoir été invité ; ce qui conduit souvent à une conception erronée selon laquelle ce qui privé correspond à quelque chose que l'on souhaite cacher.

Contrairement à ce qu'affirme le paralogisme "*seuls ceux qui ont quelque chose à se reprocher ont quelque chose à cacher* », ne pas souhaiter que chaque instant de la vie familiale soit étalée au grand jour, ne signifie pas pour autant que les actes et les choix concernant les membres d'une famille, au sein et en dehors du foyer commun revêtent un caractère illicite ou immoral qui conduirait à vouloir les taire.

**59.** Revendiquer une vie privée ne signifie pas pour autant être libéré de tout devoir moral et de pouvoir agir en dehors des règles fondamentales du respect d'autrui<sup>124</sup>, « *il y a la vie privée, et elle aussi a ses devoirs* »<sup>125</sup>.

Le domicile est un lieu privé par excellence. D'une manière générale, la vie familiale est une partie privée de la vie personnelle. Elle est doublée d'une sphère d'intimité comme nous le verrons plus loin.

---

<sup>123</sup> A. CAMUS « État de siège » (1948) Éditions Gallimard, Paris 1948, p 82 Collection NRF par Université du Québec à Chicoutimi. Dans la deuxième partie, la secrétaire questionne le pêcheur sur sa vie publique « *Vous devez indiquer ici les événements importants de votre vie. C'est une manière de faire votre connaissance !* » - « *Ma vie est à moi. C'est du privé, et qui ne regarde personne.* » - « *Du privé ! Ces mots n'ont pas de sens pour nous. Il s'agit naturellement de votre vie publique. La seule d'ailleurs qui vous soit autorisée* »

<sup>124</sup> P. H. DIETRICH Baron d'OLBACH. « La morale universelle ou les devoirs de l'homme fondés sur sa nature ». Tome troisième Des devoirs de la vie privée (1776) Éditions Marc-Michel Rey Amsterdam

<sup>125</sup> H. de MONTHERLANT « La reine morte » (1947). Ed Gallimard - Club du livre 1957 p31

Les individus ayant une vie publique sont aussi acteurs de leur vie privée, l'une ne devant, autant que possible, pas déborder sur l'autre.

**60.** Les faits et dires qui sont révélés en privé sont généralement teintés de confidentialité.

Il est essentiel de bien différencier ce qui est privé de ce qui est confidentiel.

Tous les individus ont besoin de garder un espace de leur vie protégée d'intrusions extérieures, qu'elles soient le fait d'autres individus, extérieurs au cadre privé, ou d'institutions.

Le partage d'informations avec un nombre restreint de personnes de confiance, constitue un cercle de confidentialité<sup>126</sup>. Il est intéressant de remarquer que l'idée même d'un cercle de confidentialité sous-entend un échange d'information et une interaction entre membres du cercle, ce qui le différencie du cercle privé.

On associe souvent la notion de secret à la diffusion d'informations confidentielles qui doivent restées cachées. On parle ainsi de secret de fabrication, secret professionnel, secret d'État, secret militaire, secret médical...

On voit que le concept de vie privée concerne les individus, alors que celui de confidentialité concerne des informations.

## *Section 2. L'intimité*

**61.** Bien que le domaine privé ne doive pas être soumis aux interférences extérieures, il peut subir leur influence et leur intégration résultera le plus souvent d'un acte volontaire. Certains aspects de la vie privée sont intimes parce qu'ils sont strictement personnels et doivent être préservés des curiosités et de l'indiscrétion.

Les parties de soi, qu'elles soient morales ou physiques, que l'on désire protéger du monde extérieur, sont intimes. « *Je n'aime pas que les choses qui se sont passées dans l'intimité se publient* »<sup>127</sup>.

L'intimité est souvent gardée secrète, « *on perd le droit de parler des autres quand on se met à les connaître intimement* »<sup>128</sup> ou tout au plus partagée avec ceux qui en sont les acteurs.

---

<sup>126</sup> Il est d'ailleurs intéressant de noter que le terme confidentialité, calqué du terme anglais « confidentiality », est d'origine assez récente dans la langue française et que « confidentiality » en anglais trouve une racine étymologique dans « confidence » qui signifie confiance

<sup>127</sup> J.-J. ROUSSEAU « Lettre à Pierre-Alexandre Du Peyrou » (15 avril 1765)

<sup>128</sup> A. FERNEY « La conversation amoureuse » Chap. III A table p 179. (2006) Ed. Actes Sud

Des relations intimes sont établies entre les membres d'une famille ou avec des proches avec qui l'on partage certains moments privilégiés de la vie privée, « *nous étions dans l'intimité, nous étions en petit comité* »<sup>129</sup>.

Une certaine forme d'intimité peut aussi naître, par exemple, entre les membres de certains groupes culturels, philosophiques, religieux, les membres d'une confrérie professionnelle.

**62.** Longtemps considérée comme inaccessible à l'analyse, impénétrable, l'intimité individuelle profonde est souvent qualifiée de vie intérieure, de jardin secret que l'on se doit de respecter. « *Vivre en couple dans la durée, c'est apprendre à créer et à vivre une intimité personnelle (reconnue par l'autre) et une intimité commune (respectée par chacun)* »<sup>130</sup>. L'intimité favorise l'épanouissement de la vie intérieure et les relations sentimentales profondes entre individus, sans nécessairement être teintées de sensualité

Si on associe au concept d'intimité la notion de partage volontaire avec un petit groupe d'individus on dit aussi « *Il n'y a rien de plus intime, de plus chargé qu'un silence partagé* »<sup>131</sup>. Un recueillement partagé peut aussi générer une forme d'intimité « *En sortant, et à mon grand étonnement, ils m'ont tous serré la main-comme si cette nuit où nous n'avions pas échangé un mot avait accru notre intimité* »<sup>132</sup>.

**63.** Au-delà de ces considérations psychologiques et relationnelles, on associe très souvent la notion d'intimité aux parties du corps qui sont cachées et aux relations que les patients peuvent lier avec des représentants du corps médical sous le sceau du secret professionnel.

Nous verrons plus loin que les progrès des techniques d'analyse biologique ont fait considérablement évoluer le concept d'intimité médicale qui s'applique aujourd'hui aux plus intimes composants du corps humain que sont les gènes, fondements microscopiques du « soi » biologique.

---

<sup>129</sup> L'ambassadrice de Turquie raconta que le grand-père de la jeune femme [ ] ayant invité M. de Luxembourg à déjeuner, celui-ci avait refusé [ ] à quoi le grand-père avait répondu : « Je suis d'autant plus désolé que vous n'avez pas pu venir, mon cher ami, que j'aurais pu jouir de vous dans l'intimité, car nous étions dans l'intimité, nous étions en petit comité ». Marcel Proust. A la recherche du temps perdu. Le côté de Guermantes tome VIII p 189 Collection in-8 « A la Gerbe » Œuvres complètes en 18 volumes Edition 1919 NRF Gallimard Paris 1920

<sup>130</sup> J. SALOME « Éloge du couple » p. 5 (1998) Ed. Albin Michel

<sup>131</sup> L. LANDER « Obéir » traduction française de « Käsky » p 62 (2006) Ed. Actes Sud

<sup>132</sup> A. CAMUS « L'étranger » (1942) Ed. Gallimard, Collection Folio p22. Après la veillée funèbre

### Chapitre 3. Premiers pas vers le droit au respect de la vie privée

**64.** Les différentes acceptions de la notion de vie privée au sein des sociétés occidentales ont conduit, au cours des deux derniers siècles, à des interprétations plus ou moins larges des concepts qui sous-tendent les décisions sur lesquelles se sont construites les jurisprudences.

Si la protection de la vie privée et la liberté d'expression trouvent certaines de leurs racines dans les lois d'Angleterre et le souffle révolutionnaire français du XVIII<sup>e</sup> siècle, il faut attendre le plaidoyer de Warren et Brandeis réclamant la défense du « right to privacy » aux États-Unis pour que la protection des aspects les plus intimes de la sphère personnelle soit « consacrée » au niveau juridique et prenne une véritable dimension constitutionnelle tout en se heurtant de plein fouet à la liberté de la presse et de la parole.

**65.** C'est en 1890 que le principe de respect de la vie privée dû à tout individu fut énoncé aux États-Unis dans l'article « frondeur » écrit par Warren et Brandeis<sup>133</sup>, qui propose une description catégorielle du droit à la vie privée (1). Bien que les véritables motivations qui furent à la source de cet article soient encore aujourd'hui controversées et que le droit à la vie privée ne soit pas encore totalement reconnu en tant que catégorie juridique spécifique, par certains juges de la Cour Suprême, la publication de Warren et Brandeis s'avéra être l'initiateur d'une profonde réflexion internationale concernant les règles juridiques relatives à la protection d'aspects privés de la vie personnelle, même si le concept de « droit à la vie privée » tel que réclamé par Warren et Brandeis n'a pas été facilement accepté ni largement reconnu aux USA (2).

#### §1. The Right to Privacy selon Warren et Brandeis

**66.** Les conditions exactes dans lesquelles le concept de « right to privacy » (droit à la vie privée) a fait son chemin jusqu'à la Harvard Law Review, ne sont pas toujours claires.

William Prosser, doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Californie à Berkeley (USA) écrivait en 1960 dans un article intitulé « Privacy »<sup>134</sup> que, dans un contexte où une presse à

---

<sup>133</sup> S. D. WARREN et L. D. BRANDEIS « The Right to Privacy » *Harv L Rev* (1890) 4, 193-203

<sup>134</sup> W. L. PROSSER « Privacy » *California Law Review*, (1960) 48 : 383-389



sensation faisait ses choux gras des aspects personnels d'une « élite sociale » à laquelle appartenait Mme Warren, le texte de Warren et Brandeis fut écrit en réaction à la publication, dans les colonnes de la rubrique « Société » du « The Saturday Evening Gazette » de Boston, d'un article relatant avec des détails embarrassants, une réception donnée par Warren à l'occasion du mariage de sa fille<sup>135</sup>.

Cependant cette récapitulation des faits n'est guère plausible, compte tenu du fait que le mariage de Samuel Warren et Mabel Bayard fut célébré le 25 juillet 1883<sup>136</sup>, il est assez curieux de constater que de très nombreux articles publiés dans le passé et aujourd'hui encore, mentionnent toujours l'anecdote du Saturday Evening Gazette alors qu'à la date de parution de l'article de Warren et Brandeis la fille de Warren était âgée de 6 ans et le nom de Warren n'était apparu dans les colonnes de la Gazette qu'à deux reprises entre 1883 et 1890 au sujet d'affaires futiles<sup>137</sup>.

Cette « affabulation » qui serait sortie de l'imagination de W. Prosser<sup>138</sup> s'apparente finalement plus aux commérages journalistiques contre lesquels Warren et Brandeis se sont élevés.

Selon certains historiens, l'article de Warren et Brandeis aurait pu participer du désir de faire connaître le Cabinet qu'ils avaient co-fondé en 1879 à Boston<sup>139</sup>, et de publier une revue remarquable dans la Harvard Law Review, dont Brandeis était le Trésorier<sup>140</sup>.

**67.** Indépendamment d'aspects historiques et personnels qui dépassent le cadre de notre propos, il faut donc chercher ailleurs les motivations de ces auteurs<sup>141</sup>, pour comprendre les

---

<sup>135</sup> Le Doyen PROSSER écrit dans son article « *Socially Mrs Warren was among the elite ; and the newspapers of Boston, and in particular the Saturday Evening Gazette, which specialized in « blue blood « items covered her parties in highly personal and embarrassing detail »* et un peu plus loin, « *The matter came to a head when the newspapers had a field day on the occasion of the wedding of a daughter, and Mr Warren became annoyed »*

<sup>136</sup> A. GAJDA « *What if Samuel D. Warren hadn't married a Senator's daughter ? : Uncovering the press coverage that led to The Right to Privacy »* Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers series Research Paper N° 07-06 Nov. 2007- University of Illinois College of Law USA

<sup>137</sup> K. GORMLEY « *One hundred years of privacy »* 1992 *Wisc Law Rev* 1335

<sup>138</sup> D. J. GLANCY « *The invention of the right to privacy »* *Arizona Law Review* (1979) 21 : 1-39

<sup>139</sup> Le Cabinet fondé par Warren et Brandeis porta leur nom jusqu'en 1897, bien que Warren ait arrêté la pratique juridique en 1888 pour s'occuper de sa famille. C'est en 1897 que le cabinet devint « Brandeis Dunbar & Nutter », pour une durée de 19 ans, après que William Harrison Dunbar et George Read Nutter ait respectivement rejoint les rangs en 1886 et 1889 et que Brandeis soit nommé à la Cour Suprême en 1916. Le Cabinet porte maintenant le nom de Nutter, McClennee & Fish LLP et compte 149 avocats (<http://www.nutter.com/firm/uniGC.aspx?xpST=AboutUs>)

<sup>140</sup> A. T. MASON « *Brandeis, A free Man's life »*, (publié en 1946 par Vicking Press New York)

<sup>141</sup> A. T. MASON *Ibid* , D. J. GLANCY (V. *supra* n° 66)

raisons qui ont inspiré l'écriture d'un article qui a été et reste encore le socle d'une réflexion profonde en ce qui concerne la place du respect de la vie privée dans le droit.

L'agacement et la répulsion que ressent Samuel Brandeis face à l'invasion de sa vie familiale et personnelle par une presse précédemment qualifiée de « despote »<sup>142</sup> et qu'il juge avide d'indiscrétions, de ragots et de calomnies, ont probablement été des éléments déclencheurs qui se sont ajoutés à une inquiétude née de la vulnérabilité grandissante des individus face aux progrès techniques<sup>143</sup>, qui leur font perdre petit à petit le contrôle de leurs actions, paroles et images les plus intimes.

**68.** C'est sur la suggestion de Warren<sup>144</sup> que Brandeis le rejoindra dans l'écriture d'un article qui réclamera la reconnaissance large du « *right to be let alone* »<sup>145</sup> (que l'on peut traduire par le « droit de ne pas être importuné par autrui » ou « d'être laissé en paix »), concept précédemment introduit par le juge Cooley<sup>146</sup> qui avait d'ailleurs également employé l'expression « *right to privacy* » dans ses écrits précédents<sup>147</sup>.

La publication de l'article de Warren et Brandeis arrivait à point dans un contexte dans lequel

---

<sup>142</sup> J. F. COOPER (1838) dans « The american democrat or Hints on the social and civic relations of the united states of america » Cooperstown H. & E. PHINNEY p 131 « *If newspapers are useful in overthrowing tyrants, it is only to establish a tyranny of their own. The press tyrannizes over publick men, letters, the arts, the stage, and even over private life. Under the pretence of protecting publick morals, it is corrupting them to the core, and under the semblance of maintaining liberty, it is gradually establishing a despotism...* » (Si les journaux sont utiles pour renverser les tyrans c'est uniquement pour mieux établir leur propre tyrannie. La presse contrôle les hommes publics, les lettres, les arts, la période et même la vie privée. Sous le prétexte de protéger la morale publique, elle la corrompt au plus profond d'elle même, et en faisant mine de maintenir la liberté elle établit un despotisme...)

<sup>143</sup> « *Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that "what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops"* ». (« Les photographies instantanées et les entreprises de presse ont envahi l'enceinte sacrée de la vie privée et domestique, et de nombreux dispositifs mécaniques menacent de donner raison à l'adage "Ce qui est murmuré dans un placard sera crié sur tous les toits" »)

<sup>144</sup> Dans deux lettres du 8 et du 10 avril 1905, Brandeis écrit à Warren qu'il avait raison d'avoir suggéré l'écriture de leur article. Quinze ans après la publication de leur article Warren et Brandeis reconnaissent en 1905, que c'était une « *specific suggestion of Warren, as well as Warren's deep seated abhorrence of the invasions of social privacy, which led to our taking up the inquiry* » « *You are right of course about the genesis of the article* ». Ces lettres sont citées dans "Lettres of Louis D. Brandeis" Vol I 1870-1907

<sup>145</sup> T. COOLEY Treatise on the Law of Torts (1st Edition 1879) – Dans leur article, Warren et Brandeis citent la 2e édition p. 29

<sup>146</sup> « The right to be let alone » peut être traduit de manières multiples car ce concept recouvre des notions subtilement diverses qui font appel en français à des expressions différentes. Comme nous l'avons déjà mentionné, les adaptations linguistiques peuvent restreindre ou dénaturer le sens originel des concepts exprimés dans une langue étrangère. C'est le cas ici. Nous nous en tiendrons en premier lieu à ces deux définitions car elles sont assez larges et s'appliquent bien au contexte

<sup>147</sup> T. COOLEY The general principles of Constitutional law in the United States of America p. 210 (1880)

les progrès technologiques faisaient craindre que les détails les plus intimes de la vie des personnalités publiques ou des individus les plus ordinaires, puissent faire l'objet de campagnes d'informations diffamatoires dans une presse à scandale à la recherche de proies en tout genre<sup>148</sup>. Il a été suggéré que l'article d'un journaliste publié peu de temps avant le leur<sup>149</sup> ait pu inspirer Warren et Brandeis<sup>150</sup>.

**69.** Quels qu'en aient été les moteurs, l'article de Warren et Brandeis déclencherà une « onde de choc » dont les répercussions se feront sentir jusqu'au XXI<sup>e</sup> siècle, dans le monde entier, car il pose pour la première fois les bases d'une reconnaissance à part entière d'une nouvelle catégorie du droit consacré à des aspects immatériels de la propriété individuelle.

**70.** Jusqu'alors, les lois en vigueur aux États-Unis trouvaient leurs applications dans des situations où les préjudices subis étaient d'ordre matériel. La condamnation du délit de diffamation ne prenait pas en compte le préjudice moral subi lors d'une atteinte à la réputation. Les lois relatives à la protection de la propriété personnelle ne pouvaient être invoquées pour des dommages émotionnels, liés par exemple, à la crainte d'être au centre de publications fallacieuses ou à l'utilisation non permise de documents, ou de photographies d'ordre privé. L'abus de confiance dans le cadre commercial ne pouvait être jugé que dans le cadre de relations contractuelles. La diffusion de communications faites sous le sceau du secret, en absence de formalisation contractuelle, était à la merci de partenaires indéclicats qui ne craignaient pas une protection quasi inexistante de l'abus de confiance.

**71.** Warren et Brandeis défendent une position selon laquelle les termes ayant évolué avec le temps, la notion de droit à la vie (« *the right to life* ») utilisée initialement pour protéger les personnes ayant subi ce que notre droit administratif qualifie de « voie de fait », devait être entendu comme droit de jouir de la vie (« *right to enjoy life* ») et que par conséquent, la souplesse de la Common Law devait permettre d'adapter le droit de la « *privacy* » aux

---

<sup>148</sup> H. JAMES exprimait déjà dans plusieurs œuvres publiées dans les années 1880, son aversion profonde vis à vis d'une presse dont les publicités diaboliques étaient dangereuses et destructrices. C'est pour mieux définir les exagérations de la presse avide de ragots qu'il créa mot « newspaperization » D. J. GLANCY (V. *supra* n° 66)

<sup>149</sup> E. L. GODKIN « The rights of the citizen. IV To his own reputation » *Scribner's Magazine* (1890) Volume 0008 Issue 1 (July, 1890)

<sup>150</sup> D. J. GLANCY (V. *supra* n° 66)

évolutions techniques qui mettaient en péril le respect de la vie personnelle et de la vie privée. La clef de voûte de leur argumentation est que, selon eux, les principes fondamentaux de la Common Law devaient assurer à l'individu la pleine protection de leur personne et de leur vie privée (« privacy »).

72. Dans leur article, Warren et Brandeis s'appuient d'ailleurs largement sur les décisions précédentes de la Cour d'Angleterre, qui avait reconnu une définition assez large de la vie privée et de sa protection, contrairement aux Cours américaines qui ne reconnaissaient pas de droit à la vie privée<sup>151</sup>. « *The Common Law secures to each individual the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others... The existence of this right does not depend upon the particular method of expression adopted. It is immaterial ... Neither does the existence of the right depend upon the nature or value of the thought or emotions, nor upon the excellence of the means of expression. The same protection is accorded to a casual letter or an entry in a diary and to the most valuable poem or essay, to a botch or daub and to a masterpiece. In every such case the individual is entitled to decide whether that which is his shall be given to the public* »<sup>152</sup>.

Il est intéressant de rapprocher cette position des réflexions de Blackstone un siècle plus tôt, en ce qui concernait la diffamation<sup>153</sup>.

73. C'est l'application de ces principes à la protection psychologique des personnes que

---

<sup>151</sup> Warren et Brandeis citent en particulier l'affaire Prince Albert v Strange (Prince Albert v. Strange, 2 DeGex & Sm. 652, 695 (1849) dans laquelle la Cour avait considéré que la Common Law interdisait non seulement la reproduction d'une collection de gravures, que le Prince et la reine Victoria avait constituée pour leur plaisir personnel, mais également leur description sous quelque forme que ce soit

<sup>152</sup> « La Common Law garantit, normalement, à chaque individu le droit de déterminer dans quelle mesure ses pensées, ses sentiments et ses émotions sont communiqués aux autres ... L'existence de ce droit ne dépend pas de la méthode particulière d'expression adoptée. Il est immatériel ... L'existence du droit ne dépend ni de la nature ou de la valeur de la pensée ou des émotions, ni de l'excellence des moyens d'expression utilisés. La même protection est accordée à une lettre banale ou à une page de journal intime, à un poème de grande valeur ou un essai littéraire, à une composition brute et à un chef-d'œuvre. Dans tous ces cas l'individu a le droit de décider si ce qui est sien doit être rendu public. » Warren et Brandeis (V. *supra* n° 65)

<sup>153</sup> M. BLACKSTONE Commentaires sur les Lois Anglaises Tome 6. Traduction française M.D.G., Éditions J. L. De BOUBERS Bruxelles (1784) Contre la paix publique p39 § 13 « *On peut placer au même rang que les cartels, les libelles, (libelli famoli) ce qui comprend, non-seulement les écrits, mais encore les tableaux, estampes, chansons, tendant à diffamer ou à ridiculiser quelques personnes, surtout les Magistrats ou gens en places, dans l'intention de les rendre odieux au peuple & de l'exciter contre eux. La publication des uns comme des autres, est considérée comme une infraction de la paix publique : attendu qu'il peut en arriver des troubles considérables, & peut être même des meurtres* »

Warren et Brandeis revendiquent dans leur définition du « droit à la vie privée » et c'est dans cette logique qu'après avoir examiné dans quelles mesures et quelles limites les lois en vigueur pouvaient être invoquées pour une protection non matérialiste de la vie personnelle, des ressentis et des sentiments les plus intimes, Warren et Brandeis proposent que la Common Law reconnaisse une catégorie nouvelle du droit qui en tant que « principe protégeant à la fois, les écrits personnels, tout type de production intellectuelle et les émotions individuelles » constitue un « droit à la vie privée », entendu comme un droit opposable au monde (« *right as against the world* »).

**74.** Cet aspect de la théorie de Warren et Brandeis rentre bien dans le cadre de notre propos concerne la distinction qui doit être faite en ce qui est public et ce qui est privé.

De manière intéressante, les auteurs décrivent en terme spatial les interférences entre les deux domaines<sup>154</sup>. Ils mentionnent une presse qui « outrepassé les limites de la propriété et de la décence en commettant une intrusion dans le cercle domestique<sup>155</sup> ».

**75.** Sans doute influencés par un passé intellectuel traditionnel hérité de l'Amérique colonialiste<sup>156</sup>, Warren et Brandeis pensent qu'il est essentiel de veiller à ce qu'existe une ligne de démarcation claire entre les affaires publiques et le cercle privé, afin que soient préservés la distinction entre la vie publique et les sentiments les plus intimes réservés au cadre de la vie personnelle. Ces notions furent également développées par Blackstone et Kent dans leurs

---

<sup>154</sup> Certains auteurs modernes ont également souhaité distinguer les mondes privé et public en utilisant les termes de sphère, domaine, cercle, qui traduisent tous une volonté de séparation physique similaire à celle qui avait été prônée par Warren et Brandeis

<sup>155</sup> « *The press is overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and of decency. Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery. To satisfy a prurient taste the details of sexual relations are spread broadcast in the columns of the daily papers. To occupy the indolent, column upon column is filled with idle gossip, which can only be procured by intrusion upon the domestic circle.* » (La presse dépasse les limites évidentes de la bienséance et de la décence à tous les niveaux. Le colportage des ragots n'est plus seulement l'apanage de l'oisif et du vicieux, mais il est devenu un métier, qui est exercé de manière arrogante par les entreprises de presse. Afin de satisfaire les penchants des voyeuristes, des détails de relations sexuelles sont étalés dans les colonnes des journaux quotidiens. Pour occuper les paresseux, des ragots collectés lors de l'intrusion de la vie domestique individuelle remplissent les colonnes l'une après l'autre)

<sup>156</sup> La nécessité d'une séparation des responsabilités associées aux postes occupés dans la société avait été énoncée J. F. COOPER dans « *The american democrat* » (page 77 § On Station) : « *Station may be divided into that which is political, or publick, and that which is social, or private. In monarchies and aristocracies the two are found united, since the higher classes, as a matter of course, monopolize all the offices of consideration ; but, in democracies, there is not, nor is it proper that there should be, any intimate connexion between them* »

commentaires sur les lois anglaises et américaines<sup>157</sup>

Pour Warren et Brandeis, le domaine privé ne concerne que l'individu, alors que ce qui concerne les communautés ou la société en général relève du domaine public. Ils expriment déjà une inquiétude sur laquelle nous reviendrons ultérieurement dans cette étude, et qui concerne l'effritement du concept de vie privée dû en grande partie à l'évolution technologique des sociétés et le bouleversement des relations humaines.

**76.** En tout état de cause, le « right to privacy » reste aujourd'hui un texte fondamental qui a ajouté un nouveau chapitre au droit public américain<sup>158</sup> et qui a donné lieu à un nombre considérable d'articles d'analyse et de synthèse qui ont participé à enrichir et ont renforcé les concepts fondamentaux exprimés par Warren et Brandeis.

## §2. Le droit au respect de la vie privée : Du concept à la Cour.

**77.** Les premières décisions de justice en faveur d'une reconnaissance de la violation d'un droit à une « vie privée immatérielle » rendues dès 1890, faisaient espérer un effet positif du texte de Warren et Brandeis sur la justice.

Le droit octroyé par la Common Law a tout individu de « décider si ce qui est sien doit être rendu public »<sup>159</sup> à été confirmé puis étendu à l'image corporelle ainsi qu'aux aspects immatériels de la vie privée, avant que la remise en cause du statut autonome du droit de la vie privée ait conduit la législature à intervenir et que les aspects émotionnels de la vie privée soient finalement pris en compte par la justice.

---

<sup>157</sup> W. Blackstone « Commentaries on the laws of England » *Ibid* note 20 considère déjà séparément les « private wrongs » (Livre III) et les « public wrongs » (Livre IV). « A public wrong » est une atteinte aux droits de la population, connu généralement sous le nom de délit, offense ou crime, pouvant donner lieu à une procédure sommaire, une inculpation, ou un emprisonnement. « A private wrong » signifie plutôt un tort privé, qui n'affecte pas le public et qui donne généralement lieu à une action en dommages et intérêts. Voir aussi J. Kent « Commentaries on American Law » (1868) W. Kent publisher - New York

<sup>158</sup> Selon une lettre qu'il aurait envoyée au Sénateur William E. Chilton en 1916, Nathan Roscoe Pound, doyen de la faculté de droit de l'université de Harvard (Harvard Law School) et l'un des juristes américains les plus cités du XXe siècle, aurait dit de l'article de Warren et Brandeis qu'il n'avait rien fait de moins que d'ajouter un chapitre au droit américain (« nothing less than add a chapter to our law ») – Cité dans D. J. GLANCY « The invention of the right to privacy » (V. *supra* n° 66)

<sup>159</sup> « Dans tous ces cas l'individu a le droit de décider si ce qui est sien doit être rendu public. » Warren et Brandeis (V. *supra* n°65)

*A. La naissance d'un droit au contrôle de l'exploitation des caractéristiques physiques.*

**78.** Les décisions que la Cour de New York a prises dans les affaires *Manola v. Stevens*<sup>160</sup>, *Mackenzie v. Soden Mineral Springs*<sup>161</sup>, *Schuyler v. Curtiss et al.*<sup>162</sup> et *Marks v. Jaffa*<sup>163</sup> marquent l'entrée d'une importante distinction juridique entre des considérations purement relatives à la vie privée et des intérêts financiers ou professionnels.<sup>164</sup>

**79.** Dans la première affaire, qui n'a pas donné lieu à une décision officiellement diffusée, mais dont les conclusions furent rapportées dans les pages du *New York Times* en juin 1890<sup>165</sup>, le juge de New York pris une décision en faveur d'une plainte de Marion Manola, une des artistes féminines les plus connues des cabarets musicaux dans les années 1880-1890<sup>166</sup>.

**80.** En l'espèce, l'incident ayant donné lieu à la plainte de M. Manola, s'était déroulé pendant une représentation musicale à laquelle elle participait et pendant laquelle une photographie d'elle fut prise, sans son accord, par le directeur, B. Stevens, alors qu'elle apparaissait en tenue « légère » pour l'époque. La publication de cette photographie dans le *New York Times*, avait pour but publicitaire de consolider une audience fluctuante<sup>167</sup> et mettait donc en avant les avantages procurés par l'invention et les progrès de la photographie. La légende de la photographie publiée expliquait « Un photographe a été placé dans l'une des loges, et quand

---

<sup>160</sup> *Manola v. Stevens* (N.Y. Sup. Ct 1890) dans *N.Y. Times* 15,18,21 juin 1890

<sup>161</sup> *Mackenzie v. Soden Mineral Springs Co.*, 27 Abb. N. Cas. 402,18 N.Y.S. 240 (Sup. Ct. 1891)

<sup>162</sup> *Schuyler v. Curtis et al.* 15 N.Y.S. 787 ; 1891 N.Y. ; annulé en appel 147 N.Y. 434 ; 42 N.E. 22; 1895 N.Y. LEXIS 970

<sup>163</sup> *Marks v. Jaffa* 6 Misc. 290, 26 N. Y. S. 908 (Super Ct. N.Y. City1893)

<sup>164</sup> C'est une étape importante qui est franchie avec ces jugements. Ils se démarquent d'affaires dans lesquelles des considérations personnelles d'ordre privé et affectif avaient été traitées sur la base d'atteintes à la propriété (voir par exemple *Gee v. Pritchard and Anderson* 36ER670, jugement de référence rendu par la chancellerie d'Angleterre en 1818)

<sup>165</sup> *Manola Gets An Injunction*, *N.Y. Times*, June 18, 1890, at 2, col. 2 ; *Miss Manola Seeks An Injunction*, *N.Y. Times*, June 21, 1890, at 2, col. 2 (N.Y.S. Ct. June 17,1890) ; D. J. GLANCY « Privacy and the other Miss M » (1990) Symposium on the Right to Privacy : After one hundred years. Northern Illinois University Law Review, 10N Ill. U.L. Rev. 401

<sup>166</sup> D. J. GLANCY *ibid.* Au moment des faits, Marion Manola était au sommet de sa carrière. Elle avait déjà fait l'objet en 1889 d'un article du *New York Times* au sujet d'une altercation qu'elle avait eu avec un partenaire qui l'avait poussée sur scène et avec qui elle ne voulait pas apparaître. A la suite de quoi elle exigea que son partenaire présente ses excuses devant le public. Elle avait aussi eu maille à partir devant la Cour de New York avec Benjamin Stevens directeur du cabaret ou elle se produisait lors des faits qui constituaient le corps de sa plainte

<sup>167</sup> L'article incriminé était publié dans le *New York Times* du 15 juin1890, col. 3 p 2, avec le titre « Photographed in Tights : Marion Manola Caught on the Stage by a Camera » Photographiée en bas collants, Marion Manola prise sur scène avec un appareil photo

l'occasion s'est présentée pendant le spectacle, une ampoule flash a été utilisée et une photographie de l'actrice fut prise. . . Le photographe n'a pas tenté de dissimuler sa présence dans la loge, mais au contraire, semblait faire tout ce qu'il pouvait pour attirer l'attention de l'auditoire. Ce qu'il réussit pleinement.<sup>168</sup> »

L'auteur de la photographie délictuelle, absent des auditions, fut enjoint par la Cour Suprême de New York de cesser sa diffusion.

**81.** Dans l'affaire Mackenzie, le droit à l'intimité de la personne fut reconnu par la Cour de New York qui a délivré une injonction d'arrêt de publication à la compagnie Soden Mineral Springs Co. au motif qu'elle utilisait, à des fins publicitaires, le nom du médecin sans qu'il en ait donné l'autorisation.

**82.** Un autre exemple de la reconnaissance d'un droit à l'image et au respect du nom de la personne fut illustré par l'affaire Marks v. Jaffa. Le conflit était né de l'idée d'un éditeur de journal, le défendeur, qui proposa à ses lecteurs de choisir par un vote lequel de deux acteurs, dont le plaignant, était le plus populaire. Pour ce faire, il n'hésita pas à publier des photographies et informations nominatives des deux acteurs, malgré l'opposition du plaignant de voir son nom et son image associés à cette compétition.

**83.** Le droit au respect de la personne et de sa représentation corporelle fut également affirmé par la Cour Suprême de New York, à l'occasion de l'affaire Schuyler v Curtiss *et al.*<sup>169</sup> . Lors d'une session de première instance (special term)<sup>170</sup> le juge O'Neil, avait retenu la requête de l'appelant qui, en l'espèce, s'opposait à l'érection et à l'exposition par la « Woman's Memorial Fund Association » d'une statue représentant, grandeur nature, la défunte épouse de George Schuyler, oncle du plaignant. Aucun des époux Schuyler n'avait consenti à un tel projet. Après avoir rappelé et discuté les obligations qui peuvent naître d'un choix d'un individu

---

<sup>168</sup> « *A photographer was placed in one of the boxes, and when an opportunity occurred during the performance a flash light was used and a photograph of the actress was secured . . . The photographer made no attempt to conceal his presence in the box, but on the contrary, seemed to do all he could to attract the attention of the audience. In this he succeeded fully*»

<sup>169</sup> Pour une analyse détaillée de ce cas, voir A. N. HAND « Schuyler against Curtis and the right to privacy » 1897 in *The American Law Register and Review The University of Pennsylvania Law Review* Vol 45 pp745-759.

<sup>170</sup> Dans le système juridique américain, une session « special term » de la Cour Suprême est tenue par un seul juge qui examine les requêtes et décide des actions en première instance



d’embrasser une fonction publique, le Juge O’Brien avait pris en considération le fait que Mme Schuyler, philanthrope convaincue, n’avait pour autant choisi de devenir une personnalité publique<sup>171</sup>, ce qui donnait à la demande de l’Association une toute autre dimension.

S’appuyant sur les décisions de la Cour prises dans l’affaire *Manola v. Stevens*<sup>172</sup> et sur les écrits de Godkin<sup>173</sup> dénonçant l’invasion diabolique de la vie privée par la presse, le juge O’Brien avait aussi rappelé que l’exhibition ou la vente non autorisée de représentations et de possessions personnelles avait déjà été sanctionnée précédemment dans les affaires *Pollard v. Photographic Co*<sup>174</sup> et *Prince Albert v. Strange*<sup>175</sup>.

L’injonction signifiée à Curtiss *et al.*, rendue permanente par le tribunal de première instance<sup>176</sup> fut annulée en appel<sup>177</sup>.

Dans son opinion, le Juge Peckman précise la position de la Cour d’Appel vis à vis des limites qu’elle entend donner au droit de la vie privée, attaché uniquement de son vivant à une personne et qui disparaît lors son décès<sup>178</sup>. La cour ne remet nullement en cause le droit à la vie privée, ni

---

<sup>171</sup> « *The moment one voluntarily places himself before the public, either in accepting public office, or in becoming a candidate for office, or as an artist or literary man, he surrenders his right to privacy pro tanto, and obviously cannot complain of any fair or reasonable description or portraiture of himself. It has not been shown that Mrs. Schuyler ever came within the category of what might be denominated » public characters. « She was undoubtedly a woman of rare gifts and of a broad and philanthropic nature ; but these she exercised as a private citizen, in an unobtrusive way. »* (Dès qu’un individu s’expose volontairement au public, soit en acceptant une charge publique, soit en devenant candidat, soit en tant qu’artiste ou littéraire, il renonce à son droit à la vie privée, et il ne peut évidemment se plaindre d’aucune description juste ou raisonnable, ou portrait de lui-même. Il n’a pas été démontré que Mme Schuyler ait jamais été dans la catégorie de ce qu’on pourrait appeler des "figures publiques". Elle était sans aucun doute une femme généreuse et philanthropique, aux dons rares qu’elle a exercés en tant que citoyenne privée, de manière discrète.)

<sup>172</sup> *Manola v Stevens V. supra* n° 78

<sup>173</sup> E. L. GODKIN « *The rights of the citizen* » *V. supra* n° 69

<sup>174</sup> *Pollard v. Photographic Co.*, 40 Ch. Div. 345 (1888), cité dans Warren et Brandeis *supra* n° 65

<sup>175</sup> *Prince Albert v. Strange*, 2 DeGex & Sm. 652, 695 (1849)

<sup>176</sup> « *Trial Court* » ou « *Court of first instance* » : juridiction de première instance

<sup>177</sup> *P. Schuyler, Respondent, v. Curtis et al. Appelants. Court of Appeals of New York Appel déposé le 22 octobre 1895, débattu le 26 novembre 1895*

<sup>178</sup> « *It is stated that Mrs. Schuyler was not in any sense a public character during her life, and consequently had not surrendered to any extent whatever her own right of privacy... Whatever the rights of a relative may be, they are not in such a case as this, rights which once belonged to the deceased ... Whatever right of privacy Mrs. Schuyler had died with her. Death deprives us all of rights in the legal sense of that term* ». (Il est précisé que Mme Schuyler n’était en aucun cas un personnage public au cours de sa vie et n’a donc pas abandonné, à quelque titre que ce soit, son droit au respect de la vie privée. Quelques soient les droits qu’un membre de la famille puisse avoir, ils ne sont pas en l’occurrence ceux qui appartenaient à la personne décédée...Quelques soient les droits à la vie privée attachés à Mme Schulyer, ils sont morts avec elle...La mort nous prive de tout droit, au sens juridique de ce terme)

le principe de respect de l'image et de la mémoire de la défunte<sup>179</sup>, mais considère que le choix de faire appel d'une atteinte à la vie privée de la défunte était inapproprié<sup>180</sup>.

### *B. Notion d'image publique et d'image privée*

**84.** La distinction entre le droit à la vie privée des personnes publiques et privées, telle qu'énoncée par le juge O'Neil se retrouve au cœur de nombreuses affaires, y compris dans l'Europe du XXe siècle.

La question est très sensible et fut abordée dès que la liberté de la presse fut évoquée.

Un individu doit-il, au motif d'avoir embrassé une fonction publique, voir sa vie privée étalée sans limite ni contrainte dans les médias ?

Certes non, comme le réclamait déjà le juge Van Brunt dans l'affaire Schuyler v. Curtis<sup>181</sup> et comme cela fut confirmé dans l'affaire Corliss v. E.W. Walker Co<sup>182</sup>. Initialement portée devant la justice par la veuve et les enfants de Mr. Corliss, la requête concernait une demande visant à interdire la publication de la biographie du défunt, agrémentée de sa photographie. Dans le premier jugement<sup>183</sup>, il fut proposé qu'en vertu de la liberté d'expression et de la presse, garantie par le 4<sup>ème</sup> amendement de la Constitution, la demande d'injonction interdisant la publication, devait être rejetée partiellement, en retenant le fait que la publication de la photographie s'apparentait à un abus de confiance.

**85.** Cependant, l'arrêt qui fut pris un an plus tard<sup>184</sup> annula la première décision, au motif que la photographie de Mr Corliss obtenue par le défendant dans une boutique de Providence,

---

<sup>179</sup> « *It is not a question of what right of privacy Mrs. Schuyler had in her lifetime.... It is the right of privacy of the living which it is sought to enforce here* » (Il ne s'agit pas de savoir quel droit à la vie privée Mme Schuyler a eu au cours de sa vie.... C'est le droit à la vie privée des être vivants que l'on cherche à faire respecter ici)

<sup>180</sup> « *The plaintiff's cause of action is, we think, wholly fanciful* » (L'action déclenchée par le plaignant est tout à fait fantaisiste)

<sup>181</sup> « *It is undoubtedly true that by occupying a public position or by making an appeal to the public a person surrenders such part of his personality or privacy as pertains to and affects the position which he fills or seeks to occupy but no further* » (Il ne fait aucun doute qu'en occupant une position publique ou en faisant appel au public, une personne abandonne une partie de sa personnalité ou de sa vie privée qui se rapporte ou affecte la position qu'il occupe ou qu'il cherche à occuper, mais sans plus) V. *supra* n° 83

<sup>182</sup> Corliss v. Walker 64 Fed.280 (D Mass 1894)

<sup>183</sup> Corliss v. Walker 57 Fed : 434 (1893)

<sup>184</sup> Corliss v. Walker 64 Fed 280 (1894)

appartenait au domaine public<sup>185</sup>.

En conclusion, M. Corliss étant un personnage public, la diffusion de sa biographie, accompagnée de son portrait ne saurait être interdite, au regard des circonstances finalement divulguées.

**86.** Toujours dans le domaine du droit à l'image, la Court of Common Pleas<sup>186</sup> de New York City and County décida en 1894, dans une action intentée pour recouvrer des dommages concernant la publication présumée non-autorisée d'un portrait du nourrisson de la demanderesse et pour obtenir une injonction interdisant cette nouvelle publication (affaire Murray v. Gast Lithographic Co<sup>187</sup>) que personne ne peut empêcher un parent de procéder à la publication de la photographie de son enfant mineur, tout en reconnaissant l'existence de son droit à l'intimité de sa vie personnelle <sup>188</sup>.

**87.** La prise en considération d'aspects immatériel est illustrée par l'affaire DeMay v Roberts<sup>189</sup>, dans laquelle le Dr. Roberts avait demandé à un de ses amis célibataire, non médicalement compétent, et en l'absence de tout urgence qui aurait justifié sa présence, de l'accompagner chez Madame Roberts, qui devait accoucher. Il indiqua aux futurs parents que la personne qui l'accompagnait était venue pour l'aider à porter ses affaires. L'accouchement se déroula en présence de l'ami du médecin. C'est après avoir découvert la vérité que Madame

---

<sup>185</sup> Opinion du Juge Colt : « *Whatever contract may have existed between the photographer and Mr. Corliss, they were not a party to it, and they had the same right to reprint copies from this photograph that they would have had from that of any other public man. Further, it does not seem that Mr. Corliss, personally, ever objected reproduction of his picture, but, on the contrary, that he permitted thousands of his pictures to be circulated.* » (Quel que soit le contrat qui ait pu exister entre le photographe et M. Corliss, ils n'y étaient pas liés et ils avaient le même droit de reproduire des copies de cette photo, que celui qu'ils auraient eu de reproduire celle de tout autre homme public. En outre, il ne semble pas que M. Corliss ait jamais objecté personnellement que cette photographie soit reproduite, mais que, bien au contraire, il en aurait permis la circulation de plusieurs milliers de copies)

<sup>186</sup> Tribunal de première instance traitant des problèmes courants. Le terme vient de la « Court of Common Pleas » qui avait été créée en Angleterre à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, pour permettre aux individus d'intenter des actions en justice, sans avoir à faire appel au Roi

<sup>187</sup> Murray v. Gast Lithographic Co, 28 N.Y. Sup 271 (N.Y. Misc. 1894)

<sup>188</sup> « As conjuncta persona merely, plaintiff has no right of action for a wrong committed against the person of another, assuming the unauthorized publication of a portrait of the latter to be an unlawful invasion of his right to the enjoyment of personal privacy ». (En tant que « persona conjuncta », le demandeur n'a aucun droit d'intervenir pour une faute commise sur une autre personne, en supposant que la publication non autorisée d'un portrait de cette dernière constitue une invasion illégale de son droit à la jouissance de l'intimité de sa vie personnelle)

<sup>189</sup> DeMay v. Roberts. 46 Mich. 160; 9 N.W. 146; 1881 Mich

DeMay a saisi la justice. La Cour a considéré que la mise au monde d'un enfant constituait pour la plaignante un instant sacré et que personne n'avait le droit d'y faire intrusion, sans avoir été expressément requis pour une raison d'extrême urgence qui n'existait pas dans le cas présent. C'est le droit légal du plaignant à l'égard de l'intimité de son appartement que la loi doit lui assurer en faisant respecter ce droit à autrui et en empêchant qu'il soit violé<sup>190</sup>. La plaignante et son mari avaient en toute bonne foi, pensé que la personne étrangère était un associé du médecin. En pénétrant dans l'appartement sans avoir éclairci ce point, le médecin et son ami s'étaient rendus coupable de tromperie.

Le mal ainsi fait rend la partie offensée éligible pour obtenir réparation des dommages subis que sont la honte et l'humiliation ressentis lors de la mise à jour des véritables relations des défendeurs<sup>191</sup>.

On remarquera que dans cet arrêt, la Cour prend en compte les aspects immatériels que sont les dommages psychologiques résultant d'une intrusion dans l'intimité de la vie personnelle et du foyer.

### §3. Les volte-face de la justice américaine

**88.** Alors que la tendance juridique semblait se diriger vers une reconnaissance du concept de vie privée, en tant que nouveau principe juridique tel qu'énoncé par Warren et Brandeis, les arrêts *Atkinson v. Doherty & Co*<sup>192</sup> et *Roberson v. Rochester Folding –Box Co. et al.*<sup>193</sup> allaient illustrer les bornes que la justice souhaitait imposer à la notion de droit à la vie privée et les reculs très contestés de la Cour Suprême dans l'affaire *Roberson* allaient finalement conduire à

---

<sup>190</sup> « *The plaintiff had a legal right to the privacy of her apartment at such a time, and the law secures to her this right by requiring others to observe it, and to abstain from its violation* »

<sup>191</sup> « *In obtaining admission at such a time and under such circumstances without fully disclosing his true character, both parties were guilty of deceit, and the wrong thus done entitles the injured party to recover the damages afterwards sustained, from shame and mortification upon discovering the true character of the defendants.* »

<sup>192</sup> *Atkinson v. John E. Doherty & Co*, 121 Mich 372, 382; 80 NW 285 (1899) ; The Michigan Law Review Association « The right of privacy » *Mich Law Rev* (1905) Vol 3, N°7 p 561. Il s'agit en l'espèce d'une demande d'injonction concernant l'utilisation, sur une bague de cigare, de la photo et du nom d'une personne décédée. En décidant qu'une injonction ne peut reposer sur l'interdiction d'utiliser le nom et la représentation d'une personne décédée sur la bague d'une cigare (« *it was held that injunction will not lie to restrain the use of the name and likeness of a deceased person as a label for a brand of cigars* ») la Cour a également exprimé clairement que dans la mesure où une telle utilisation n'est pas diffamante, elle n'est pas sujette à une demande de réparation ou de recours (« *"so long as such use does not amount to a libel" the person whose name or likeness is thus published has no remedy or redress* »)

<sup>193</sup> *Roberson v. Rochester Folding-Box Co.* 171 N.Y. 538, 64N.E. 442 (N.Y. 1902)

une intervention législative partielle (1). Cependant, c'est avec l'arrêt *Pavesich V. New England Life Insurance Co. et al.*<sup>194</sup> que le droit de la vie privée fut finalement consacré en tant que nouveau principe juridique (2).

#### *A. L'affaire Roberson en trois actes*

**89.** Dans la même ligne que l'arrêt *Atkinson*, la position de la Cour d'Appel de New York dans l'affaire *Roberson v. Rochester Folding –Box* est fréquemment considérée comme une décision historique<sup>195</sup>, car elle marqua un temps d'arrêt brutal vers l'acceptation d'un droit autonome de la vie privée.

##### *1. Acte 1 : La notion de « précédent » reconsidérée par la Cour*

**90.** Il s'agit en l'espèce d'une situation qui se faisait de plus en plus fréquente.

A l'aube du XX<sup>e</sup> siècle aux États-Unis, la publicité émergente s'appuyait fréquemment sur des campagnes utilisant les photographies les plus diverses mettant en scène la gente féminine comme toile de fond.

C'est ainsi que la Compagnie *Rochester Folding Box, Co* (Rochester N.Y.) qui travaillait avec les moulins *Franklin Mills Flour Co*<sup>196</sup>, se procura sans en avoir aucune permission, un cliché de la jeune *Abigail Roberson*, prise par un photographe lorsqu'elle était encore mineure à l'époque des faits, pour lancer une campagne publicitaire et diffuser à grande échelle<sup>197</sup>, des affiches qui vantaient la farine familiale de *Franklin Mills* et sur lesquelles le portrait de la jeune fille occupait une place centrale.

---

<sup>194</sup> *Pavesich v. New England Life Insurance Co. et al.* (1905) Supreme Court of Georgia 122 Ga.190; 50 S.E. 68; 1905 Ga. Lexis 156 (V. *Ibid* n° 110)

<sup>195</sup> V. P. SPEARS « The case that started it all : *Roberson v. The Rochester Folding Box Company* » *Landmarks Privacy and Data Security Law Journal* (2008) pp 1043-1050

<sup>196</sup> *The Franklin Mills Company, Lockport N.Y.* La véritable farine de blé complète de *Franklin Mills* était déjà très réputée à cette époque

<sup>197</sup> « *without the knowledge or consent of the plaintiff, the defendants, knowing that they had no right or authority so to do, had obtained, made, printed, sold, and circulated about 25,000 litho-graphic prints, photographs or likenesses of the plaintiff* » (Sans que le plaignant ait été informé ou ait donné son consentement, les défendeurs ont imprimé, vendu et environ 25000 lithographies, photographies et autres représentations de la plaignante) en sachant pertinemment qu'ils n'avaient aucun droit de le faire

A. Roberson, représentée en la personne de Margaret E. Bell, sa tutrice d'instance, intenta une action contre la compagnie Rochester Folding Boxes Co. visant à interdire la diffusion de l'affiche la représentant et à obtenir réparation pour la diffusion, à des fins commerciales et l'obtention à son insu de son image, qui constituaient une intrusion dans sa vie privée ainsi que pour l'humiliation et la détresse que lui avaient causé les moqueries et les sarcasmes déclenchés par cette campagne publicitaire.

Une opposition à la plainte de Melle Roberson, déposée par le défendeur sur la base d'une insuffisance de motifs fut rejetée par la Cour Suprême du Conté de Monroe<sup>198</sup> en première instance (special term). L'arrêt interlocutoire <sup>199</sup> rendu par la Cour fut confirmé par une décision à l'unanimité de la division intermédiaire d'appel de la Cour Suprême<sup>200</sup>.

**91.** Il est intéressant de s'arrêter un instant sur le déroulé de l'argumentation ayant conduit à la confirmation de la décision en faveur de la plaignante à une époque où se dessinait une acceptation bien difficilement acquise, des fondements de ce qui deviendra la notion universellement reconnue du droit à la vie privée au sens large de « privacy », car on y trouve les racines profondes du droit américain, imprégné des grands principes de la Common Law anglaise.

**92.** En tout premier lieu, il fut admis que le caractère nouveau de la requête tenait plus dans son occurrence que dans son principe et que dans l'hypothèse où l'on voudrait s'appuyer à des cas de référence, pour établir ses droits à une réparation, il n'existait que peu de précédents en faveur de la demande de la plaignante.

Dans les termes de la Common Law, il n'existait aucun remède à une violation de la vie privée individuelle, seul le droit de la propriété privée pouvant être défendu. La propriété privée pouvait être entendue comme incluant les correspondances personnelles et intimes, mais une décision en « équité » n'était pas prise si une action ne pouvait être intentée sur la base d'une

---

<sup>198</sup> Roberson v. Rochester Folding-Box Co., 65 N. Y. Supp 1109 (1900) V. *supra* n° 89

<sup>199</sup> L'arrêt interlocutoire « Interlocutory judgment », aussi appelé « jugement mixte » en droit français tranche concerne une décision prise en première instance. Il tranche une partie du litige et ordonne une mesure complémentaire pour les aspects de la requête à propos desquels la Cour ne possède pas tous les éléments nécessaires

<sup>200</sup> Roberson v. Rochester Folding-Box Co., 71 N.Y.S. 876 (1901)

dommage subi<sup>201</sup>. On avait vu la Common Law s'adapter et le concept de propriété évoluer avec l'affaire *Gee v. Pritchard* dans laquelle une propriété personnelle autre que matérielle fut reconnue<sup>202</sup>.

**93.** En même temps, le besoin d'un précédent ne devait pas être pas considéré comme une raison suffisante pour débouter un plaignant<sup>203</sup>.

La cour se pose alors de la question de la conduite à tenir lorsque les faits qui sont établis ne sont pas prévus dans les lois de justice en vigueur.

Dans ce cas, la cour propose de progresser par étapes et de déterminer dans un premier temps s'il existe « un principe clair et non équivoque de la Common Law qui gouverne et fixe les droits de chacune des parties ». Dans la négative, « la question suivante est de savoir s'il existe un quelconque principe de la Common Law qui pourrait permettre de gérer le problème, par analogie ou par similitude de raisonnement ». Si aucune de ces possibilités ne fournit de solution positive au problème, il convient alors de se retourner vers les principes de justice naturelle qui sont la base de la Common Law et de déterminer les droits de chacun<sup>204</sup>.

En tout état de cause, si toutes ces propositions échouent, le cas est considéré comme insoluble selon les principes de la Common Law et la seule solution réside alors dans une l'adoption d'une législation nouvelle qui sera applicable dans un cas futur similaire.

**94.** La cour fait état du principe Romain et Anglais d'équité<sup>205</sup>, dont les origines tenaient

---

<sup>201</sup> *Southey v. Sherwood*, 2 Mer 435, (1818). Cité dans « The right to privacy » (1901) p 53 (V. *supra* n°65), The Yale Law Journal Company, Inc. Voir aussi M. RICHARSON « Authors' and their « mischievous' books : The salutary Experience of *Southey v. Sherwood* » 2015

<sup>202</sup> *Gee v. Pritchard* (1818) 2 swans 408, 36 ER 670, voir aussi W.B.G. « A Re-interpretation of *Gee v ; Pritchard* » *Michigan Law review* (1927) 25 pp 889-891

<sup>203</sup> « *It may be said, in the first place, that the theory upon which this action is predicated is new, at least in instance, if not in principle, and that few precedents can be found to sustain the claim made by the plaintiff, if, indeed, it can be said that there are any authoritative cases establishing her right to recover in this action; but, while it may be true that the fact that no precedent can be found to sustain an action in any given case is cogent evidence that a principle does not exist upon which the right may be based, it is not the rule that the want of a precedent is a sufficient reason for turning the plaintiff out of court.* »

<sup>204</sup> « *When a case not affected by any statute arises in any of our courts of justice, and the facts are established, the first question is whether there is any clear and unequivocal principle of the Common Law which directly and immediately governs it and fixes the rights of the parties. If there be no such principle, the next question is whether there is any principle of the Common Law which, by analogy or parity of reasoning, ought to govern it.* »

<sup>205</sup> J. R. LONG « Equitable Jurisdiction to Protect Personal Rights » *The Yale Law Journal* (1923) 33, No. 2, pp. 115-132 D. CARREAU et F. MARELLA « L'équité » (2012) *Droit international* 11e édition, Chapitre XIV. Ed A. Pedonne

dans le fait qu'il existe des fautes pour lesquelles il n'y a pas de remède approprié sur le plan légal et puise les sources de son argumentation dans la plaidoirie de Lord Cottenham<sup>206</sup> selon qui « le devoir de cette cour est d'adapter ses pratiques et ses procédures à l'état actuel de la société et non pas de se référer aux règles mises en œuvres dans des circonstances différentes, pour refuser de rendre la justice et faire valoir des droits pour lesquels il n'y a pas de remède spécifique»<sup>207</sup>

**95.** C'est dans ce contexte que la cour d'appel intermédiaire avait reconnu les défendeurs coupables d'intrusion dans ce que la cour a qualifié de « right of privacy » du plaignant, et que si le droit réclamé par le plaignant était nouveau, le principe dont il se recommandait ne l'était pas. On remarquera que pour la première fois dans ce type d'affaire, la Cour parle de « right of privacy » (droit de la vie privée) et non plus de « right to privacy »<sup>208</sup>. Si ce glissement dans la terminologie aura de nombreuses conséquences sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement, il est probable que le choix de l'expression « droit de la vie privée » qui sous-entend une branche autonome du droit civil, aura probablement constitué un facteur non négligeable dans le jugement rendu par de la Cour d'Appel de New York l'année suivante.

## *2. Acte 2 : Le rejet contesté de la Cour d'Appel*

**96.** Bien qu'elle marquât une étape importante dans la reconnaissance juridique des torts psychologiques qui peuvent naître d'une intrusion dans la vie personnelle d'un individu, la

---

Les lois et règlements du droit objectif peuvent être modulés par l'application du principe d'équité selon lequel tout individu peut prétendre à un jugement juste, raisonnable, et égalitaire

<sup>206</sup> Charles Christopher Pepys, 1st Earl of Cottenham était un juge anglais politicien qui fut deux fois « Lord Chancelier » de Grande Bretagne en 1841 et 1846. Il fut un artisan de la réforme de la Court of Chancery (Cour de la Chancellerie) qui contrairement aux tribunaux classiques de Common Law, appliquait des règles d'« equity », justice basée sur des principes de justice et d'équité permettant de pallier aux rigidités et insuffisances du système juridique de Common Law. Devenue indépendante de la curia regis (conseillers du Roi chargés de conduire les affaires d'Angleterre) aux environs de la moitié du XVe siècle, la Cour fut dissoute en 1873. Aujourd'hui la chancellerie anglaise est une division de la « High Court of Justice »

<sup>207</sup> « *I think it is the duty of this court to adapt its practice and course of proceeding to the existing state of society, and not, by too strict an adherence to forms and rules established under different circumstances, to decline to administer justice and enforce rights for which there is no other remedy.* » Lord Cottenham dans *Wallworth v. Holt*, 4 Mylne & O. 619.

<sup>208</sup> Une recherche effectuée pour nous en 2016 par le Professeur Amy Gajda indiqua que de nos jours, les termes « right to privacy » and « right of privacy » étaient probablement employés indifféremment (21 882 cas mentionnaient « right to privacy » au sens initial de Warren et Brandeis « droit au respect de la vie privée », et 16 138 mentionnaient « right of privacy », le « droit de la vie privée »



décision de la cour intermédiaire fut reversée en appel, un an plus tard dans des conditions qui ont déclenché une vague de désapprobation publique et des conséquences législatives inattendues.

**97.** Manifestement hostile à la reconnaissance d'un droit au respect des aspects intimes de la vie privée le juge Parker a présenté les raisons qui l'ont conduit à rejeter la requête de Melle Roberson.

Dans son opinion, à laquelle se sont rangés quatre des sept juges de la Division d'Appel, il résume avec un certain sarcasme les faits qui ont conduit la plaignante, dont les atours n'ont échappé à personne, à déposer une plainte devant la justice.

Le juge fait tout d'abord remarquer que la plainte ne concerne pas un éventuel aspect diffamant de la photographie, puis il relève le fait qu'une photographie de bonne qualité représentant la plaignante a effectivement été utilisée, sans son accord, dans une affiche publicitaire de la minoterie, mais il semble s'étonner que la plaignante en ait été offusquée, alors que bien d'autres auraient été flattées que leur beauté ait été retenue pour une telle publicité.<sup>209</sup>

Le juge Parker rappelle qu'« *il n'existe aucun précédent concernant une plainte de ce type dans les décisions de cette Cour* » et que l'éminent juge de la Division intermédiaire d'Appel avait lui-même reconnu l'aspect particulier de l'action intentée<sup>210</sup>. Malgré cela, la Cour intermédiaire avait conclu que le plaignant avait de bonnes raisons d'intenter une action contre les défendeurs, en ce que ceux-ci avaient violé ce qui est appelé le « droit de la vie privée », en d'autres termes, le droit de ne pas être importuné<sup>211</sup>.

**98.** Il nous semble que l'argumentation réfutant l'existence d'un droit de la vie privée parce qu'il « *n'est mentionné ni dans les ouvrages de Blackstone et de Kent, ni dans les articles de grands commentateurs juridiques, ni par les éminents conseillers de la Cour* » n'est pas solide.

---

<sup>209</sup> « *Such publicity which some find agreeable, is to plaintiff very distasteful, and thus, because of the defendants' impertinence in using her picture without her consent for their own business purposes, she has been caused to suffer mental distress where others would have appreciated the compliment to their beauty implied the selection of the picture for such purposes* »

<sup>210</sup> Roberson v. Rochester Folding-Box Co., 71 N.Y.S. 876 (1901) V. *supra* n° 89

<sup>211</sup> « *Nevertheless, that court reached the conclusion that plaintiff had a good cause of action against defendants, in that defendants had invaded what is called a "right of privacy"* »

Nous pensons, en accord avec la position exprimée précédemment par Lord Cottenham<sup>212</sup> que la Cour n'aurait pas dû essayer de se rattacher aux principes et aux précédents, mais aurait dû prendre une décision arbitraire, qui ne soit pas fondée sur des règles ou des standards établis mais applicable à ce cas particulier, sans se préoccuper de savoir si elle pourrait être applicable à des cas futurs qui bien que voisins auraient toutes les chances d'en être légèrement différents.

99. Le juge Parker, estime par ailleurs que si « le prétendu right of privacy » donne à un individu pendant toute sa vie s'il le souhaite, la possibilité d'interdire que sa photographie soit publiée, que ses activités commerciales soient examinées, que ses expériences positives soient écrites pour le bénéfice des autres, ou que l'on commente ses extravagances dans des prospectus, des circulaires, des catalogues et des journaux périodiques »<sup>213</sup>, la doctrine que le plaignant demande à la cour d'appliquer en ce qui concerne la publication de sa photographie dans des pamphlets publicitaires s'appliquerait également à toutes les publications y compris celles dans lesquelles certaines personnes pourraient souhaiter être représentées dans des journaux sérieux ou de renom. « Il en résulterait un nombre considérable de contentieux dont on peut imaginer qu'une grande partie soit à la limite de l'absurde »<sup>214</sup>.

L'argument concernant « *la porte ouverte à un débordement de plaintes* » qu'engendrerait une protection d'utilisation de l'image individuelle par autrui, apparaît non seulement fallacieux mais nous semble aussi mettre en doute la capacité des juges à décider où imposer la limite dans la reconnaissance des cas à retenir. Si des délits existent, les juges doivent y remédier en statuant.

De même, lorsque le juge Parker prétend que l'application d'un droit de la vie privée, tel qu'il est réclamé, aurait pour effet de restreindre la liberté d'expression, la réponse tient dans le fait même, reconnu par tous, que le droit à la liberté d'expression doit s'autocensurer quand il touche au respect de règles de la vie publique<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> V. *supra* n° 95

<sup>213</sup> « *The so-called right of privacy is, as the phrase suggests, founded upon the claim that a man has the right to pass through this world, if he wills, without having his picture published, his business enterprises discussed, his successful experiments written up for the benefit of others, or his eccentricities commented upon either in handbills, circulars, catalogues, periodicals or newspapers* »

<sup>214</sup> « *the attempts to logically apply the principle will necessarily result, not only in a vast amount of litigation, but in litigation bordering upon the absurd* »

<sup>215</sup> The Michigan Law Review Association « The right of privacy » *Mich Law Rev* (1905) p 563 V. *supra* n° 88

**100.** Pour justifier le prononcé de rejet, le juge Parker rappelle également qu'une personne dont une représentation diffamante est diffusée contre sa volonté, n'est pas dépourvue de moyens d'action pour demander réparation au niveau pénal, à la condition que la publication de l'image malveillante ait été intentionnelle et délibérée<sup>216</sup>.

Le juge prend pour exemple les publications médicales où la position dans laquelle un patient, a été photographié, peut être considérée par un jury comme étant disgracieuse et pouvant être source de moqueries, ceci valant plus particulièrement pour une femme.

Dans ce cas, une action au civil et au pénal serait justifiée<sup>217</sup>.

C'est ainsi que pour conclure, la Cour a souhaité revenir sur le fait que dans le cas examiné, il n'a aucunement été mentionné que la publication de la photographie avait constitué une diffamation. En absence d'une telle allégation, la plainte ne pouvait être retenue.

Les deux juges qui se sont ralliés à l'opinion dissidente du Juge Gray, ont considéré avec lui que permettre une quelconque exploitation mercantile d'une représentation photographique non consentie, constitue un acte d'intrusion de la vie privée dont les conséquences peuvent être encore plus douloureuses qu'une agression physique et que la sécurité des personnes est tout autant nécessaire que la sécurité des biens<sup>218</sup>.

**101.** Les juges « de l'opposition », après avoir rappelé les décisions prises dans les affaires précédentes, ont tenu à défendre la proposition selon laquelle l'individu a un droit à la vie privée qu'il peut imposer et que les règles de l'équité peuvent protéger, en accord avec l'esprit des principes légaux reconnus et sans que cela soit contraire à une quelconque décision antérieure de la cour.

Le juge Gray, en se référant à l'article de Warren et Brandeis rappela à ce sujet que la Common

---

<sup>216</sup> By section 245 of the Penal Code « *any malicious publication by picture, effigy or sign which exposes a person to contempt, ridicule or obloquy is a libel, and it would constitute such at Common Law. Malicious in this definition means simply intentional and willful* »

<sup>217</sup> « *There are many articles, especially of medicine, whose character is such that using the picture of a person, particularly that of a woman, in connection with the advertisement of those articles might justly be found by a jury to cast ridicule or obloquy on the person whose picture was thus published. The manner or posture in which the person is portrayed might readily have a like effect. In such cases both a civil action and a criminal prosecution could be maintained* »

<sup>218</sup> « *if it is to be permitted that the portraiture may be put to commercial, or other, uses for gain, by the publication of prints therefrom, then an act of invasion of the individual's privacy results, possibly more formidable and more painful in its consequences, than an actual bodily assault might be. Security of person is as necessary as the security of property* »

Law assure à tout individu une protection totale de sa personne et de ses biens, même s'il a été nécessaire en certaines occasions de définir la nature exacte et l'étendue de cette protection. « Le droit à la liberté assure l'exercice de privilèges civils étendus et l'acceptation du terme propriété a évolué pour inclure toute forme de possession, qu'elle soit intangible ou tangible. »<sup>219</sup>

**102.** La décision de la Cour déclencha un tel tollé de protestations que le juge O'Brien décida de publier un article<sup>220</sup> pour expliquer les considérations qui avaient conduit les juges à prononcer un revirement de la décision prise par la cour intermédiaire d'appel.

La goutte d'eau qui faisait déborder le vase...

Après avoir répondu aux arguments développés dans l'article du New York Times en remettant les faits dans leur véritable contexte, et mis en avant les réactions excessives d'une l'opinion publique qu'il jugeait versatile vis à vis de ces problèmes<sup>221</sup>, le Juge O'Brien revenait sur les difficultés du grand public à admettre qu'aucune décision de justice puisse être prise pour protéger l'image et les torts psychologiques qu'une jeune fille peut avoir ressentis face au viol de ce que les individus « moyens » qualifient d'intimé personnelle.

Ce à quoi le juge O'Brien répondait que « les Cours ne font pas de nouvelles lois, elles appliquent et font respecter celles qui existent. Elles n'ont aucun pouvoir législatif ». « Le droit de la vie privée, s'il existe, est quelque chose qui ne peut pas être régulé par la loi ». Et de continuer dans la même ligne de défense en affirmant « quand de nouvelles lois sont nécessaires pour supprimer un mal, c'est à la législature d'agir » et en expliquant « qu'il n'est pas toujours

---

<sup>219</sup> « *the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term "property" has grown to comprise every form of possession -- intangible, as well as tangible.* » Warren et Brandeis. « *The Right to Privacy* » (1890) V. *supra* n° 65

<sup>220</sup> D. O'BRIEN « *The right of privacy* » *Columbia Law Rev* (1902) Vol II N°7, pp 437-448

<sup>221</sup> Le juge O'Brien était un des cinq membres de la Cour qui soutinrent l'opinion du Juge Parker. Dans le texte qu'il écrivit suite à la parution dans le New York Times du 23 août d'un article qui se faisait le porte-parole des nombreuses contestations exprimées après le rejet du cas Roberson, le Juge O'Brien essaya de faire la lumière sur certaines positions de la Cour, qui avaient choqué le public et les commentateurs. Il écrit au sujet de l'opinion publique « *A decision which is made to appear to-day to be unjust and absurd may be approved of to-morrow as the perfection of justice and human reason. If it is based upon correct principles which have been recognized as safe and sound by the courts in all ages, it will be quite sure to withstand the waves and weathers of time and to survive any temporary clamor for new experiments by the courts or by the legislature* » « Une décision qui apparaît aujourd'hui comme injuste et absurde peut être approuvée demain comme étant le reflet de la perfection de la justice et la raison humaine. Si elle est fondée sur des principes reconnus comme sûrs et solides par tous les tribunaux au cours des âges, elle sera certaine de résister à l'épreuve du temps et de survivre à toutes les tentatives de modifications juridiques et de législature ». *Ibid* O'Brien « *The right of privacy* » (1902) p 439

facile de savoir ce que l'opinion publique souhaite »<sup>222</sup>.

**103.** S'appuyant sur l'impopularité d'un projet de loi qui fut proposé pour condamner l'utilisation de dessins et photographies sans l'autorisation des personnes concernées, O'Brien proposa que l'ajout de la seule phrase suivante dans une loi pourrait couvrir tout le sujet « Toute personne physique ou morale qui fabriquera, imprimera, exposera en public ou mettra en circulation une image, une photographie ou la représentation d'un autre individu sans son consentement, se rendra coupable d'un délit »<sup>223</sup>, mais il persistait à penser que le droit de la vie privée, tel que critiqué dans la décision commentée, « se rapportait à quelque chose de tellement intangible et convoitait un idée si vague, qu'il était improbable que la loi puisse jamais l'aborder d'un manière pratique et raisonnable »<sup>224</sup>.

**104.** On ressent ici l'ambiguïté du discours qui se veut à la fois défenseur d'un respect de l'intimité de la personne humaine, dans une limite qui doit rester raisonnable<sup>225</sup> et d'une liberté d'expression de la presse qu'il juge être un grand éducateur social<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup> « *In the first place ... courts do not make new laws, but enforce those that exist. They have no legislative power. Whenever new laws become necessary to suppress some evil, resort must be had to the legislature. It is not always easy to ascertain what, if anything, public opinion demands in that respect* ». *Ibid* O'Brien « The right of privacy » (1902) p 444

<sup>223</sup> « *Any person or corporation who shall make, print, expose in public or put in circulation any picture, photographer likeness of another without his or her consent, shall be guilty of a misdemeanor* » p 445 *Ibid*

<sup>224</sup> « *The right of privacy in the sense conveyed by the criticism upon the decision referred to is such an intangible thing and conveys such a vague idea that it is very doubtful if the law can ever deal with it in any reasonable or practical way* » *Ibid* O'Brien « The right of privacy » (1902) p 445

<sup>225</sup> « *No one in these days can build for himself a lodge in some vast wilderness where -he can avoid all contact with his fellow men and be free from the intrusion that is borne of the desire to gratify curiosity* » (Personne de nos jours ne peut construire pour lui-même une résidence dans un vaste désert où il peut éviter tout contact avec ses semblables et être libre de l'intrusion qui naît du désir de satisfaire sa curiosité). *Ibid* O'Brien « The right of privacy » (1902) p 439

<sup>226</sup> « *The press is a great educator of the people, and its discussion of questions of law decided by the courts is often productive of much good. It is perhaps better that judicial decisions should be publicly discussed, even though the comments are unfair or misleading, than that they should be entirely ignored* » (La presse est un grand éducateur du peuple, et la discussion ouverte des questions de droit tranchées par les tribunaux est souvent productive de bonnes choses. Il est peut-être préférable que les décisions judiciaires soient discutées publiquement, même si les commentaires sont injustes ou trompeurs, plutôt qu'elles soient totalement ignorées). *Ibid* O'Brien « The right of privacy » (1902) p 447

**105.** De ce plaidoyer, nous retiendrons que si le juge O'Brien avait pu en faire partager la conclusion à ses collègues, la cour d'appel aurait certainement pris une décision de justice plus adaptée que le rejet pur et simple de la détresse psychologique de la plaignante.

« La Cour n'aurait pas dû essayer de prendre en compte des principes et des précédents [de la Common Law] mais elle aurait dû adopter une règle arbitraire, applicable à ce cas particulier sans se préoccuper de l'effet qu'une telle règle pourrait avoir sur d'autres cas, dans la mesure où il est fort probable qu'ils en diffèrent significativement »<sup>227</sup>.

### *3. Acte 3 : Premiers pas vers une protection législative de la vie privée*

**106.** Les effets légaux de la décision controversée de la Cour ne se firent pas attendre.

Un an plus tard, l'assemblée législative de l'état de New York a promulgué une loi, applicable dès le 1<sup>er</sup> septembre 1903<sup>228</sup>, qui rendait coupable de délit, toute personne ou entreprise qui utiliserait, à des fins publicitaires ou commerciales et sans en avoir obtenu son consentement écrit préalable, le nom d'un individu, son portrait ou sa photographie, et qui permettait à toute personne victime d'un tel usage, de porter plainte devant les tribunaux pour faire cesser l'utilisation et demander réparation pour les dommages subis<sup>229</sup>.

Ainsi, l'alinéa 1 de la loi dispose « Une personne, une entreprise ou une société qui utilise à des fins publicitaires ou à des fins commerciales, le nom, le portrait ou l'image d'une personne vivante sans avoir préalablement obtenu son consentement écrit, ou dans le cas d'un mineur, celui de ses parents ou de son tuteur, est coupable d'un délit. » et l'alinéa 2 ajoute que la personne dont l'image a été ainsi utilisée « ... peut également obtenir des dommages et intérêts pour les atteintes subies en raison d'une telle utilisation et si le défendeur a utilisé en toute connaissance de cause, le nom, portrait, ou une image de cette personne d'une manière qui est interdite ou déclarée illégale par cette loi... »<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> « the Court should have thrown principles and precedent to the wind and laid down an arbitrary rule applicable to that particular case without regard to the effect of such a rule on other cases where perhaps the facts might be slightly different » *Ibid* O'Brien « The right of privacy » (1902) p 447

<sup>228</sup> N.Y. Sess Laws 1903 Ch 132 §§ 1-2 dont le texte original nous a été aimablement fourni par la Bibliothèque du Congrès à Washington

<sup>229</sup> La loi de 1903 fut amendée en 1921, N.Y. Civ Rights Law §§ 50-51. Les articles 50 et 51 de la « New York Civil Rights Law » reprennent les dispositions des alinéas 1 et 2 de la loi de 1903

<sup>230</sup> al.1 « A person or a firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor » al. 2 « ...may also recover damages for any

**107.** Cette loi a ouvert le chemin à la reconnaissance dans d'autres États, d'un délit de droit privé relatif à l'utilisation illicite d'images personnelles à des fins publicitaires. Dans l'affaire *Munden v. Harris* (Missouri)<sup>231</sup> l'image d'un jeune garçon fut utilisée pour une publicité concernant des bijoux et dans l'affaire *Kunz v. Allen* (Kansas)<sup>232</sup>, l'image animée d'une cliente prise subrepticement dans une mercerie fut utilisée pour une annonce publicitaire diffusée dans un cinéma local.

**108.** On comprend ici que seul cet aspect du droit à la vie privé est légalement reconnu. De plus certaines subtilités sont à prendre en compte pour mieux mesurer l'applicabilité de la loi promulguée par l'État de New York. Ainsi, l'expression « *knowingly* » qui a été conservée dans la loi en vigueur de nos jours signifie que l'auteur de l'offense sache que cette photographie ou ce portrait sont ceux d'une personne vivante<sup>233</sup>.

Dans le jugement *Sperry & Hutchinson Co v. Rhodes*<sup>234</sup>, la Cour Suprême confirma la décision de la cour d'Appel qui avait considéré que la loi 132 de 1903 ne concernait que les photographies prises après son entrée en vigueur, ce qui était le cas de celle utilisée par le défendeur, et que cette disposition n'était pas en opposition avec le 14<sup>ème</sup> amendement qui n'interdit pas à une loi d'avoir un commencement.

Le § 215 du Civil Practice Law and Rules (CPLR)<sup>235</sup> de l'état de New York quant à lui nécessite que les actions soient intentées dans le cadre de la limite d'un an après les faits, imposée par la loi considérée.

---

*injuries sustained by reason of such use, and if the defendant shall have knowingly used such person's name, portrait, or picture in such a manner as is forbidden or declared to be unlawful by this act... »*

<sup>231</sup> *Munden v. Harris* 134 S.W. 1076, 1077, 1079 (Mo. Ct App. 1911)

<sup>232</sup> *Kunz v. Allen* 172 P. 532, 532 (Kan. 1918)

<sup>233</sup> B. S. MEYER, B. C. AGATA et S. H. AGATA « The history of the New York Court of Appeals, Columbia University Press (2006), pp 1932-2003 New York

<sup>234</sup> *Sperry & Hutchinson Co. v. Rhodes* 220 US 502 (1911)

<sup>235</sup> Le CPLR est entré en vigueur le 1er septembre 1963. CPLR 215(3) : « Complaint Alleging Corrupt Conduct and Intentional Exposure to Unreasonable, Foreseeable Risk of Harm States a Cause of Action » (1966) *St. John's Law Review* Vol 41, N°2 pp287-289; J. C. CARLISLE « Happy Anniversary to the CPLR : A Joint Achievement of the Practicing Bar and the Academy » (2013) pp 18-21 *Pace Law Faculty Publications* ; D. L. FERSTENDIG « Actions to Be Commenced within One Year: Against Sheriff, Coroner or Constable; For Escape of Prisoner; For Assault, Battery, False Imprisonment, Malicious Prosecution, Libel or Slander; For Violation of Right of Privacy; For Penalty Given to Informer; On Arbitration Award » (2016) *New York Civil Practice: CPLR*. Matthew Bender & Company, Inc.

*B. Consécration législative d'un droit autonome de la vie privée étendu aux aspects émotionnels et affectifs de la vie personnelle*

**109.** Un peu plus de vingt ans après l'article de Warren et Brandeis, si le chemin parcouru n'avait pas été une ligne droite, la justice avait implicitement reconnu son existence dans les affaires *Manola v. Stevens*, *Mackenzie V. Soden Mineral Springs*, *Marks v. Jaffa*, *Schuyler v. Curtis*, *Murray v. Gast Photographic*, et *DeMay v. Roberts*, mais l'avait tout de même finalement rejeté dans les affaires *Corliss v. Walker*, *Atkinson v. Doherty*, et *Roberson v. Rochester* bien qu'il ait été pris en considération lors de jugements intermédiaires.

**110.** C'est sur ce terrain « préparé » qu'arrivera l'affaire *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*<sup>236</sup> dont le jugement rendu est encore aujourd'hui considéré comme le cas fondateur exemplaire, car après la loi de 1903 votée par l'état de New York, la Géorgie devenait le premier à reconnaître un « droit de la vie privée » indépendant en tant que tel.

Un bref retour sur les faits permet d'éclairer sous un jour intéressant l'évolution de la prise en compte et de la défense juridique de délits atteignant la personnalité de l'individu et affectant ses ressentis psychologiques, délits qui ne peuvent être comparés à la violation d'une propriété et la perte de biens matériels, ou à la diffamation et la calomnie, qui semblaient être les seules causes justiciables aux yeux de nombreux juges.

**111.** Les allégations du plaignant pour diffamation et violation de sa vie privée concernaient, en l'espèce, la publication dans le journal « l'Atlanta Constitution » d'une photographie, facilement reconnaissable par ses amis et connaissances, mettant en valeur son physique charmant et sa distinction, aux côtés de la photographie d'une personne mal vêtue et d'aspect maladif.

Au-dessus de la photographie du plaignant, une légende invite : « Faites-le maintenant. Cet homme l'a fait », alors que celle qui est au-dessus de l'autre individu met en garde : « Faites-le tant que vous pouvez. Cet homme ne l'a pas fait »

En-dessous des deux photographies figuraient ces mots : « ces deux photos parlent

---

<sup>236</sup> *Pavesich V. New England Life Insurance Co. et al.* (1905) Supreme Court of Georgia 122 Ga.190; 50 S.E. 68; 1905 Ga. Lexis 156



d'elles-mêmes »<sup>237</sup>, puis sous celle du plaignant « Dans la période de ma vie où j'étais en bonne santé et productif, j'ai souscrit un contrat auprès de la New England Mutual Life Insurance Co. de Boston, et aujourd'hui, ma famille est protégée et je retire des dividendes annuels sur mes polices que j'ai payées »<sup>238</sup>. La légende inscrite sous la photographie de l'autre individu expliquait qu'il n'avait pas souscrit de police d'assurance et qu'il réalisait maintenant que cela avait été une erreur.

La photographie du plaignant, artiste de profession, avait été reproduite, sans son consentement, à partir d'un négatif que l'agent d'assurance avait obtenu à son insu.

La déclaration qui lui était attribuée n'ayant jamais prononcée par le plaignant, qui n'avait d'ailleurs aucun lien avec cette compagnie, constituait un faux et un acte de malveillance personnel et professionnel d'autant plus dommageable que la publication était particulièrement offensante pour lui.

Sur objection des défendeurs, le plaignant fut débouté en première instance, d'une part, au motif qu'il y avait incohérence entre la personne des défendeurs et l'action intentée et d'autre part, que aucun fait n'avait été mis en avant pouvant justifier une qualification d'offense.

C'est donc en appel devant la Cour suprême de l'état de Géorgie que l'affaire fut portée le 3 février 1905, deux ans après l'arrêt Roberson, encore très présent dans tous les esprits.

**112.** Dans son introduction à la remarquable opinion qu'il délivra le 14 mai 1904 et qui fut adoptée à l'unanimité par la cour, le juge A. J. Cobb commença par redéfinir les notions qu'il estime essentielles de considérer dans le cadre de cette affaire.

Selon lui « un droit de la vie privée [au sens large de privacy] est issu de la Loi Naturelle<sup>239</sup> » et « Le droit de la vie privée est inscrit dans les droits absolus de la sécurité et de la liberté personnelles »<sup>240</sup>.

« La sécurité personnelle qui inclut le droit d'exister et le droit de profiter de la vie pendant toute

---

<sup>237</sup> « *These two pictures tell their own story* »

<sup>238</sup> « *In my healthy and productive period of life I bought insurance in the New England Mutual Life Insurance Co., of Boston, Mass., and to-day my family is protected and I am drawing an annual dividend on my paid-up policies* ».

<sup>239</sup> La loi Naturelle (du latin *ius naturale*) est définie par ses partisans comme un ensemble de principes moraux, de lois inviolables que tous les êtres humains possèdent dès leur naissance et qui s'imposent à eux, sur lesquels été érigées des normes légales utilisées pour gouverner les hommes et évaluer leur conduite. Le Droit naturel est un droit par nature, dont les principes sont la vie, la liberté et la propriété. Le droit naturel, immuable, s'oppose au droit positif, qui constitué par des règles créées, promulguées et appliquées par des hommes est affecté par les changements des sociétés et de leurs coutumes

<sup>240</sup> « *The right of privacy is embraced within the absolute rights of personal security and personal liberty* »

son existence, est compromise non seulement par une violation du droit à la vie, mais aussi par la perte des choses qui, selon la nature, le tempérament et les désirs licites de chacun, sont nécessaires à la pleine jouissance de la vie »<sup>241</sup>.

« La liberté personnelle implique non seulement l'absence de toute contrainte physique, mais également le droit de ne pas être importuné, de déterminer son propre style de vie, qu'elle soit publique ou privée et d'organiser sa vie personnelle et de gérer ses propres affaires d'une manière telle qu'elle satisfasse l'individu et qu'elle ne viole pas le droit des autres individus ou du public.

Lorsqu'elle est exercée dans le cadre des garanties offertes par Constitution, la liberté de parole et de la presse sont des limitations à l'exercice du droit de la vie privée »<sup>242</sup>.

**113.** Le juge Cobb prend acte des décisions prises dans l'affaire *Roberson v. Rochester Folding Box Co* par le juge Parker qu'il critique et désapprouve, ainsi que de l'opinion exprimée par le juge Gray qu'il suit et adopte.

Il réaffirme ainsi que la publication d'une photographie d'une personne, sans son consentement, est une violation de son droit de la vie privée, et ouvre la possibilité d'obtenir une réparation, sans avoir à fournir de preuve concernant le dommage subi.

D'autre part, le juge Cobb réaffirme aussi que contrairement à ce qui est avancé par le défendeur, la publication d'une photographie dans ces conditions, qu'il compare à de l'esclavage<sup>243</sup>, n'est en aucun cas une prérogative de « la liberté de la parole ou de la presse »

---

<sup>241</sup> « *Personal security includes the right to exist and the right to the enjoyment of life while existing, and is invaded not only by a deprivation of life, but also by a deprivation of those things which are necessary to the enjoyment of life according to the nature, temperament, and lawful desires of the individual* »

<sup>242</sup> « *Personal liberty includes not only freedom from physical restraint, but also the right "to be let alone," to determine one's mode of life, whether it shall be a life of publicity or of privacy, and to order one's life and manage one's affairs in a manner that may be most agreeable to him, so long as he does not violate the rights of others or of the public. Liberty of speech and of the press, when exercised within the bounds of the Constitutional guaranties, are limitations upon the exercise of the right of privacy* »

<sup>243</sup> « *... the individual of ordinary sensibility [ ] can not be otherwise than conscious of the fact that he is, for the time being, under the control of another, that he is no longer free, and that he is in reality a slave without hope of freedom, held to service by a merciless master...* » (Un individu de sensibilité normale ne peut qu'être conscient du fait qu'il est, pour le moment, sous le contrôle d'un autre, qu'il n'est plus libre, et qu'il est en réalité un esclave sans espoir de liberté, au service d'un maître impitoyable). L'importance contextuelle et les retombées de la référence à la Loi Naturelle et à l'esclavage dans l'opinion du Juge Cobbs ont été largement discutées dans la présentation de A. L. ALLEN « *Natural Law, Slavery and the Right to Privacy Tort* » (2012) Symposium on the Natural Law Origins of the American Right to Privacy. Fordham Law School, and Bell Distinguished Lectureship in Law Lecture in honor to late Judge Samuel H. Bell. The College of Wooster. Ohio, USA

telle qu'elle est inscrite dans le premier amendement de la Constitution.

Enfin, pour ce qui est spécifique au cas examiné ce jour, la Cour considère que « Une publication qui attribue à quelqu'un des affirmations fausses dans un langage compris de ceux parmi lesquels il vit, est diffamatoire. » et que la publication d'une annonce publicitaire laissant croire qu'une personne aurait déclarée être satisfaite d'avoir investi dans une police d'assurance qu'elle n'a en fait pas contractée, est une diffamation qui peut inciter les personnes connaissant le plaignant à croire qu'il avait délibérément menti soit à titre gratuit soit par intérêt financier » ce qui indépendamment de la raison pour laquelle cet acte avait été commis, rendrait son auteur « méprisable aux yeux des lecteurs »

L'appel des défendeurs fut rejeté à l'unanimité, dans le jugement rendu par la Cour le 3 mars 1905, aux motifs d'intrusion dans la vie privée et diffamation.

**114.** Dans son éditorial du Los Angeles Times, publié quelques mois plus tard, un journaliste écrit que « la plus haute Cour de Géorgie vient de prendre une décision qui devrait présenter un intérêt considérable pour les New Yorkais »<sup>244</sup>. Après avoir rappelé brièvement les affaires Roberson et Pavesich, l'éditorialiste, visiblement dressé contre l'État de New York, conclut que lorsque des juges prononcent des décisions opposées pour des cas qu'il considère être similaires, « l'homme de la rue [le profane] peut difficilement comprendre les dédales de la justice »<sup>245</sup>. Selon lui l'état de New York (qui n'avait que partiellement reconnu, deux ans auparavant le droit de la vie privée en votant l'article 132) devait d'une manière ou d'une autre se doter d'un statut juridique similaire à celui qui fut adopté par l'état de Géorgie, et si dans l'état de New York « *l'équité était plus difficilement adaptable aux circonstances, et moins capable de faire face aux nouvelles formes de délits, la loi devait combler ses carences* » et d'ajouter que l'État de New York devrait être aussi progressiste que les autres en ce qui concerne la protection de ses citoyens.

**115.** Cette position journalistique est intéressante car elle traduit l'état d'esprit dans lequel est une partie importante de la population face à ce type de problème, mais elle révèle aussi un clivage réel dans l'interprétation de la Common Law dans différents États d'Amérique du Nord.

---

<sup>244</sup> « The Right of Privacy : Georgia's Highest Court Makes Ruling Adverse to that of Judge Parker » (1905) Editorial du Los Angeles Times Jul 28, p 114

<sup>245</sup> « When the judges disagree, the layman can hardly hope to fathom the maze of the law »

C'est avec force que le juge Cobbs avait exprimé son ressentiment vis à vis d'un conservatisme stérilisant, qui avait convaincu un grand nombre de juges ayant eu à examiner des cas d'atteinte à la vie privée, aussi bien en Angleterre qu'aux États-Unis, de ne pas les examiner à la lumière d'un droit de la vie privée, mais de les considérer en vertu des principes du droit de la propriété et des contrats.

C'est ainsi qu'en déplorant « *The true lawyer, when called to the discharge of judicial functions, has in all times, as a general rule, displayed remarkable conservatism; and wherever it was legally possible to base a judgment upon principles which had been recognized by a long course of judicial decision, this has been done, in preference to applying a principle which might be considered novel* »<sup>246</sup> le juge Cobb invoquait le bénéfique recours à des principes généraux plutôt qu'à des analyses strictes de précédents pertinents.

**116.** Non seulement la décision de la Cour de Géorgie consacra un droit de la vie privée mais elle marqua un pas de plus dans les divergences fondamentales qui caractérisaient déjà à cette époque les systèmes légaux anglais et américains, la procédure suivie par le juge Parker étant proche du mode de raisonnement juridique anglais traditionnel, alors que celle qui fut adoptée par le juge Cobbs, reflétait plus un courant de pensée naissant qui allait s'amplifier au cours du temps et qui allait aboutir à une reconnaissance internationale du droit au respect d'une personnalité inviolable.

**117.** L'arrêt Pavesich avait été le premier signal en faveur d'une reconnaissance d'un droit autonome de la vie privée par d'autres États, qui fut suivi, une trentaine d'années plus tard par une mise à jour officielle des textes légaux relatifs aux délits<sup>247</sup>.

Pendant plusieurs décennies après cet arrêt, les décisions prises par les Cours américaines ont reflété les divergences des différents États à l'égard de ces problèmes mais ont cependant tendu vers une reconnaissance à minima, d'un droit au respect de la vie privée.

---

<sup>246</sup> « De tout temps, lorsqu'il était appelé à exercer des fonctions judiciaires le véritable homme de loi, a, en règle générale, affiché un conservatisme remarquable ; et il a préféré, à chaque fois que c'était juridiquement possible fonder son jugement sur la base de principes reconnus par une longue suite de décisions de justice, plutôt que sur un principe qui aurait pu être considéré comme nouveau »

<sup>247</sup> Restatement (First) of Torts §867 (1939). Publié par l'American Law Institute, ce traité de référence, résume et discute les principes généraux du droit de la responsabilité civile. Le second Restatement est publié dans une série de 4 volumes, parus en 1965 (les deux premiers), 1977 et 1979

## **Chapitre 4. Les étapes clés de la reconnaissance du droit de la vie privée aux USA, de Prosser à nos jours.**

**118.** Il faudra attendre 1960 et l'article du Doyen Prosser, pour que la complexité des différents aspects de la vie privée, illustrée par la variété des cas soumis à l'appréciation des juges depuis l'article de Warren et Brandeis, jusqu'à la moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, conduise son auteur à proposer que les atteintes au respect de la vie privée soient reconnues comme telles lorsqu'elles correspondent à i) une immixtion dans les affaires privées du plaignant ou intrusion dans son intimité ii) une divulgation publique de faits privés gênants concernant le plaignant, iii) la diffusion d'informations qui présentent le plaignant sous un jour défavorable aux yeux du public, iv) l'usurpation de l'identité du plaignant ou de son image, au bénéfice de l'accusé.<sup>248</sup>

**119.** Sous l'influence de W. Prosser, architecte éminent du droit de la responsabilité civile, le droit de la vie privée acquit une légitimité et une structure qui lui manquaient. Ses quatre branches sont celles qui ont servi de référentiel juridique à la reconnaissance d'atteintes caractérisées à la vie privée depuis lors. Cependant, il apparaît aujourd'hui que le cadre limité de ces quatre branches n'est plus adapté aux problèmes nés de l'extraordinaire bouleversement technologique apporté par le XXI<sup>ème</sup> siècle. L'héritage laissé par W. Prosser est donc mixte<sup>249</sup> et appelle un travail de fond permettant de remodeler certains aspects du droit de la vie privée pour qu'ils s'adaptent aux exigences nouvelles du monde de l'interactivité virtuelle.

**120.** On retiendra ici quelques exemples qui illustrent la protection de la vie personnelle conférées par le 4<sup>ème</sup> et le 5<sup>ème</sup>. amendement de la Constitution l'accession du droit à la vie privée familiale au rang de valeur constitutionnelle au travers de la lecture des 5<sup>ème</sup>, 9<sup>ème</sup> et 14<sup>ème</sup> amendements, la reconnaissance juridique et la prise en compte d'aspects affectifs et

---

<sup>248</sup> « Without any attempt to exact definition, these four torts may be described as follows: 1. Intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs. 2. Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff. 3. Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye. 4. Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness » W. L. Prosser « Privacy » (1960) p 389, (V. *supra* n° 66)

<sup>249</sup> N. M. RICHARDS et D. J. SOLOVE « Prosser's Privacy Law : a mixed legacy » *California Law Review* (2010) Vol 98 pp1887-1924

psychologiques de la vie personnelle accordées au titre du 14<sup>ème</sup> amendement, mais également comment les conflits nés de la lecture du premier amendement ont modulé très significativement les impacts du concept initial de Warren et Brandeis sur l'équilibre entre « respect de la vie privée » et « liberté d'expression ».

### *Section 1. Constitutionnalité du droit à la vie privée familiale.*

**121.** En mettant en avant que les avancées technologiques fournissaient au gouvernement des moyens d'action beaucoup plus subtiles, Brandeis avait posé la question « *Can it be that the Constitution affords no protection against such invasions of individual security ?* »<sup>250</sup> et jetait par là même les bases d'une conception dynamique de la défense des droits à la vie privée qui en permettrait la reconnaissance constitutionnelle par la Cour Suprême quelques années plus tard avec la décision qu'elle prit dans l'affaire *Griswold v. Connecticut*<sup>251</sup> et dans laquelle elle rendit un jugement en faveur des accusés, au motif que la loi du Connecticut interdisant la contraception était contraire aux dispositions des amendements 5<sup>252</sup>, 9<sup>253</sup> et 14 (§1)<sup>254</sup> de la Constitution<sup>255</sup>.

---

<sup>250</sup> « Est-il imaginable que la Constitution ne garantisse aucune protection contre de telles intrusions dans la sécurité personnelle ? »

<sup>251</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965). L'appelante E. Griswold dirigeait un centre de planning familial à New Haven (Connecticut), avec l'aide du Docteur Buxton, co-appelant. Dans ce cadre, les femmes mariées qui consultaient le centre bénéficiaient d'informations et de conseils leur permettant de choisir, après avoir été examinées, les méthodes contraceptives qui leur convenaient le mieux

Cette activité enfreignait les sections 53-32 et 54-196 des Lois du Connecticut qui disposaient pour la première « *Any person who uses any drug, medicinal article or instrument for the purpose of preventing conception shall be fined not less than fifty dollars or imprisoned not less than sixty days nor more than one year or be both fined and imprisoned* » (Quiconque utilisant un médicament, un appareillage ou un instrument médical, dans le but d'empêcher la conception devra soit payer une amende d'au moins cinquante dollars, soit être emprisonné pour une période d'au moins soixante jours et n'excédant pas un an, ou devra payer l'amende et être emprisonné), alors que la section 54-196 fixait les conditions de poursuite des personnes aidant à commettre les actes interdits. C'est sur ces motifs que les appelants furent accusés par la Cour du Connecticut, d'avoir enfreint la loi et furent condamnés à payer chacun une amende de cent dollars, décision contre laquelle E. Griswold fit appel devant la Cour Suprême

<sup>252</sup> V. *supra* n° 14

<sup>253</sup> « *The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people* ». L'énumération de certains droits dans la Constitution ne pourra être interprétée comme déniant ou restreignant d'autres droits conservés par le peuple.

<sup>254</sup> V. *supra* n°120

<sup>255</sup> Deux ans plus tard, la loi Neuwirth autorisait la contraception en France (Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du Code de la santé publique <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000880754>

Selon R. Siegel, l'histoire du cas Griswold montre comment conflit et consentement participent en profondeur à donner tout son sens à la Constitution<sup>256</sup>.

**122.** Cette décision, qui fut la première reconnaissant à la fois la constitutionnalité du droit à la vie privée et du droit de la vie privée fut suivie d'autres décisions concernant différents aspects de la vie personnelle et intime. On retiendra par exemple, l'opinion du juge Marshall qui, dans l'affaire *Stanley v Georgia*<sup>257</sup>, déclara : « ... *la simple catégorisation de ces films comme "obscènes" est insuffisante pour justifier une telle invasion drastique des libertés individuelles garanties par les premier et quatorzième amendements. Quelles que soient les justifications ayant conduit à d'autres lois régissant l'obscénité, nous ne pensons pas qu'elles concernent l'intimité du foyer individuel. Si le premier amendement a un quelconque sens, il signifie que ce n'est pas l'affaire de l'État de dire à un homme, assis seul dans sa propre maison, quels livres il peut lire ou quels films il peut regarder. Notre héritage constitutionnel entier s'oppose à l'idée de donner au gouvernement le pouvoir de contrôler les esprits.* »<sup>258</sup>

**123.** Un autre aspect de la vie personnelle concernant le droit à l'inviolabilité de la famille, fut reconnu et affirmé deux ans plus tard lorsque la Cour Suprême, cassait une décision de la Cour d'Appel de l'Ohio qui condamnait Mme I. Moore pour violation d'une ordonnance de la ville de East Cleveland fixant les conditions d'occupation d'une unité habitation aux membres

---

<sup>256</sup> R. B. SIEGEL « How Conflict Entrenched the Right to privacy » (2015) Faculty Scholarship Series. Paper 4996 Yale Law School Legal Scholarship Repository

<sup>257</sup> *Stanley v. Georgia* 394 U.S. 557. A l'occasion d'une perquisition effectuée au motif d'une suspicion d'activité de paris illégaux par les autorités légalés, un agent fédéral accompagné d'un agent de l'État de Géorgie a visionné à l'aide d'un projecteur provenant d'un salon du premier étage, des films 8 mm trouvés dans un tiroir de bureau situé dans la chambre à coucher de l'appelant. L'agent de l'État ayant considéré que ces films étaient obscènes, les a saisis et l'appelant, accusé de détention d'objets obscènes fut mis aux arrêts.

La Cour avait conclu en disant « As we have said, the States retain broad power to regulate obscenity; that power simply does not extend to mere possession by the individual in the privacy of his own home. » (Comme nous l'avons dit, les États conservent le pouvoir de réglementer l'obscénité ; ce pouvoir ne s'applique clairement pas à la simple possession par l'individu, dans l'intimité de son foyer)

<sup>258</sup> « ... *mere categorization of these films as "obscene" is insufficient justification for such a drastic invasion of personal liberties guaranteed by the First and Fourteenth Amendments. Whatever may be the justifications for other statutes regulating obscenity, we do not think they reach into the privacy of one's own home. If the First Amendment means anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his own house, what books he may read or what films he may watch. Our whole Constitutional heritage rebels at the thought of giving government the power to control men's minds.* »

d'une seule famille<sup>259</sup>. Le juge Powel en énonçant le jugement de la Cour favorable à l'appelant qui avait fait valoir l'absence de procédure régulière prévue dans le quatorzième amendement, rappela à cette occasion que « *Our decisions establish that the Constitution protects the sanctity of the family precisely because the institution of the family is deeply rooted in this Nation's history and tradition. It is through the family that we inculcate and pass down many of our most cherished values, moral and cultural.* » (Nos décisions reposent sur le fait que la Constitution protège le caractère sacré de la famille, précisément parce que l'institution de la famille est profondément enracinée dans l'histoire et la tradition de cette Nation. C'est au travers de la famille que nous inculquons et transmettons nos valeurs morales et culturelles les plus précieuses).

**124.** Le quatorzième amendement fut également invoqué à la fin du vingtième siècle, dans des cas qui marquaient une extension significative de la reconnaissance juridique d'aspects de la vie privée qui sont aujourd'hui encore l'objet d'intenses controverses sociétales.

Parmi les jugements ayant fait référence, on relèvera les affaires *Lawrence v. Texas*<sup>260</sup>, *Roe v. Wade*<sup>261</sup>, et *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*<sup>262</sup>, qui abordaient respectivement

---

<sup>259</sup> *Moore v. East Cleveland* 431 U.S. 494 (1977). L'ordonnance contenait une section complexe et inhabituelle qui reconnaissait comme membres de la famille uniquement quelques catégories d'individus apparentés. L'appelant qui vivait avec son fils et ses deux petits fils ayant une famille qui ne correspondait à aucune des catégories reconnues par l'ordonnance, fut condamnée à cinq jours de prison et 25 dollars d'amende pour ne pas avoir respecté la loi

<sup>260</sup> *Lawrence v. Texas* 539 US. 558 (2003). Ce cas concerne à la fois la violation du quatorzième amendement par le paragraphe 21.06(a) du Code pénal du Texas (2003) qui dispose qu'une personne commet un délit s'il a des rapports sexuels déviants avec un autre individu du même sexe « *A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex...* », et la violation de l'intimité de la vie personnelle. Il s'agit en l'espèce, d'une situation déclenchée par l'un des partenaires de J. Lawrence, qui apparemment jaloux des relations qu'engageait son ami avec un autre de leurs amis, appela d'un téléphone public la police pour signaler la présence chez J. Lawrence d'un homme noir armé qui semblait perdre le contrôle de ses actes. Lorsque des agents de police envoyés sur place pénétrèrent dans l'appartement et surprirent J. Lawrence et T. Garner en train de commettre un acte sexuel, ils procédèrent à l'arrestation des deux hommes qui furent déférés devant la justice pour sodomie, considérée comme activité sexuelle déviante tombant sous le coup de la loi sus-citée. Les accusés ont fait valoir leur droit à comparaître devant le tribunal d'un autre comté et ont plaidé la clause de protection égale (equal protection clause) contenue dans le 14e amendement. Leur contestation ayant été rejetée, la Cour Suprême accepta d'accorder un certiorari afin d'examiner les faits

On peut être surpris que personne n'ait semblé contester l'intrusion du domicile par les agents de police, car cela constituait une violation caractérisée de l'intimité des plaignants

La Cour a considéré que la loi du Texas qui rendait coupable de crime deux adultes impliqués dans certaines activités sexuelles exercées dans le cadre de leur vie privée, violait le droit à l'intimité et à la liberté personnelles garantis par le 14e amendement. La Cour ajouta que la loi du Texas n'apporte aucun fondement légitime d'État pouvant justifier son intrusion dans la vie privée et personnelle d'un individu « *The Texas statute furthers no*



des questions relatives à l'homosexualité, l'avortement et le droit à la fin de vie, trois thèmes encore brûlants dans le monde entier, qui touchent aux droits de la personne et qui illustrent également le chevauchement et l'imbrication de la vie privée et de la liberté individuelle que nous retrouverons plus loin lorsque nous aborderons les conceptions actuelles de données personnelles.

## *Section 2. Le droit de disposer de son corps : L'affaire Cruzan*

**125.** Nous nous arrêterons sur l'affaire Cruzan, non seulement parce qu'elle marque une étape très importante dans le cadre du droit des personnes à disposer de leur propre corps, mais surtout parce qu'elle a ouvert la voie à une réflexion profonde aux USA, dans les années 80, sur l'opportunité d'adopter un statut fédéral concernant le droit d'un individu et de sa famille à choisir entre la vie ou la mort dans des cas d'atteinte grave de ses capacités à survivre après un accident ou suite à une maladie dont l'issue fatale est hautement probable.

---

*legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual* ». En conséquence, la Cour a cassé la décision prise dans l'affaire Bowers v. Harwick [(476 U.S. 186 (1986)] qui avait conclu à l'inconstitutionnalité de la sodomie, ce qui implicitement invalidait aussi les lois anti sodomies de 13 autres États

<sup>261</sup> Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973) Jane Roe, une femme célibataire qui résidait dans le Comté de Dallas, engagea une procédure contre le procureur du district au motif que la loi du Texas, qui ne permettait l'avortement que dans le but sauver la vie de la mère (Code pénal du Texas article 1196) n'était pas conforme à la Constitution. J. Roe rapporta qu'elle fut dans l'impossibilité de mettre fin à sa grossesse en clinique, dans des conditions de sécurité satisfaisante, par un un praticien compétent, au mépris des droits de sa vie privée personnelle garantis par le premier, le quatrième le cinquième le neuvième et le quatorzième amendements de la Constitution. La Cour déclara par une majorité de 7 voix contre deux, que le droit d'une femme de faire procéder à un avortement était protégé par le quatorzième amendement et faisait partie du droit de la vie privée tel que reconnu par la Cour dans l'affaire Griswold. Les retombées furent immédiates puisque cette décision affectait les lois prises dans 47 États. Malgré cette décision exemplaire, le droit à l'avortement, très contesté, fut et reste encore une source de très vifs débats et de polémiques, comme le montre la récente décision que pris la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire Whole Woman's Health v. Hellerstedt (579 U.S. (2016), en déclarant illégale une loi du Texas de 1913 qui imposait aux médecins pratiquant un avortement d'avoir accès, dans un périmètre maximal de 50 kilomètres, à un centre hospitalier équipé d'un plateau chirurgical répondant aux normes de l'État. « *Texas House Bill 2 (2013) required that a "physician performing or inducing an abortion . . . must, on the date [of service], have active admitting privileges at a hospital . . . not further than 30 miles from the" abortion facility, and that the facility meet the state's "minimum standards . . . for ambulatory surgical centers* ». Cela n'est pas sans rappeler les manifestations des groupes anti-avortement qui en France s'élèvent encore régulièrement en France contre la loi Veil légalisant l'avortement volontaire (Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000700230>

<sup>262</sup> Cruzan v. Director, Missouri Department of Health 497 U.S. 261 (1990) Supreme Court of the United States

Ces questions sont encore très sensibles aujourd'hui dans de nombreux pays du monde entier<sup>263</sup> et les solutions adoptées par les uns et les autres dépendent des contextes sociaux culturels, historiques, moraux, philosophiques et scientifiques dont l'analyse dépasse largement le cadre de cette étude<sup>264</sup>.

**126.** Nous retiendrons les éléments de cette affaire qui traduisent la relative pause de la Cour Suprême des USA dans le cadre du respect du droit à la vie privée et les limites qu'elle a souhaité appliquer à certains de ses aspects.

### §1. Le contexte, les faits et les procédures

**127.** A la suite d'un accident de voiture, en janvier 1983, Nancy Cruzan fut transportée inconsciente à l'hôpital où un neurochirurgien diagnostiqua une anoxie<sup>265</sup> ayant probablement causé de sévères contusions cérébrales<sup>266</sup>. Elle resta trois mois inconsciente.

Selon la loi du Missouri (Mo. Rev. Stat. §194.005, de 1986)<sup>267</sup> elle n'était pas morte, puisqu'elle ne nécessitait pas l'assistance de systèmes artificiels pour assurer ses fonctions respiratoires circulatoires.

Lorsque neuf mois plus tard, ses parents demandèrent l'arrêt des procédures d'hydratation et de nutrition, les employés refusèrent d'accéder à leur demande sans avis légal. La Cour du comté de Jasper, donna l'autorisation de mettre fin aux jours de leur fille<sup>268</sup>, au motif que tout individu

---

<sup>263</sup> Il en est pour exemple les rebondissements sans fin de la pénible affaire Lambert en France. « L'affaire Lambert n'en finit pas. Droit de la famille n°9 » Septembre 2016, alerte 68. CAA Nancy 16 juin 2016, n° 15NC02132 : JurisData n° 2016-011639 – CA Reims, 8 juill 2016, inédit ; J. PAILLOT "Vincent Lambert et ses médecins successifs devant le Conseil d'État" (2017) Tribune 11 Juillet Le coin des experts <http://www.genethique.org/fr/vincent-lambert-et-ses-medecins-successifs-devant-le-conseil-detat-67941.html> ; CE Décision contentieuse. 19 juillet 2017 Arrêt des traitements : Le Conseil d'État juge illégale la suspension de la deuxième procédure d'examen de l'interruption des traitements de M. Vincent Lambert. <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Arret-des-traitements>

<sup>264</sup> Certains aspects connexes relatifs droit à disposer de son corps seront abordés plus loin. V. *infra* n° 489 et s.

<sup>265</sup> Manque d'oxygène

<sup>266</sup> Les experts de la Cour du Missouri estimèrent que des dommages irréversibles du cerveau se produisent après 6 minutes d'anoxie. Il fut estimé que N. Cruzan était restée en anoxie pendant 12 à 14 minutes

<sup>267</sup> Missouri Revised Statutes, Section 194.005 (toujours en vigueur en 2016 en tant que section 194.005.1 du chapitre 194 suivant la révision du 28 août 2015) « For all legal purposes, the occurrence of human death shall be determined ... When respiration and circulation are not artificially maintained, there is an irreversible cessation of spontaneous respiration and circulation »

<sup>268</sup> Estate of Cruzan, Estate No. CV384-9P (P. Div. Cir. Ct., Jasper County, Mo., July 27, 1988)

bénéficiait, du droit fondamental de refuser ou demander l'arrêt de procédures médicales de maintien en survie. La Cour avait aussi été informée que la jeune fille avait exprimé oralement le souhait de ne pas être maintenue en vie dans le cas où un accident lui retirerait cinquante pour cent de ses capacités normales.

La Cour Suprême du Missouri saisie de cette décision<sup>269</sup> déclara « Nous sommes en présence d'un cas pour lequel on nous demande d'autoriser le corps médical à faire mourir Nancy par dénutrition et déshydratation » et considéra que « Il ne s'agit pas de débattre du choix entre la vie et de la mort, mais entre la qualité de la vie et la mort<sup>270</sup> » .

**128.** La Cour examina le cas successivement à la lumière du droit de refuser un traitement, du droit à la vie privée, des intérêts de l'État, d'une évaluation comparée des droits de l'État et du Patient, et enfin des problèmes de la tutelle.

Nous nous arrêtons ici aux considérations relatives à la vie privée, que la Cour balaye d'ailleurs très vite « Ni la Constitution fédérale, ni celle du Missouri, donne expressément un droit à la vie privée. Il fut demandé à cette Cour de reconnaître un droit de la vie privé illimité. Nous avons refusé de le faire<sup>271</sup>. Nous ne trouvons pas dans notre Constitution, de droit illimité de la vie privée, qui accorderait à une personne le droit de refuser un traitement médical dans quelque circonstance que ce soit. »<sup>272</sup>

On voit ici comment la Cour qui avait reconnu, peu après l'arrêt Pavesich, un droit à la vie privée dans plusieurs affaires<sup>273</sup>, fixait les limites qu'elle souhaitait maintenant appliquer à l'acception de ce concept, en déclarant « Il nous reste à déterminer nous-mêmes si le droit de la

---

<sup>269</sup> Cruzan v. Director, Missouri Department of Health 760 S.W.2d 408 (1988) (V. *supra* n° 125)

<sup>270</sup> « *This is a case in which we are asked to allow the medical profession to make Nancy die by starvation and dehydration.* » « *The debate here is thus not between life and death; it is between quality of life and death* »

<sup>271</sup> Barber v. Time, Inc., 348 Mo. 1199, 1205-06, 159 S.W.2d 291, 294 (1942). Dans cet arrêt, la Cour déclara qu'un droit de la vie privée peut émaner d'un droit constitutionnel. La décision prise apporte une protection contre la publication de faits privés. Elle est fondée sur le délit d'intrusion de la vie privée. Cependant la Cour considère que ce genre de discussion est inapplicable aux cas impliquant des décisions relatives à l'autonomie personnelle.

<sup>272</sup> « *Neither the federal nor the Missouri Constitutions expressly provide a right of privacy. This Court was asked to recognize an unfettered right of privacy. We declined to do so. We thus find no unfettered right of privacy under our Constitution that would support the right of a person to refuse medical treatment in every circumstance* »

<sup>273</sup> Arrêts cités dans W. PROSSER p387, (V. *supra* n° 118) - Munden v. Harris, 153 Mo. App. 652, 134 S.W. 1076 (1911); Barber v. Time, Inc., 348 Mo. 1199, 159 S.W.2d 291 (1942); State ex rel. Clemens v. Witthaus, 228 S.W.2d 4 (Mo. 1950); Biederman's of Springfield, Inc. v. Wright, 322 S.W.2d 892 (Mo. 1959)

vie privée reconnu dans la Constitution recouvre le droit de refuser un traitement médical de maintien en vie »<sup>274</sup>

Finalement la Cour considéra « que les preuves présentées au cours de ce procès pour démontrer le souhait de Nancy [voir plus haut], ne sont pas fiables. »<sup>275</sup>

Le jugement de la Cour de première instance, fut cassé<sup>276</sup> et les parents se sont pourvus en cassation devant la Cour Suprême des États-Unis<sup>277</sup>.

La question principale consistait à déterminer si la Cour du Missouri avait violé la clause du quatorzième amendement garantissant une procédure légale régulière (due process of law), en refusant aux parents de N. Cruzan le droit de retirer des accessoires de maintien en vie de leur fille<sup>278</sup>.

**129.** C'est à une courte majorité de 5 voix sur 9 que la Cour Suprême a confirmé la décision du jugement précédent en statuant que le quatorzième amendement donnait aux individus en état d'exprimer leur volonté, le droit de refuser un traitement médical, sans que cela signifie pour autant qu'une personne dans l'incapacité d'exprimer sa volonté possède le même droit, dans la mesure où elle est incapable d'exercer un choix volontaire. La Cour considéra que la Constitution des États-Unis n'interdisait pas à l'État du Missouri de réclamer des preuves claires et convaincantes confirmant les souhaits d'une telle personne en ce qui concerne l'arrêt d'un traitement de maintien artificiel en vie, étant entendu que « la clause de procédure légale ne requiert pas qu'un État doive accepter le jugement substitutif de parents proches, en absence de preuve que leur opinion reflète celle du patient »<sup>279</sup>.

---

<sup>274</sup> « *We are left to determine for ourselves whether the penumbral right of privacy encompasses a right to refuse life-sustaining medical treatment* »

<sup>275</sup> « *Finally, the majority says : We further hold that the evidence offered at trial as to Nancy's wishes is inherently unreliable.* »

<sup>276</sup> Le 16 novembre 1988

<sup>277</sup> L'appel fut examiné et retenu par la Cour Suprême des États-Unis le 3 juillet 1989

<sup>278</sup> Ce fut le premier cas relatif au « droit de vivre » qu'eut à traiter la Cour Suprême des États-Unis. Le Juge Scalia fit remarquer « *The various opinions in this case portray quite clearly the difficult, indeed agonizing, questions that are presented by the constantly increasing power of science to keep the human body alive for longer than any reasonable person would want to inhabit it.* » (« Le débat s'avéra riche en enseignements et en divergences vis à vis d'un problème aussi grave que la décision de mettre fin à une vie, dans une société où les développements de la science permettent d'envisager un maintien en vie du corps humain pour une durée plus longue que n'importe quelle personne raisonnable puisse souhaiter »).

Les opinions écrites par 5 des juges de la Cour, fait très exceptionnel, traduisent bien les sensibilités personnelles qui furent mises à l'épreuve face à ce type de problème.

<sup>279</sup> « *The Due Process Clause does not require a State to accept the "substituted judgment" of close family members*

Le Juge C. Teel du Comté de Jasper autorisa le retrait des appareillages maintenant N. Cruzan en vie, un mois plus tard, après avoir entendu des témoignages clairs et convaincants qui prouvaient qu'elle ne souhaitait pas vivre « comme un légume »<sup>280</sup>.

N. Cruzan décédait à l'âge de 33 ans, le 26 décembre 1990<sup>281</sup>.

## §2. Les enseignements de l'arrêt Cruzan.

**130.** Outre le fait qu'il ait permis d'établir que le droit de mourir n'est pas inscrit dans la Constitution, l'arrêt de la Cour Suprême a permis de préciser les règles permettant à un individu de prendre au nom d'une tierce personne des décisions concernant l'éventuel maintien d'un traitement de maintien en vie artificiel<sup>282</sup>. Enfin, la Cour ne souhaite pas souscrire à la création d'un standard national uniforme, mais laisse le soin aux États de fixer eux mêmes leurs propres standards en ce qui concerne le droit à mourir.

On remarquera, dans l'affaire Cruzan, la prudence avec laquelle la Cour n'aborde pas cet arrêt dans l'optique d'un problème de droit de la vie privée mais sous l'angle du droit à la liberté individuelle bien que les deux puissent leurs racines dans la clause de procédure légale régulière du 14<sup>ème</sup> amendement, mais résultent d'une différente interprétation des clauses<sup>283</sup>.

Cette tendance avait déjà été relevée par le milieu juridique, au sujet de l'affaire Kelley v. Johnson<sup>284</sup> pour laquelle la Cour décida qu'une réglementation concernant l'apparence personnelle d'un officier de police, en ce qu'elle limitait la longueur acceptable des cheveux d'un policier du Comté, ne violait pas le 14<sup>ème</sup> amendement de la Constitution<sup>285</sup>.

---

in the absence of substantial proof that their views reflect the patient's »

<sup>280</sup> T. LEWIN « Nancy Cruzan Dies, Outlived by a Debate Over the right to Die » New York Times 27 Décembre 1990

<sup>281</sup> Le cas de N. Cruzan avait déclenché des réactions nationales et un groupe d'activiste défendant le droit à la vie déposa plusieurs requêtes légales réclamant la reconnexion de la patiente, qui furent déboutées et le 18 décembre un groupe de 19 personnes força l'entrée de l'hôpital pour reconnecter la patiente. Ils furent arrêtés (S. STEFAN « Rationale Suicide, Irrational Laws » (2016) Oxford University Press. Cité dans Cruzan v. Director, Missouri Department of Health. Wikipedia)

<sup>282</sup> C. H. RUSHTON et E. E. HOGUE « The Role of Families as Surrogate Decisionmakers after Cruzan v. Director, Missouri Department of Health » The Journal of Contemporary Health Law and Policy (1991) Vol 7 issue 1, pp 219-238

<sup>283</sup> A. M. GAUDIN « Cruzan v. Director, Missouri Department of Health: To Die or Not to Die: That is the Question - But Who Decides? » LA Law Rev (1991) Vol 51 pp1308-1345

<sup>284</sup> Kelley v. Johnson 425 U.S. 238 (1976)

<sup>285</sup> Prise quatre ans près la décision concernant le droit à l'avortement on se trouvait ici en présence d'une décision qui tendait à garder le contrôle des frontières du droit de la vie privée et à ne pas « céder au chant des

**131.** On peut bien entendu regretter que plusieurs juridictions soient revenues sur des décisions touchant à l'avortement, à l'homosexualité ou au droit de refuser l'acharnement médical, qui engagent des modifications sociétales importantes. Les États qui ont dû adapter leurs lois après les décisions de la Cour Suprême dans ce genre d'affaire n'ont pas tous pour autant accueilli avec ferveur une reconnaissance large du respect de certains aspects de l'intimité personnelle.

On peut craindre que les récentes dispositions édictées pour conserver un contrôle sur l'espace qu'occupe le droit « envahissant » de la vie privée, reflète malheureusement un « retour en arrière » insidieux.

Le futur de la protection de la vie privée est encore incertain et soulève plusieurs débats de fond. Par exemple, le juge très conservateur A. Scalia<sup>286</sup> qui faisait partie, d'une école qualifiée d' « originaliste » car très attachée à une interprétation de la Constitution respectueuse de son sens originel et ne souhaitait pas, tout comme son collègue C. Thomas, que la reconnaissance de la vie privée s'étende au delà des droits spécifiquement définis dans la Déclaration des Droits. Il sera intéressant de voir quelle position adoptera à ce sujet le juge B. Kavanaugh<sup>287</sup>.

---

sirènes ». La Cour justifiait sa position en déclarant que le cas soumis par ce policier était « bien évidemment différent des droits protégés par les décisions précédentes qui invoquaient une véritable violation de la liberté individuelle, dans le contexte de la procréation, du mariage, de la vie de famille etc. »<sup>285</sup>. Un agent de police employé dans un corps de l'État se doit de transmettre au public une image qui l'identifie comme tel. Sa tenue et son aspect physique contribuent au respect et la reconnaissance du corps auquel il appartient. Il ne semble donc pas outrancier que son administration ne lui laisse pas « la liberté d'apparence » qu'il pourrait souhaiter au titre du respect de sa vie privée et qui ne correspond pas à celle de ses collègues. En faisant le choix d'être intégré à ce corps il fait aussi le choix de s'y fondre. Répondre à ce type d'exigence ne peut que galvauder le concept précieux de « vie privée »

C'est un problème très actuel que les États du monde entier abordent d'une manière différente et avec des succès très variables

<sup>286</sup> Le juge Antonin Scalia est décédé le 13 février 2016. Son remplacement à la Cour Suprême était devenu un véritable enjeu politique ([http://www.huffingtonpost.fr/2016/02/20/antonin-scalia-cour-supre\\_n\\_9282364.html](http://www.huffingtonpost.fr/2016/02/20/antonin-scalia-cour-supre_n_9282364.html)). Le Président Obama avait choisi Merrick Garland pour occuper la place de Juge en Chef de la Cour Suprême, une nomination qui a déclenché un « bras de fer » entre le Sénat et le Président (V. MICHELOT « La Cour Suprême en balance. Les enjeux politiques et constitutionnels du remplacement de Antonin Scalia » Chroniques Américaines 17 mai 2016, IFRI. Le 31 janvier 2017, le Président Donald Trump a nommé Neil Gorsuch qui est considéré comme un « intellectuel conservateur connu pour ses positions favorables aux droits religieux et pour ses écrits contre l'euthanasie et le suicide assisté, dans la même ligne que le juge Scallia. <http://www.reuters.com/article/us-usa-court-trump/trump-picks-conservative-judge-gorsuch-for-supreme-court-idUSKBN15F1OW>

<sup>287</sup> Nommé Juge Associé le 9 juillet 2018 par le Président D. Trump après le départ à la retraite du Juge A. Kennedy et confirmé le 6 octobre par le Sénat pour siéger à la Cour Suprême

### *Section 3. La vie privée et le premier amendement de la Constitution américaine*

**132.** Bien que le concept de droit à la vie privée ait pu paraître attrayant, sa mise en œuvre se trouva « malmenée » par les défenseurs des droits énoncés dans le premier amendement de la Constitution qui assurent la protection d'une vie privée tout en garantissant le droit fondamental de la liberté d'expression et de la presse.

L'action de Warren et Brandeis, initiée contre une presse intrusive et relayée pendant plusieurs décennies dans des affaires visant des atteintes à la vie privée personnelle concernant la publication de commérages dans les journaux ou le droit des personnes sur leur image, fut mal perçue par la presse qui exprima ses craintes dès la publication de l'article en 1890<sup>288</sup>.

De nombreux ouvrages et revues<sup>289</sup> ont traité, depuis lors, de situations conflictuelles nées de cette opposition.

**133.** Lorsqu'il rejoignit la Cour Suprême des États-Unis<sup>290</sup>, L. Brandeis s'appliqua à renforcer la signification du premier amendement, non seulement au travers de ses écrits mais également dans l'affaire *Whitney v. California*<sup>291</sup> pour laquelle il produisit une opinion qui fut considérée comme le plus grand plaidoyer pour la liberté d'expression et reste un cas d'école. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce problème lorsque nous examinerons les conflits nés d'une demande grandissante du respect des composantes intimes de la vie privée, dans un monde où la liberté de la presse prenait de plus en plus d'importance.

**134.** Charlotte A. Whitney était un des fondateurs du parti communiste des ouvriers<sup>292</sup> (Communist Labor Party). Au cours d'une réunion politique, elle exhorta les travailleurs à voter pour ses candidats et préconisa dans une résolution, de prendre des mesures politiques. Elle fut arrêtée et accusée d'avoir voulu nuire à l'économie et introduire des changements politiques par l'usage illégal de la violence.

La question de savoir si le demandeur avait contrevenu en toute connaissance de l'illégalité de

---

<sup>288</sup> N. M. RICHARDS « The puzzle of Brandeis, Privacy and Speech » *Vanderbilt Law Review* (2010) Vol 63, pp 1295-1352

<sup>289</sup> Cité dans la note 7 de N. M. RICHARDS « The puzzle of Brandeis, Privacy and Speech » *Ibid* note 202

<sup>290</sup> L. Brandeis fut Juge assesseur de la Cour Suprême des États-Unis entre le 1<sup>er</sup> juin 1916 au 13 février 1939

<sup>291</sup> *Whitney v. Cali* 274 U.S. 365 (1927)

<sup>292</sup> Le parti était une aile extrémiste du parti socialiste qui s'était autonomisé après la convention de 1919

ses actes à la loi californienne contre le syndicalisme criminel (California Criminal Syndicalism Act), ne se posait pas en termes de Constitutionnalité de la loi.

**135.** La Cour considéra que les termes de la loi étaient suffisamment clairs et que la clause de procédure légale régulière (due process of law) exigé par la Constitution avait été respectée. Une violation de la clause de protection égale (Equal Protection Clause) du quatorzième amendement ne pouvait non plus être invoquée. La condamnation du demandeur par la Cour de Californie n'avait pas violé sa liberté de parole garantie par le premier amendement, car les États peuvent, en dépit du premier amendement, interdire les discours qui incitent au crime, au trouble de l'ordre public ou qui menacent le gouvernement d'une manière illégale.

Certains observateurs interprètent la déférence que la Cour manifesta à l'égard du législateur comme une réaction à la montée du communisme en 1920.

Pour Brandeis, qui se posait en défenseur du premier amendement, la liberté de parole n'est pas abstraite, elle est un composant clef d'une société démocratique.

**136.** Il dira dans son opinion « Dans le cas où un danger existe, le législateur doit en premier lieu décider s'il nécessite une mesure protectrice particulière. Mais là où une loi est valide quand des conditions particulières existent, le seul vote d'une loi ne permet pas à lui seul de reconnaître les faits qui conditionnent sa validité... La crainte d'un préjudice grave ne peut à elle seule justifier la suppression de la liberté de parole et de rassemblement. Les hommes avaient peur des sorcières, ils brûlèrent des femmes. C'est la fonction même de la parole de libérer l'homme de l'asservissement à des angoisses irrationnelles »<sup>293</sup>

**137.** Bien que fervent défenseur de la liberté de parole, il demanda aux juges qui ont tendance à réprimer les discours véritablement dangereux, de prendre la précaution de définir clairement la nature du danger qu'ils considèrent.

**138.** Comment réconcilier l'attachement passionnel de Brandeis à la liberté de parole avec

---

<sup>293</sup> « *The legislature must obviously decide, in the first instance, whether a danger exists which calls for a particular protective measure but where a statute is valid only in case certain conditions exist, the enactment of the statute cannot alone establish the facts which are essential to its validity... Fear of serious injury cannot alone justify suppression of free speech and assembly. Men feared witches and burnt women. It is the function of speech to free men from the bondage of irrational fears* »



l'engagement fort qu'il prit pour la défense des droits de la vie privée et de l'intimité inviolable, est une question intéressante à la lumière des relations complexes entre le droit à la vie privée et le premier amendement dans notre société moderne<sup>294</sup> avec les opportunités considérables qu'elle crée en ce qui concerne la diffusion incontrôlée et incontrôlable d'informations personnelles.

Après s'être élevé contre la diffusion d'informations embarrassantes dans les journaux, L. Brandeis adoptait l'idée apparemment contradictoire, selon laquelle la divulgation de fraudes et autres actes répréhensibles par la presse est d'intérêt public.

Il dira ainsi « *sunlight is the best disinfectant* » (la lumière du soleil est le meilleur désinfectant).

## Chapitre 5. Impacts du droit à la vie privée selon Warren et Brandeis

**139.** Le plaidoyer de Warren et Brandeis concernant le contrôle de la presse au profit d'un respect illimité des différents aspects de la vie privée s'est avéré difficilement applicable, comme il l'a lui-même reconnu, si on ne fixe pas des limites qualifiantes aux champs d'application de droit à la vie privée.

On a compris au travers des quelques exemples abordés ici que l'adoption d'une doctrine de protection « extrémiste » conduirait inévitablement à interdire un grand nombre d'actes qui ont été reconnus comme légaux de longue date et à rentrer en conflit avec les principes fondamentaux de la culture américaine que sont la liberté d'expression et de la presse promulguées dans le premier amendement de la Constitution<sup>295</sup>.

Aujourd'hui encore, les Cours de justice débattent aux États-Unis, pour régler les conflits nés des interactions entre le premier amendement et un « right to privacy » qui tend à s'élargir.

Dans l'acception de la « privacy » défendue par Warren et Brandeis, on trouve des notions telles que « *inviolable personality* » (la personnalité inviolable), « *immunity of the person* » (l'immunité de la personne), « *right to one's personality* » (le droit de la personnalité individuelle), et « *privacy of a private life* » (l'intimité de la vie privée).

---

<sup>294</sup> N. M. RICHARDS « The puzzle of Brandeis, Privacy, and Speech » *Ibid* note 236

<sup>295</sup> Columbia Review Association Inc. « The right to Immunity from Wrong publicity » *Columbia Law Rev* (1911) Vol 11 pp 566-568

Warren et Brandeis ont ainsi défendu la reconnaissance d'une extension directe du droit à la vie privée qu'est un « droit à l'image », concernant la reproduction non autorisée de photographies<sup>296</sup> ou de caricatures diffamatoires<sup>297</sup>, en faisant référence à la loi française du 11 mai 1868 relative à la presse<sup>298</sup>.

Qu'en est-il aujourd'hui ?

**140.** Certaines juridictions ont été lentes à reconnaître un droit à la vie privée protégeant l'appropriation illégale de l'image. Ainsi, il aura fallu attendre 1948 pour que la Cour du Michigan reconnaisse l'appropriation de l'image comme l'un des quatre éléments caractérisant le délit d'invasion de la vie privée, tout en différenciant l'utilisation légitime de cette image dans un article de journal et une utilisation à des fins publicitaires mercantiles<sup>299</sup>.

Aujourd'hui encore et bien que tous les juridictions des États-Unis reconnaissent le droit à la vie privée, tout au moins en ce qui concerne les délits d'appropriation illicite de l'image, la publication de faits privés la violation de l'intimité et du domicile et la représentation diffamatoire des individus<sup>300</sup>, toutes ne reconnaissent pas le droit de la vie privée comme un droit individuel qui puisse être élargi à des notions plus personnelles et intimes. Un délit qui apparaît important pour tous est celui qui consiste à divulguer publiquement des questions privées à condition qu'elles ne concernent pas l'intérêt public<sup>301</sup>.

Cette restriction sera également la source de nombreux conflits entre la presse et le droit de la

---

<sup>296</sup> « The right of one who has remained a private individual, to prevent his public portraiture »

<sup>297</sup> « *If you may not reproduce a woman's face photographically without her consent, how much less should be tolerated the reproduction of her face, her form, and her actions, by graphic descriptions colored to suit a gross and depraved imagination.* »

<sup>298</sup> H. F. RIVIERE avec le concours de F. HELIE et de P. FONT « Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée constitue une contravention punie d'une amende de cinq cents francs. La poursuite ne pourra être exercée que sur la plainte de la partie intéressée. » (1868) Codes Français et Lois Usuelles, App. Code Pen., Loi sur la presse 1868 p. 20. A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur

<sup>299</sup> 322 Mich 411 (1948) Selon les termes de sa déposition sous serment, la plaignante était employée par un producteur de théâtre, E. Carroll, qui engagea un photographe pour produire des portraits de son employée. Un peu plus tard, E. Carroll remis le négatif à un journaliste qui publia un article publicitaire dans lequel une reproduction grand format de la plaignante apparaissait aux côtés de textes vantant plusieurs marques de rouge à lèvres vendus dans la boutique du défendeur. Au cours de la deuxième audience 334 Mich 282(1952) le défendeur plaida que l'action intentée pour utilisation abusive de son image par la plaignante, qui était un modèle, n'était pas recevable dans la mesure où elle avait signé une autorisation d'utiliser sa photographie à des fins publicitaires. La cour confirma le premier verdict en faveur du défendeur.

<sup>300</sup> Assertion reflétant la situation actuelle selon une communication personnelle du Professeur Amy Gajda, Tulane University Law School New Orleans, USA

<sup>301</sup> S. BARBAS « The Death of the Public Disclosure Tort : A Historical Perspective » Tale Law School Legal Scholarship Repository (2010) pp 171-215

vie privée en Europe.

**141.** La situation de l'État de New York est instructive à cet égard.

Après le vote de 1903, les administrations judiciaires n'ont pas montré un engouement à élargir le cadre des articles 50 et 51 (82) qu'elles ont confiné dans le droit de la « common law ».

Si le caractère injonctif des articles 50 et 51 a été appliqué dans l'affaire *Eliot v. Jones*<sup>302</sup> au sujet de la publication d'une édition qualitativement inférieure d'un ouvrage déjà publié, sans accord de l'auteur, la faiblesse de la loi est illustrée dès les décisions *Moser v. Press Pub, Co*<sup>303</sup> et *Humiston v. Universal Mfg Co*<sup>304</sup> où la Cour craignant manifestement d'interférer avec la liberté de la presse, prit des décisions qui n'étaient pas en adéquation avec les termes de la Loi<sup>305</sup>.

Enfin, on mesurera la frilosité de la Cour Suprême de New York qui tend encore aujourd'hui, dans l'affaire *Foster v. Stevenson*<sup>306</sup>, à ne pas qualifier les atteintes à la vie privée quand elles sont en conflit avec un intérêt public ou un aspect formateur de l'expression artistique, de la presse, des spectacles, ou des productions du monde de l'audiovisuel, en accord avec la position qu'elle avait prise précédemment quelques années auparavant dans l'affaire *Messenger v. Gruner*<sup>307</sup>

---

<sup>302</sup> *Eliot v. Jones* 66 Misc. 95, 120 N. Y. Supp. 989 (1910)

<sup>303</sup> *Moser v. Press Pub, Co* 59 Misc 95, 109 N.Y. Supp 963 (1908)

<sup>304</sup> *Humiston v. Universal Mfg Co* 189 App. Div. 467, 178 N.Y. Supp 752 (1919) art 13 de 1934

<sup>305</sup> A.M. MERSACK « Right of Privacy -Civil Rights Law §§ 50,51 » *St John's Law review* (2014) vol 9

<sup>306</sup> *Foster v. Stevenson* 128 A.D.3d 150 ; N.Y.S. 3d 96 (2015); 2015 N.Y. App. Div. LEXIS 3028. Dans cette affaire, un photographe professionnel renommé avait accumulé pendant une année, toute une série de photographies qu'il avait prises, caché dans l'ombre de son appartement et à leur insu, des occupants de l'immeuble situé en face du sien et dont les appartements avaient des grandes baies vitrées. De cette série, il effectue des tirages qu'il appelle « Neighbors » et qu'il expose à Los Angeles et à New York. Les plaignants reconnaissent sur deux de ces photos leur fils en couche et leur fille en maillot de bain, ainsi que la mère portant la fille dans les bras, et déclenchent, au titre de l'article 50 de la loi de 1903, une action en justice pour violation de la vie privée. La Cour Suprême les déboute au motif que cette affaire concerne l'intérêt public et médiatique et que les photos exposées sont des œuvres d'art qui bénéficient d'une exemption au même titre que toute autre expression artistique écrite ou non écrite. Aussi dérangerait que cela puisse paraître aux plaignants concernés, la Cour ne pouvait, au regard des termes de la loi en vigueur, retenir le grief d'attente à la protection des droits civils garantis par les articles 50 et 51

<sup>307</sup> *Messenger v. Gruner* 175 F.3d 262 (1999), 2000 N.Y. Int 0001 (17 fev. 2000). Avec l'affaire *Messenger v. Gruner*, la Cour d'Appel de New York décida que lorsque la photographie d'une personne est utilisée pour illustrer un article ayant un intérêt médiatique, aucune action ne peut être intentée au titre des articles 50 et 51 sauf si la photographie utilisée n'a aucune réelle relation avec le contenu de l'article ou que l'article ait été publié dans un but publicitaire déguisé. En l'espèce, la photographie d'une mineure était parue, sans l'autorisation de ses parents, dans les colonnes d'un magazine pour adolescentes qui abordait des problèmes traitant de la sexualité des jeunes, de la consommation excessive d'alcool et de la grossesse. La Cour avait jugé que la photographie avait été utilisée comme une illustration du type de lectrices que l'article visait et d'une manière clairement dépourvue de tout

Cependant, dans l'affaire *Foster v. Stevenson*, la Cour ajoutera que face aux menaces grandissantes d'atteinte à la vie privée que fournissent les technologies de plus en plus invasives, les juges contraints d'appliquer la loi telle qu'elle existe en appellent à la législature pour reconsidérer ce type de problème.

**142.** Cet « appel » à la législature traduit une prise de conscience des juges, de la doctrine et du monde universitaire, vis à vis du carcan dans lequel se retrouve la justice New Yorkaise qui ne peut aller à l'encontre des cadres, somme toute restrictifs, d'une loi qui était alors apparue comme une avancée significative dans la reconnaissance d'un droit à la vie privée.

Il en est pour exemple l'analyse que faisait W. Gyves de la situation lorsqu'il écrivait « La réticence des tribunaux de New York à reconnaître un droit à la vie privée de droit commun ... est aujourd'hui clairement en contradiction avec la jurisprudence contemporaine et les exigences de la société moderne. L'incongruité de la position de New York la plus évidente tient dans le refus de la Cour d'utiliser le droit commun pour se prémunir contre la forme d'invasion de la vie privée qu'est l'intimité, à un moment où les technologies émergentes représentent une menace si profonde pour la vie privée que les techniques d'intrusion de la CIA exercée dans le cas *Hurwitz* (*Leo Hurwitz v. the United States and the Central Intelligence agency* 884 F.2d 684 (2<sup>nd</sup> Cir 1989) apparaissent plus grossières qu'obscures, et les questions posées par Warren et Brandeis il y a un siècle, ressemblent plus à des désagréments banals que des intrusions importantes dans le droit à « ne pas être importuné par autrui ». Alors que la reconnaissance du large éventail des droits de la vie privée est compliquée par les questions légitimes et peut-être insurmontables du premier amendement, il n'y a pas de véritable obstacle à la reconnaissance du droit d'un individu à être libre d'agressions déraisonnablement intrusives vis à vis de sa solitude, son isolement et ses affaires privées<sup>308</sup>».

---

relation directe avec le contenu de l'article. Il n'y avait donc pas d'atteinte au droit de la vie privée protégé par la loi

<sup>308</sup> « *The reluctance of the New York courts to recognize a common-law right of privacy ...is today clearly at odds with contemporary jurisprudence and the exigencies of modern society. The incongruity of the New York position is most apparent in the court's refusal to use common law to guard against the intrusion-upon-seclusion form of privacy invasion at a time when emerging technologies present a threat to privacy so profound as to make the CIA's intrusive techniques in Hurwitz appear more crude than stealthy, and the matters that so exercised Warren and Brandeis a century ago appear more like commonplace annoyances than substantial invasions of one's right to be let alone. While recognition of the broad spectrum of privacy rights is complicated by legitimate and perhaps insuperable first amendment concerns, there is no genuine obstacle to the recognition of an individual's right to be free of unreasonably intrusive assaults upon his seclusion solitude and private affairs* ». W. S. GYVES « The right to

Aujourd'hui encore, de nombreux observateurs attendent que l'État de New York révisé cette loi et lui donne la dimension moderne qu'elle mériterait

**143.** A l'heure actuelle, les Cours de Justice ont reconnu un droit à la vie privée dans certains domaines, en plus de ceux qui concernent la « privacy » des individus (vie personnelle et intime) et qui sont protégés par des lois votées par le Congrès ou les États, en particulier pour ce qui touche aux documents et dossiers médicaux et financiers.

Pour l'instant, 10 États ont ajouté dans leur Constitution l'existence d'un droit à la vie privée<sup>309</sup>. Certains d'entre eux font référence à des aspects spécifiques du droit à la vie privée. Par exemple, l'article 1 §12 de la Constitution de Floride pose que « Le droit des citoyens d'être garanti tant pour leur personne, leurs maisons, leurs papiers que pour leurs biens personnels contre les fouilles et les saisies abusives, et contre tout moyen d'interception abusive des communications privées, ne doit pas être violé ». <sup>310</sup> De même la Louisiane, l'Illinois et la Caroline du Sud mentionnent une protection contre l'intrusion de la vie privée, prise dans le sens de l'intimité personnelle.<sup>311</sup>

## **Chapitre 6. « Right to privacy » et « right of privacy » : Du « droit à la vie privée » au « droit de la vie privée » et vers la notion de données personnelles.**

**144.** Le concept de « privacy », tel qu'il fut introduit par Warren et Brandeis à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et dont certaines limites ont cédé aux pressions sociétales qui ont germé dans la première moitié du vingtième siècle, a circulé assez rapidement en Europe, pour aboutir, comme nous le verrons plus loin, à une reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en 1950 et par l'article 9 du

---

privacy one hundred years later : New York stands firm as the world and law around it change » *St. John's Law Review* (2012) Vol 64 :Iss.2, p 333

<sup>309</sup> Il s'agit de l'Alaska, de l'Arizona, de la Californie, de la Floride de Hawaï, de l'Illinois, de la Louisiane, du Montana, de la Caroline du Sud et de l'État de Washington

<sup>310</sup> « *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects against unreasonable searches and seizures, and against the unreasonable interception of private communications by any means, shall not be violated* »

<sup>311</sup> National Conference of State Legislatures (NCSL) <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/privacy-protections-in-state-Constitutions.aspx>

Code civil en France.

Il est utile d'essayer de comprendre comment l'évolution des concepts a été à la source de cadres normatifs qui, inspirés d'une source commune, ont acquis des spécificités sociétales résultant de différentes conceptions des libertés individuelle, d'expression et d'entreprise.

Un glissement de la signification originale du concept de « *right to privacy* » est apparu aux USA dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle avec l'affaire Roberson et s'est accéléré après le recadrage juridique opéré par Prosser en 1960, comme en témoigne l'usage grandissant du concept de « *right of privacy* » par les juges américains.

La circulation des deux concepts ci-dessus, portée par l'influence américaine dans les domaines de la liberté individuelle à partir des années 1930, a quelque fois conduit en Europe à une utilisation alternative des deux expressions, résultant d'une traduction des textes américains qui a créé des ambiguïtés embarrassantes reflétant les difficultés déjà mentionnées d'adaptation des concepts quand les expressions équivalentes manquent <sup>312</sup>.

L'expression « droit au respect de la vie privée » est celle qui a été consacrée par la doctrine et la jurisprudence en France. Nous verrons dans le chapitre suivant quels en sont les contours.

**145.** Le concept initial de droit « à la vie privée » (*the right to privacy*) a conquis le monde et s'est modelé à la fois au contact du temps et des diverses sociétés qui l'ont introduit dans leur système juridique. Il concerne une branche des droits subjectifs de la personnalité dont les règles garantissent de manière plus ou moins forte et définie, différents aspects du respect de la vie privée, personnelle et intime.

Bien que dirigé originellement vers la protection de ce qui se dit et qui se déroule au sein de ce que les anglo-saxons qualifient de « *home* » et qui regroupe différentes acceptions rendant sa traduction en français difficile <sup>313</sup>, le concept de *privacy* couvre aussi les aspects intimes de l'individu et de son mode de vie à l'extérieur du « *home* », lorsqu'il est en contact avec les

---

<sup>312</sup> Rappelons par exemple, que les anglo-saxons emploient les expressions « *privacy of private life* » et « *privacy of beliefs* » qui ne peuvent être traduites par « vie privée de la vie privée » et « vie privée des croyances ».

<sup>313</sup> Le « *home* » anglais englobe tous les aspects de la vie intérieure et domestique, que ce soit l'organisation physique de ce qui est protégé par les murs ou ce qui concerne les relations familiales et intimes de ses occupants, habitants ou invités. Il est souvent traduit par le mot « domicile » qui en français désigne plutôt le lieu d'habitation, ou par foyer. On parle de foyer domestique, de douceur du foyer, ou de foyer conjugal. Les soldats ou les personnes envoyées en déplacement rejoignent leur foyer. Ce terme concerne surtout la composition de la famille vivant dans les lieux. La notion de « foyer familial », sanctuaire inviolable, fut l'une des fondations de la séparation juridique entre les espaces abstraits, voire fictifs, qualifiant la vie privée et l'espace concret de la propriété matérielle.

autres sans pour autant se livrer entièrement au public. C'est une autre facette importante de la « privacy » de la vie intérieure de la personne qui pense, ressent, exprime des émotions au contact souhaité ou subi des autres individus ou des administrations souvent accusées d'outrepasser les règles les plus profondes de l'intimité au motif de fouilles ou enquêtes qualifiées d'intérêt général.

Petit à petit, les notions strictes de foyer et de domicile se sont élargies et l'on reconnaît maintenant un droit à la vie privée pour des actes commis à l'extérieur de chez soi, dans l'intimité d'une chambre d'hôtel, d'une cabine de bateau, ou lors de réunions privées hors des cadres du domicile.

**146.** Pour les américains, ce sont les individus qui sont protégés au travers de la reconnaissance de leur vie privée<sup>314</sup>. Le droit à la vie privée selon Warren et Brandeis est un droit subjectif personnel qui protège à la fois l'individu et l'expression de sa personnalité. Cette vision est celle qui fut adoptée dans de nombreux pays qui ont considéré que le droit à la vie privée est un droit humain fondamental. Pour Halpérin « la privacy n'est pas un droit privé subjectif ... elle appartient plutôt à la catégorie des droits publics subjectifs, des libertés protégées contre des ingérences extérieures »<sup>315</sup>.

Le droit à la vie privée, c'est la liberté donnée à tout individu de protéger sa vie privée personnelle et son intimité contre les intrusions des barrières physiques ou immatérielles que la personne décide de s'appliquer dans la limite de la légalité.

Le droit au respect de la vie privée doit protéger les diverses formes d'expressions personnelles, physiques, psychologiques, sociales, mentales, artistiques, médicales, biologiques et génétiques de l'expression du « soi » propre à chaque individu. Ce n'est pas la nature du tort subi qui détermine s'il se range dans les atteintes à la vie privée, mais c'est le dommage que l'individu subit.

**147.** Le concept d'un « droit de la vie privé » qui fait son chemin aux États-Unis et qui commence à apparaître en Europe, a certainement émergé de la multitude de facettes de la vie personnelle intime qui se réclamaient du statut de vie privée, tout en se détachant du carcan qui

---

<sup>314</sup> A. MAITROT DE LA MOTTE « Le droit au respect de la vie privée » (2001) in P. TABATONI (dir.) Groupe d'études Société d'information et vie privée. Chapitre 17 Académie des Sciences Morales et Politiques

<sup>315</sup> J.-L. HALPERIN « L'essor de la « privacy » et l'usage des concepts juridiques » *Droit et société* (2005) n° 61, p 778

tendait à limiter la notion de privacy au respect de l'inviolabilité physique du domicile et de l'image corporelle.

Les premières extensions à la notion restrictive, et déjà fort contestée, des principes énoncés par Warren et Brandeis ont concerné des situations touchant à la liberté individuelle très chère aux américains, mais qui étaient aussi de véritables mines sociales qu'il fallait manipuler avec une grande précaution

On l'a vu au sujet des grandes affaires traitant du droit à l'avortement que réclamaient les communautés féministes, du droit au choix de la vie sexuelle individuelle, qu'elle soit homo ou hétérosexuelle, et au sujet du droit à la mort pour ne rappeler que ces exemples, qui montrent bien comment les pressions sociétales tendent à pousser le droit de la vie privée bien au-delà des barrières que veulent maintenir les États conservateurs. Cette situation qui n'est d'ailleurs pas uniquement rencontrée aux États-Unis, a été l'objet de heurts violents, dans plusieurs pays d'Europe, entre les opposants et les défenseurs de ces valeurs.

**148.** Il semble donc que les ingrédients soient maintenant rassemblés pour que le droit de la vie privée fasse son entrée comme une branche fondamentale autonome du droit privé.

Situé au carrefour de plusieurs droits dont celui de la personnalité, de la famille et du domicile, du travail, des contrats et de la propriété intellectuelle, du secret de la correspondance, de la communication, de la liberté d'expression individuelle, de la liberté de la presse, le droit de la vie privée ne se limite pas au respect de la vie privée il lui offre un cadre large aux contours certes diffus, mais fédérateur.

Le droit de la vie privée porte très certainement des marques d'immatunité dues à sa relative jeunesse, mais il est devenu le havre d'aspects nouveaux débordant les limites reconnues aux différentes notions de la propriété personnelle immatérielle, et celles, naissantes, de la propriété du « soi » biologique .

**149.** En toile de fond repose un problème phare qui a émergé au cours des dernières décennies et qui alimente aujourd'hui les débats les plus vifs. Il concerne le concept de données personnelles pour lesquelles aucune définition satisfaisante n'a été fournie par les instances judiciaires et les pouvoirs législatifs, soit parce que celles qui ont été proposées ont été trop restrictives en considérant uniquement les données de type « data » dématérialisées, soit parce



qu'elles n'étaient pas en adéquation avec les cadres contraints du droit naissant des nouvelles technologies.

Les données personnelles, de tout type, doivent bénéficier de la protection d'un droit de la vie privée dont elles constituent un élément fondamental.

Elles sont un bien précieux économique comme nous le verrons plus loin, et pourraient, à ce titre dépendre du droit des biens, ou du droit des contrats, mais leur nature immatérielle, et pas seulement numérique, en font une source de puissance extraordinaire par les impacts sociétaux de santé, et de sécurité qui échappent aux droits actuels de la propriété.

Nous verrons, par exemple comment les conflits nés des oppositions entre liberté de la presse et respect de la vie privée qui ont éclaté de chaque côté de l'Atlantique ne sont que les prémices de ceux qui sont en train de naître au sujet de l'utilisation croisée de bases gigantesques de données très personnelles médicales et génétiques et en face de laquelle on ne peut opposer que des règles de droit qui ont mal vieilli.

La reconnaissance d'un droit de la vie privée, recouvrant les différents aspects évoqués plus haut, devrait fournir le cadre nécessaire pour qu'un individu puisse disposer du contrôle de ses données personnelles et déterminer lui-même de la qualité et de la quantité de ses informations personnelles et intimes qui peuvent être collectées et exploitées par les grands lobbies industriels et les pouvoirs politiques.

Des sociétés démocratiques, fondées sur le respect de l'être humain, n'ont aucune autre alternative pour survivre.

## **Conclusion du Titre I**

**150.** Le dévoilement incontrôlé de la vie personnelle, familiale et affective des individus, spectateurs ou acteurs du domaine public, par une presse qui selon eux, outrepassait les règles les plus élémentaires de la décence a été le ferment du texte fondateur de Warren et Brandeis réclamant une reconnaissance légale du respect au droit de la vie privée, qui sera plus tardivement édictée aux USA et en Europe.

L'intimité que la personne peut vouloir partager dans un cercle fermé d'individus choisis par elle-même, ne peut être la proie de médias friands des aspects les plus sensibles de la vie

personnelle d'autrui. Dans son analyse de la dégradation actuelle de la vie privée aux USA, J. Rosen plaide pour la nécessité de l'intimité « *La vie privée est une forme d'opacité, et l'opacité a ses utilités. Nous avons besoin de plus d'ombre, de plus de stores et de plus de rideaux virtuels* »<sup>316</sup>

Le droit réclamé par Warren et Brandeis, qui s'appuie sur les dispositions du quatrième amendement de la Constitution se heurta à une liberté de la presse garantie par le premier amendement et vivement réclamée au XIXe siècle en Europe. Au-delà des antagonismes formels issus des textes<sup>317</sup>, ce sont des conceptions divergentes du respect de la vie personnelle et familiale qui s'affrontent et nourrissent, aujourd'hui encore, des conflits qui opposent les partisans d'une totale liberté de la presse d'information aux défenseurs de la vie privée.

**151.** Les étapes ayant conduit à la reconnaissance de la vie privée et les péripéties légales ayant précédé son extension aux aspects psychologiques et sociologiques de la vie personnelle méritent une attention très particulière. Nous les avons abordées ici<sup>318</sup> sous un angle de droit comparé car la défense de la vie privée en Amérique du Nord et en Europe trouve ses racines dans deux conceptions opposées de la relation que l'individu entretient avec l'État.

**152.** Dans un cas, le droit revendiqué par Warren et Brandeis concernait en premier lieu la protection des individus contre des intrusions dans leur vie privée par des entités civiles, dans l'autre, le droit européen de la vie privée né d'une volonté de se protéger contre l'État<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> J. ROSEN « *Privacy is a form of opacity, and opacity has its values. We need more shades and more blinds and more virtual curtains.* » p224 *The Unwanted Gaze*. (2000) *The destruction of privacy in America*. 282 p Vintage Books, Random House Inc. New York. L'une des deux épigraphes du livre de J. Rosen se réfère au traité talmudique Baba Batra, p59 folio2 qui traite de l'intrusion de la vie privée par le regard d'autrui « *Even the smallest intrusion into private space by the unwanted gaze cause damage, because the injury caused by seeing cannot be measured* » « même la plus petite intrusion d'un regard importun dans l'espace privé est préjudiciable, car la blessure qui découle d'être vu ne peut être mesurée » (hézzék réiya) Encyclopedia Talmudit (élaboré et rédigé entre le 3e et le 5e siècle)

<sup>317</sup> R. J. KROTOSZYNSKI Jr. « Reconciling privacy and speech in the era of big data : A comparative legal analysis » *William and Mary Law Review* (2015) 56 : 1279-1338 ; H. COHEN *Freedom of Speech and Press. Exceptions to the first amendment* (2004) 36 p. CRS Report 95-815 for Congress

<sup>318</sup> V. *supra* n°110 et s.

<sup>319</sup> Dans son article intitulé *Le Droit au respect de la vie privée aux États-Unis* (2005) In *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme* F. Sudre (Dir.) Bruylant, Coll. *Droit et Justice* N° 63, pp 35-67, E. ZOLLER propose que « *C'est dans la loi, la manière dont elle est comprise et le respect qui lui est due, que se situe la seule cause des différences juridiques entre les États-Unis et l'Europe en matière de protection de la vie privée* » ... » « *Quoi qu'il fasse, l'État en fait toujours trop aux États-Unis, surtout lorsqu'il fait des lois* » et

**153.** Cette différence est illustrée par la manière avec laquelle la presse et le grand public se sont emparés et abreuvés des détails de la relation intime qui liait le Président Clinton à Monica Lewinski au sujet de laquelle J. Rosen disait « l'épreuve juridique [*subie par M. Lewinski*] soulève des questions profondes quant aux évolutions récentes des lois et technologies qui mettent en péril le contrôle que l'individu peut exercer sur son information personnelle »<sup>320</sup>.

Souvent méconnue ou mal connue du public non juridique, la lutte pour une protection de la vie privée a été portée par les bâtisseurs d'un droit fondamentalement respectueux de la dignité personnelle, en dépit de dérives modernes qui ne doivent pas pour autant faire oublier l'importance capitale d'un mouvement qui a marqué l'évolution internationale des bases du droit de l'intimité personnelle, physique tout autant qu'affective.

**154.** Dans son article où il compare les conceptions américaine et européenne de la vie privée et des concepts de liberté et dignité qui y sont associés, Whitman affirme que l'article de Warren et Brandeis fut une tentative d'impulser un style continental dans la loi américaine. Il s'avère, après un siècle d'histoire, que si le mouvement initié par Warren et Brandeis a relativement peu influencé la pratique juridique américaine, il a été le fer de lance de la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit à part entière, dévouée à la protection des aspects les plus intimes de la vie personnelle, dont l'influence se retrouvera, en particulier, au delà des frontières américaines, dans les textes français et dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>321</sup>.

---

ce qui diffère les européens des américains est « *l'acceptation par les Européens à voir leurs libertés organisées par les lois* »

<sup>320</sup> J. ROSEN « *Monica Lewinsky is an improbable spokesperson for the virtues of reticence, but her ordeal raises deep questions about recent changes in law and technology that threaten individual control over information* » p4 *The Unwanted Gaze*. (2000) *The destruction of privacy in America*. 282 p Vintage Books, Random House Inc. New York

<sup>321</sup> V. *infra* n° 180



## TITRE II :

### ORIGINE ET RECONNAISSANCE DE LA VIE PRIVÉE EN FRANCE ET DANS L'UNION EUROPÉENNE

**155.** Parallèlement à son essor aux USA pendant le siècle écoulé, le concept de « privacy » largement adapté, modifié et interprété non seulement en Europe, mais dans plusieurs autres parties du monde, a très fortement influencé la reconnaissance internationale de droits au respect des manifestations intimes individuelles. Les évolutions politiques, sociétales, économiques et technologiques qui ont bouleversé notre monde à la suite des deux dernières guerres mondiales, ont éclairé sous des jours nouveaux les problèmes liés à la propriété personnelle.

En partant des manifestations physiques et immatérielles que le droit à la vie privée de type américain avait reconnues, un besoin grandissant d'autonomie individuelle a émergé, vis à vis de la notion même d'intimité des informations privées et de tout ce qui touchait à la collecte, au traitement et à la conservation de ces données personnelles.

Ces informations très personnelles, quelles que soient leur nature, sont des éléments constitutifs de la personnalité physique et immatérielle dont l'individu doit rester maître.

**156.** Nous examinerons successivement les contextes dans lesquels se sont installées et ont évolué les reconnaissances de la vie privée en France et à l'échelle européenne (1) et comment le concept de données personnelles appliqué aux caractéristiques physiques et à l'identité individuelles (2) a conduit à la mise en place, en 2016, des cadres normatifs internationaux visant à garantir la confidentialité et la protection des données personnelles.

#### **Chapitre 1. Évolution des concepts et des cadres légaux en France et en Europe.**

##### *Section 1. La vie privée en France à l'aube du XXe siècle*

**157.** Le concept de vie privée fortement défendu par les artisans de la révolution française disparaît des textes constitutionnels et législatifs dès 1793<sup>322</sup>. En l'absence d'une définition législative concernant son acception, c'est sur les principes de respect d'autrui et de liberté énoncés

---

<sup>322</sup> V. *supra* n° 11

dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 que s'est construite la jurisprudence de droit civil concernant différents aspects de la vie privée. La diversité des définitions jurisprudentielles a donné au concept des contours relativement flous qui ont permis, à la fois son évolution et son adaptabilité.

La notion de vie privée refait des apparitions sporadiques en France au début du XIX<sup>e</sup> siècle.

C'est tout d'abord lors de la discussion concernant le projet de loi sur la presse promulguée en 1819<sup>323</sup> que, dans un très célèbre discours<sup>324</sup> qu'il prononce le 27 avril 1819 devant la Chambre, le député Royer Collard<sup>325</sup>, aborde le principe de l'article 20, relatif à la poursuite et au jugement des délits commis par voie de presse en ces termes: « *L'article porte que nul ne sera admis à la preuve des faits diffamatoires si ce n'est contre les agents de l'autorité* » puis, après avoir précisé que la calomnie est punissable et la diffamation pas toujours calomnieuse, Royer-Collard conclut que le principe de l'article est « *la preuve ne sera pas admise contre les particuliers, c'est à dire qu'il n'est pas permis de dire la vérité sur la vie privée. Voilà la disposition principale, le reste est une exception...Voilà donc la vie privée murée*<sup>326</sup>, *si je puis me servir de cette expression ; elle est déclarée invisible, elle est renfermée dans l'intérieur des maisons.* »

Mais à ses yeux, il est un problème connexe à cette reconnaissance de la vie privée accordée aux particuliers « *Maintenant la question est de savoir si vous murerez de la même manière la vie publique et si vous la déclarerez également invisible* » car le corolaire à une telle position serait la reconnaissance même que « *la puissance publique lui appartient comme la vie privée à*

---

<sup>323</sup> Promulguée après 125 voix sur 212 en faveur, elle fait partie des Lois de Serre qui sont une série de textes supprimant en particulier le contrôle préalable à la publication, et fixant les conditions de reconnaissance et de jugement des délits de presse

<sup>324</sup> Ce discours publié par Le Moniteur le 29 avril 1819, fait suite à l'opinion qu'il avait présentée à la Chambre des députés le 16 décembre 1817 lors de la discussion du projet relatif à la liberté de la presse et dans lequel Royer-Collard posait le problème de la liberté en ces termes « *Suffit-il que l'impression et la publication soient libres pour que la presse le soit véritablement ?* » et d'ajouter une réflexion qui reste encore très actuelle de nos jours « *le problème à résoudre doit donc satisfaire à deux conditions : premièrement réaliser la liberté de la presse en réprimant l'abus qu'on peut en faire ; secondement réprimer l'abus sans que l'abus de la répression détruise la liberté elle même* »

<sup>325</sup> Lors de la Restauration, Royer-Collard, député de la Marne, dirigeait le groupe des « Doctrinaires », royalistes français qui étaient en faveur de ce que Elie Decazes définissait comme une « monarchie nationalisée » dans une « *France royalisée* »

<sup>326</sup> La paternité de cette expression a fréquemment été remise en cause au motif que dans une lettre envoyée de Alexandrie dans le Piémont, à son ami R. Colomb le 31 octobre 1823, Stendhal qui rapporte les propos d'un « *marquis garni de cinq croix* » avec lequel il a partagé un diner à Troyes, « *n'ose continuer, de peur d'entreprendre sur la vie privée d'un citoyen, qui l'a si bien M. de Talleyrand, doit être murée* ». STENDHAL (Henri Beyle) Correspondance inédite « *Lettres à ses amis* » (lettre XCII /42) p 249 œuvres posthumes (1855). Éditions M. Lévy Frères Paris

*chaque particulier, que la puissance publique est son domaine, son champ qu'il peut labourer comme il lui plaira » , ce qui serait une conséquence « inouïe » qu'aucune législation, « si ce n'est la législation impériale », n'a admise. Et de conclure « Messieurs, il s'agit véritablement de savoir si la société appartient aux fonctionnaires ou si les fonctionnaires appartiennent à la société »<sup>327</sup>*

**158.** Le principe de protection de la vie privée fait une nouvelle apparition à l'occasion de la publication dans un journal local<sup>328</sup> de la liste nominative de 16 personnalités publiques qui s'étaient rendues le 2 juillet 1873 au pèlerinage religieux de Notre-Dame-d'Étang<sup>329</sup> « *comme de simples particuliers et n'entendaient remplir qu'un devoir de dévotion essentiellement intime et personnel* ».

**159.** La Cour de cassation a confirmé en 1874<sup>330</sup>, la décision de la Cour d'Appel de Dijon qui dans son arrêt du 19 novembre 1873, avait reconnu le droit au respect de la vie privée morale et de l'intimité des convictions personnelles<sup>331</sup>, en condamnant l'auteur de l'article<sup>332</sup> au motif que selon les « *termes de l'article 11 de la loi de 1868<sup>333</sup>, la publication seule d'un fait relatif à la vie privée constitue une contravention, sans que les tribunaux aient à rechercher autre chose que le fait, sans qu'ils aient à s'occuper de l'intention, - qu'il suffit que la personne désignée se plaigne pour qu'ils doivent sur sa demande appliquer la peine édictée par cette loi* ». En

---

<sup>327</sup> Question qui est souvent considérée comme encore très actuelle

<sup>328</sup> L'Écho de l'Auxois du 3 juillet 1873

<sup>329</sup> La statuette de Notre-Dame d'Étang, représentant la Vierge à l'enfant est transportée en procession de l'église de Velars jusqu'à la montagne d'Étang, au cours du pèlerinage du 2 juillet, date anniversaire de la découverte de la statue. Le pèlerinage du 2 juillet 1873 rassembla quinze mille personnes

<sup>330</sup> Cour de cassation, 28 Feb. 1874, Verdot c. Ligeret et consorts, D 1874.1.273

<sup>331</sup> Donc bien avant que Warren et Brandeis ne publient leur article en 1890

<sup>332</sup> Quelques mois plus tard, dans le journal du Loiret du 23 Janvier 1874, qui publie le compte rendu de la séance du 21 janvier 1874 de l'Assemblée Nationale, on peut lire au titre d'une interpellation de M. Ricard « sur le régime de la presse dans les départements soumis à l'état de siège » « *L'écho de l'Auxois a été supprimé pour avoir reproduit un extrait d'un livre intitulé Nos préjugés politiques, livre qui n'a jamais été poursuivi. Quel était son véritable crime ? Ce n'était pas son article ; jamais aucun tribunal ne l'aurait condamné ; mais il avait publié les noms des pèlerins de Paray-le Monial, il avait été condamné à 100 frs d'amende pour ce fait. Voilà pourquoi il a été supprimé. Là encore, c'est l'esprit de parti qui vous a guidés.* » Il est probable que Monsieur Ricard ait voulu faire référence au pèlerinage de Notre-Dame d'Étang

<sup>333</sup> Loi 1868, art 11 : toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privé constitue une contravention punie d'une amende de cinq cent francs.- La poursuite ne pourra être exercée que sur la plainte de la partie intéressée. Article 11 Loi annotée du 11 mai 1868, par Brayer (1868) avec le concours de la Rédaction de la Bibliothèque Municipale. Prudhomme Impr. Libr. Grenoble et A. Durand Librairie Paris

relevant qu'un article situé immédiatement après celui qui concerne les demandeurs, cite un évangile dans lequel il est fait mention « *d'hypocrites qui aiment à prier en se tenant debout* » « *et aux coins de rues afin d'être vus des hommes* », la cour d'Appel, considéra que la casse utilisée<sup>334</sup> visant délibérément à attirer l'attention « *cet article s'applique évidemment aux personnes nommées ... quelques lignes précédemment et que l'expression d' « hypocrite » ...constitue le délit d'injure publique prévu et puni par l'article 19 §2 de la loi du 17 mai 1819<sup>335</sup>* »

## §1. La vie privée élargie au for intérieur

**160.** Le problème posé concerne, comme le fit remarquer le conseiller Barbier<sup>336</sup>, « *le point précis ou commencent les faits de la vie d'un particulier sur lesquels il est permis d'appeler les regards du public...un principe qui nous semble incontestable, c'est que tout ce qui touche aux intimités de la conscience, au for intérieur, est inviolable et n'appartient ni à l'examen ni à la discussion du public* »

La Cour de cassation, confirmant la décision de la Cour d'Appel, précisa que « *la protection assurée à la vie privée s'étend non seulement aux actes accomplis au sein du domicile des citoyens, mais encore aux actes qui se révèlent extérieurement s'ils sont du domaine du for intérieur et s'ils intéressent la liberté de conscience* ».

Cette décision est intéressante sur le plan jurisprudentiel, car, non seulement c'est un rare exemple s'appuyant sur la loi de 1868, mais elle marque une étape essentielle vers une

---

<sup>334</sup> « Hypocrites » en italiques et « au coin des rues, afin d'être vus des hommes » en lettres majuscules

<sup>335</sup> La loi du 17 mai 1819 concerne « la répression des crimes et délits commis par la voie de presse, ou par tout autre moyen de publication ». Elle fait partie avec les lois du 26 mai et du 9 juin de la même année d'un ensemble de lois présentées le 22 mars 1819 à l'Assemblée par le Comte de Serre, garde des Sceaux. Le paragraphe II de l'article XIX dispose « ... *ce sont pareillement des peines correctionnelles qui doivent l'être [appliquées] au cas d'injures proférées contre de simples particuliers, lorsqu'elles ont été rendues publiques et qu'elles renferment l'imputation d'un vice déterminé ; mais alors la peine ne peut être que celle de l'amende* » Examen des Lois des 17, 26 Mai, 9 Juin 1819, et 31 mars 1820 relatives à la répression des abus de la liberté de presse ; par M. Carnot (1820) Chez Nève, Libraire de la Cour de cassation, Paris – Source gallica.bnf.fr. Il faut rappeler que les formalités prescrites par la loi du 9 juin 1819 incluaient la déclaration d'un éditeur responsable et un cautionnement. La loi du 30 mars 1820 et celle du 17 mai 1822, ajoutaient qu'aucun journal écrit ou périodique ne pouvait paraître sans l'autorisation du roi. (Cour de cassation. Délit de la presse. Affaire « Le spectateur religieux et politique » cité dans C. L. LESUR (1829) Annuaire historique universel pour 1828. Thoissier-Desplaces. Paris) La loi du 18 juillet 1828 qui abrogea la censure, marquait un certain retour au libéralisme inspiré par la loi de 1819. Collection complète des Lois et décrets, ordonnances, règlements et Avis du Conseil d'État. Année 1828. J.B. Duvergier Éditeurs : Guyot et Scribe et Charles Béchét Paris (accessible sur <http://books.google.com>)

<sup>336</sup> Chargé du rapport de la Cour de cassation



reconnaissance de la vie privée, qui élargie au for intérieur, dépasse le cadre du délit de diffamation sur lequel s'était appuyée le droit naissant de la protection de l'image depuis la célèbre affaire « Rachel Felix »<sup>337</sup>, droit qui constitua un « cheval de bataille » dans l'action menée par Warren et Brandeis vis à vis des intrusions de la presse dans tous les aspects de la vie privée et publique<sup>338</sup>.

**161.** Tout en ne mentionnant pas le terme de « droit à la vie privée » l'arrêt Felix c. O'Connell en avait tout de même utilisé les fondements, en rappelant que le droit de s'opposer à la reproduction de ses traits est non seulement un droit absolu de la personne vivante mais également de la famille dont « *le respect que commande la douleur* » ... « *ne saurait être méconnu sans froisser les sentiments les plus intimes et les plus respectables de la nature* ». La question posée concernait les conditions dans lesquelles les traits d'une personne pouvaient être reproduits, avec comme considération sous jacente que « *l'image des personnes qui par leur fonction, leur profession ou leurs actes sont entrées dans le domaine de la publicité, appartiennent à l'art* ». Cette théorie ne fut pas partagée par le magistrat représentant du ministère public qui posa la question en ces termes « *Madame O'Connell a-t-elle peint Rachel morte avec son imagination, ses souvenirs ou la mémoire du passé ? Non, elle l'a peinte morte sur une photographie de famille qu'une main indiscrete lui avait livrée* ».

Les dessins de Rachel défunte que Sarah Felix, sa sœur, avait demandé à Grette et Ghémar, à la condition expresse qu'ils ne soient communiqués à qui que ce soit, ne pouvaient en aucun cas être copiés par la dame O'Connell pour en faire commerce.

La Cour estima en l'espèce que « *quelque grande que soit une artiste, quelque historique que soit un grand homme, ils ont leur vie privée distincte de la vie publique* » et que « *l'homme célèbre a le droit de mourir caché* ».

---

<sup>337</sup> Félix c. O'Connell. 16 juin 1858. Trib. Civ. De la Seine 1<sup>re</sup> Chambre. Fille de marchands ambulants, Élisabeth Rachel Felix (<http://lesapn.forumactif.fr/t8810-une-tragedienne-mere-d-un-petit-fils-de-napoleon>), devenue célèbre tragédienne sous le second Empire, mourut le 4 janvier 1858. Une photographie d'elle sur son lit de mort, fut publiée et commercialisée sans l'accord de la famille

<sup>338</sup> A l'appui de leur plaidoyer sur la nécessité d'obtenir des intéressés leur permission avant de reproduire leur portrait sous quelque forme que ce soit, Warren et Brandeis citent d'ailleurs en exemple la loi sur la presse de 1868. « *The right to privacy, limited as such right must necessarily be, has already found expression in the law of France.* » (p 8 de leur article « The right to privacy »)

## §2. Vie privée, vie publique et liberté de la presse

**162.** C'est tout le problème de la distinction entre les statuts des personnes privées et des personnes publiques à laquelle la doctrine sera confrontée de manière récurrente au travers de nombreuses affaires dans les siècles qui suivront.

Les conclusions de l'arrêt Félix c. O'Connell marquent également un droit de la famille à faire procéder à la saisie et demander la destruction des épreuves et des clichés d'un dessin destiné à la publicité représentant une personne décédée, ce qui nous l'avons vu précédemment ne sera pas la position, quelques dizaines d'années plus tard, de la Cour Suprême des États-Unis qui considérera que l'image des personnes publiques défuntes peut être utilisée à des fins publicitaires, indépendamment de la volonté des membres de la famille<sup>339</sup>.

**163.** Une analyse de la jurisprudence relative aux lois sur la presse de 1819, 1868 et 1881, indique que la vie privée bénéficiait d'une très partielle protection puisqu'elle n'était assurée que par la répression de la diffamation, étant entendu qu'une simple diffusion d'informations, sans l'autorisation de la personne concernée, ne constituait pas une atteinte en elle-même.<sup>340</sup>

C'est au début du XXe siècle, que les journalistes purent invoquer leur bonne foi en prouvant, devant les Cours « *plus favorables à l'indivisibilité des faits diffamatoires* », la vérité des faits qui leur étaient reprochés<sup>341</sup>.

**164.** Les ordonnances du 6 mai, des 22 et 26 août, et du 30 septembre 1944 sur la presse<sup>342</sup> avaient pour ambition de garantir une liberté d'expression et un pluralisme en éradiquant la législation imposée par le régime de Vichy. La première<sup>343</sup> de ces ordonnances est prise un mois avant le débarquement en Normandie. Elle rétablit le principe de liberté, abolit la censure et

---

<sup>339</sup> Schuyler v. Curtiss (V. *supra* n° 83) et Corliss v. Walker (V. *supra* n° 84)

<sup>340</sup> J.-L. HALPERIN « Protection de la vie privée et privacy : Deux traditions juridiques différentes ? » *Les nouveaux cahiers constitutionnels* (2015) N°48, pp 59-68

<sup>341</sup> J.-L. HALPERIN *Ibid*

<sup>342</sup> N. HUBE, I CHUPIB, N KACIAF. « Histoire politique et économique des médias en France. Collection Repères (2012) pp 58-61

<sup>343</sup> Ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse a modifié les articles 29, 31, 35, et 45 de la loi du 29 juillet 1881

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070729&>

l'autorisation préalable et met en place les procédures de réquisition et transfert des biens de presse.

Dans sa version du 20 mai 1944, l'article 35 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, dispose que « *la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf a) lors que l'imputation concerne la vie privée de la personne ; b) lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années, c) lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision* »<sup>344</sup>.

On note que le gouvernement provisoire fait réapparaître avec cette ordonnance la notion de « vie privée » qui n'était plus contenue dans la loi de 1881 et institue un « droit à l'oubli » fort en vogue de nos jours.

Cependant le contenu de l'alinéa 5 fut attaqué, non seulement en ce qui concernait les restrictions qu'il imposait, mais également en ce qui concernait la constitutionnalité de cet article.<sup>345</sup>

---

<sup>344</sup> Les alinéa b) et c) seront abrogés respectivement en date du 6 janvier 2010 et du 21 mai 2013 . Seul l'alinéa a) est en vigueur depuis le 9 juin 2013

<sup>345</sup> Ainsi, « *Le Conseil constitutionnel a été saisi une première fois le 21 mars 2011 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 1707 du 15 mars 2011), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mme Térésa C. et M. Maurice D., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du cinquième alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* »

Selon les requérants, « l'impossibilité pour la personne prévenue de diffamation, de rapporter la preuve de la vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans porte atteinte à la liberté d'expression et aux droits de la défense » Après avoir considéré que « *la restriction à la liberté d'expression qui en résulte poursuit un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale* » mais « *que cette interdiction vise sans distinction [ ] tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques pouvant être occasionnés par surgir à l'occasion atteintes à la liberté ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général ; que, par son caractère général et absolu, cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi ; qu'ainsi, elle méconnaît l'article 11 de la Déclaration de 1789* », Par décision N° 2011-131 QPC rendue le 20 mai 2011, le Conseil constitutionnel déclare que « *Le cinquième alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est [déclaré] contraire à la Constitution* »

Le Conseil constitutionnel eut a examiner le contenu de l'alinéa 6 de la loi de 1881 lorsqu'il fut saisi une seconde fois à ce sujet « *le 20 mars 2013 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 1300 du 19 mars 2013), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Philippe B. et relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du c) de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881* ». En cause, « *l'impossibilité pour la personne prévenue de diffamation, de rapporter la preuve de la vérité d'un fait diffamatoire constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision, porte atteinte à la liberté d'expression et aux droits de la défense* ». Après avoir considéré les conditions dans lesquelles l'amnistie et la prescription publique sont accordées, le Conseil constitutionnel a déclaré dans la décision n° 2013-319 QPC rendue le 7 juin 2013 que « *le c) de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est déclaré contraire à la Constitution* »

**165.** Les autres ordonnances de 1944 fixent des cadres pour une grande réorganisation de la presse, en en définissant des critères financiers et moraux visant à libérer la presse de l'influence de l'État et des puissances monétaires, en s'élevant contre l'anéantissement du pluralisme qui résulte de la concentration dans les mains d'un même patron de plusieurs entreprises de presse, et en décidant la dissolution des titres parus sous l'occupation de la France.

Bien que ces ordonnances aient jeté les fondations pour la renaissance d'une presse libre qui « *n'est pas un instrument d'objet commercial mais un instrument de culture* » et ne dépend « *ni du gouvernement ni des puissances d'argent, mais de la seule conscience des journalistes et des lecteurs* »<sup>346</sup>, la grande réforme n'a pas eu lieu à cause des pressions et des mesures d'aides particulières qui ont été accordées par l'État aux journaux<sup>347</sup>.

**166.** Pendant plusieurs années qui suivront cet épisode de liberté et de respect retrouvés, la jurisprudence montrera les hésitations et les engagements des juridictions appelées à traiter des affaires concernant la vie privée en l'absence d'un cadre législatif qui aurait d'ailleurs limité leur acception de cette notion que seule l'analyse des multiples arrêts rendus, connus et cités permet de cerner.

La grande variété des décisions est illustrée par quelques exemples qui ont déjà été largement discutés<sup>348</sup>. Une multitude d'arrêts pris dans les années soixante concerneront des personnalités du monde du spectacle dont la vie privée dans tous ses aspects sera l'objet d'intrusions par une presse à scandale, qui prétendra souvent ne faire que son travail d'information. Nous ne citerons ici pour exemples que les cas concernant la publication de l'existence d'une liaison intime de France Gall, alors mineure<sup>349</sup> ; la publication sans qu'il ait donné son accord, de photographies de Jean-Louis Trintignant prises à son domicile<sup>350</sup> ; et la publication de photographies de Brigitte

---

Les alinéas 5 et 6 de l'article 35 de la loi sur la presse de 1881 furent abrogés en 2013

<sup>346</sup> Fédération Nationale de la Presse Française (FNPF). Déclaration des droits et des devoirs de la presse (1945) Cité dans Citée dans l'étude Tendances économiques de la presse quotidienne dans le monde, Académie des sciences morales et politiques, 2001, p.86

<http://www.asmp.fr/travaux/gpw/pbpresse/pig1.pdf>

<sup>347</sup> M. MARTIN « Médias et Journalistes de la République » (1997) p. 290 Ed. Odile Jacob

<sup>348</sup> R. BADINTER « Le droit au respect de la vie privée » *JCP* (1968) I, 2136

<sup>349</sup> S.A. « La France Continue » c. X, CA Paris 7 avril 1965 et Cass. Civ. 2ème, 25 novembre 1966

<sup>350</sup> S.A. « La France Continue » et dame de Montfort c. Trintignant, CA Paris 17 mars 1966

Bardot, prises à son insu, bien qu'elle s'y fût opposée<sup>351</sup>. Ces affaires ne sont pas sans rappeler des cas similaires qui avaient été jugés quelques décennies plus tôt aux États-Unis et qui mettaient en opposition la liberté d'information et le droit au respect de la vie privée individuelle sous toutes ses formes, tous deux garantis par des amendements de la Constitution<sup>352</sup>.

### §3. Loi de 1970 – Droit à la vie privée et sphère d'intimité

**167.** Le terme de « vie privée » réapparu de manière fugace, avec la loi de 1868 et les ordonnances de 1944, ne referra surface dans les textes officiels en France qu'en 1970 dans l'article 9 du Code civil<sup>353</sup> modifié par l'article 22 de la loi du 17 juillet « *tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens* »<sup>354</sup>, vingt ans après l'émergence des textes qui vont consacrer, au niveau international, une acception et une reconnaissance très large du concept de vie privée en lui associant des aspects fondamentaux concernant des aspects immatériels de la vie personnelle.

**168.** Aujourd'hui, en France la doctrine tend à définir de manière quasi unanime la vie privée « *comme la sphère d'intimité de la personne. Elle se définit par opposition à la vie publique. Cette sphère a vocation à rester à l'abri des regards d'autrui. Le droit au respect de la vie*

---

<sup>351</sup> Sté de presse Marcel Dassault c. Bardot CA Paris 27 février 1967

<sup>352</sup> V. *supra* n° 132 et s.

<sup>353</sup> Article 9 du Code civil Créé par Loi 1803-03-08 promulguée le 18 mars 1803, Modifié par Loi 1927-08-10 art. 13, par Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 - art. 22 JORF 19 juillet 1970, et par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 1 JORF 30 juillet 1994 §1 Chacun a droit au respect de sa vie privée. &2 Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.

<sup>354</sup> L'article 22 de la loi n°70-643 du 17 juillet 1970 Pour comparaison, la protection de la vie privée en Allemagne résulte essentiellement de la jurisprudence. Alors que le droit au nom est protégé par l'article 12 du Code civil, la protection du droit à l'image relève du droit d'auteur (loi du 9 janvier 1907 V. *infra* n° 200). Voir aussi la loi relative au droit d'auteur et aux droits connexes de 1965, entrée en vigueur en 1966, dernière modification par la loi du 23 juin 1995

Dès sa version promulguée le 18 août 1896, entrée en vigueur le 1er janvier 1900 (traduit et annoté en 1904 par C. Bufnoir, et al.) , le Code civil allemand dispose dans son article 12 « *si le droit à l'usage d'un nom est contesté à l'ayant droit par une autre personne, ou que l'ayant droit soit lésé dans son intérêt par ce fait qu'un autre se sert indûment du même nom, l'ayant droit peut exiger de l'autre la cessation du fait préjudiciable* »

*privée est protégé au titre des droits de la personnalité*<sup>355</sup>»

**169.** La reconnaissance d'un droit à la vie privée touchant aussi bien aux plus intimes manifestations du for intérieur des individus qu'à leur place et leur rôle dans les communautés familiales, amicales et professionnelles dans lesquelles ils évoluent, a ouvert la voie à une considération et un respect nouveaux de la personnalité individuelle, dans le cadre de la révolution socioculturelle mondiale portée par l'évolution technologique fulgurante qui caractérisa la deuxième moitié du XXe siècle et l'entrée dans le nouveau millénaire.

## *Section 2. Premiers textes internationaux intronisant le droit au respect de la vie privée.*

### § 1. Les textes fondateurs

**170.** Plusieurs textes anciens traitant des droits de l'Homme ont précédé les déclarations modernes. Certains historiens considèrent ainsi que le Cylindre de Cyrus, rédigé en 539 av. J.-C. par Cyrus le Grand de l'Empire achéménide de Perse (ancien Iran) après sa conquête de Babylone, pourrait représenter le premier exemple de charte relative à des droits de l'Homme. Traduit en toutes les langues officielles de l'ONU, le cylindre qui fut découvert par les anglais en 1879 à Babylone et conservé depuis lors au British Museum de Londres, fut prêté à l'Iran entre septembre 2010 et avril 2011, pour être exposé au public. Cependant, la pertinence de ce texte est remise en cause par certains spécialistes. On cite également le Pacte des vertueux (Hilf-al-fudul) conclus entre tribus arabes vers 590 av. J.-C., comme un modèle des premières alliances pour les droits de l'Homme<sup>356</sup>.

Vers le milieu du XIV<sup>ème</sup> siècle, la « Grande Loi qui Lie » les nations américaines du groupe des Iroquois dans une société où tous sont égaux et libres, y compris les femmes<sup>357</sup> constituera une source d'inspiration pour la rédaction de la Déclaration d'indépendance des États-Unis de 1776, et l'écriture de la Constitution américaine de 1787.

---

<sup>355</sup> « Les droits de la personnalité ont [donc] pour fondement la protection de la personne dans ce qui constitue son individualité et qui la rend irréductible à toute autre personne. La personne ainsi envisagée l'est non pas de façon abstraite, mais dans sa singularité. » A. LEPAGE Rép civ/ Personnalité (Droits de la) 2016

<sup>356</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme : histoire de sa rédaction <http://research.un.org/fr/undhr>

<sup>357</sup> A. GRAUER « L'art d'enseignement des Indiens Iroquois : aux sources de la première constitution » (2003) Indigène Éditions ; [http://www.fileane.com/docpartie1/grande\\_loi\\_qui\\_lie.htm](http://www.fileane.com/docpartie1/grande_loi_qui_lie.htm)

En Europe, La philosophie des Droits de l'Homme est née avec le siècle des Lumières<sup>358</sup>.

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 fut elle même inspirée de la Déclaration d'indépendance américaine de 1776<sup>359</sup> et de l'esprit philosophique du XVIIIe siècle. La version définitive fut votée le 26 Août 1789<sup>360</sup> et ratifiée par le roi Louis XVI le 5 octobre sous la pression du peuple et sur les conseils de La Fayette<sup>361</sup>

**171.** Les pressions géopolitiques et commerciales qui n'ont cessé de prendre de l'importance aux cours des dernières décennies, ont nécessité des harmonisations internationales concernant les cadres normatifs qui concernent la reconnaissance et le droit au respect de la vie privée. Les juridictions nationales ont été amenées à considérer les problèmes générés par les nouveaux modes de communications entre nations et sociétés ne partageant pas toujours les mêmes visions de la vie privée, en tenant compte des divers traités, conventions et autres textes d'audience internationale.

## §2. Déclaration universelle des droits de l'Homme

**172.** La Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 <sup>362</sup> est le premier grand texte international reconnaissant à tout individu le droit de jouir en toute tranquillité de différents aspects, matériels ou immatériels, de sa vie privée, en précisant que chacun peut bénéficier d'une protection légale à l'encontre de toute ingérence ou atteinte dirigée contre ces aspects de sa vie privée.

---

<sup>358</sup> J.-J. Rousseau « Le contrat social – Du pacte social » Chapitre VI pp22-23

<sup>359</sup> Pour mémoire, « The Unanimous Declaration of the Thirteen States of America » est le texte par lequel 13 colonies britanniques font sécession et forment les États-Unis d'Amérique (du nord au sud : Massachusetts créé en 1620, New Hampshire créé en 1623, Rhode Island créé en 1636, New York créé en 1664, Connecticut créé en 1635, Pennsylvanie créé en 1681, New Jersey créé en 1664, Delaware créé en 1664, Maryland créé en 1632, Virginie créé en 1607, Caroline du nord créé en 1653, Caroline du sud créé en 1663, Géorgie créé en 1732. L'idée centrale du texte concerne la liberté. Sur les idées des philosophes de l'Ère des Lumières se fondent les libertés individuelles auxquelles sont restés attachés les américains

<sup>360</sup> La Déclaration qui fut adoptée dans son principe le 14 juillet 1789, ne fut définitivement votée qu'après de nombreuses discussions.

<sup>361</sup> [https://www.herodote.net/5\\_octobre\\_1789-evenement-17891005.php](https://www.herodote.net/5_octobre_1789-evenement-17891005.php)

<sup>362</sup> La Déclaration universelle des droits de l'Homme a été adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée Générale des Nations Unies

Bien que de nombreuses thèses et articles aient analysé les racines et la portée de ce texte fédérateur, il nous a semblé utile d'en retracer brièvement ici la genèse.

### *A. Les principaux jalons historiques*

**173.** A la suite des horreurs infligées aux peuples durant la seconde guerre mondiale, la communauté internationale a voulu réagir en élaborant une charte dans laquelle étaient affirmées les valeurs humaines qui avaient été méprisées par le nazisme et le fascisme. C'est dans ce contexte qu'une Commission des droits de l'Homme, fut créée par une résolution du Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies le 16 février 1946<sup>363</sup> et fut mandatée pour proposer un projet de Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

C'est après un long processus<sup>364</sup> qui s'est étendu entre 1946 et 1948, qu'un projet a été élaboré par un Comité de rédaction<sup>365</sup> mis en place conformément à une décision prise au cours de la réunion du noyau dur de la Commission<sup>366</sup>.

Le texte du projet final<sup>367</sup> rédigé par René Cassin fut remis à la Commission des droits de l'Homme à Genève afin que tous les États Membres de l'ONU puissent faire part de leurs observations et le premier projet de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), proposé en septembre 1948 fut présenté à l'assemblée générale réunie à Paris, qui l'adopta par

---

<sup>363</sup> La Commission des droits de l'Homme était constituée par des représentants de 18 États membres qui ont participé de manière inégale à chacune des trois sessions qui se sont tenues du 27 janvier au 10 février (E/259), du 2 au 17 décembre (E/600), et du 24 mai au 18 juin 1947 (E/800) à Lake Success (New York). La résolution E/27 du Conseil Économique et Social du 22 février 1946 prévoyait aussi la création d'une sous-commission de la condition de la femme

<sup>364</sup> Tous les documents relatifs aux différentes étapes des discussions, ainsi que les résumés des séances et les propositions faites par les États peuvent être consultés sur le site <http://research.un.org/fr/undhr>

<sup>365</sup> En février 1947, un premier groupe constitué par Eleanor Roosevelt (USA, Présidente de la Commission), Peng-Chun Chang (Chine, Vice-Président) et Charles Habib Malik (Liban Rapporteur) a entamé le travail concernant le projet de Déclaration internationale des droits de l'Homme avec l'aide du Secrétariat de l'ONU. John Peters Humphrey (Canada), Directeur de la Division des droits de l'Homme du Secrétariat fut chargé de rédiger le projet préliminaire. A la demande de E. Roosevelt, le Comité de rédaction a été élargi le 27 mars à 9 membres, avec la venue des représentants de l'Australie (William Hodgson), du Chili (Hernan Santa Cruz), de la France (René Cassin), du Royaume Uni (Charles Dukes), de l'Union Soviétique (Alexander E. Bogomolov)

<sup>366</sup> Le noyau dur dénommé « Commission nucléaire » s'est réuni pour la première fois à Hunter College (New York) entre le 29 avril et le 20 mai 1946 pour examiner son mandat et la composition définitive de la commission qui comprenait neuf membres (Paal Berg-Norvège, Dusa Brkish -Yougoslavie, Alexander Borisov-URSS, Fernand Dehousse-Belgique, Victor Raul Haya de la Torre-Pérou, CL Hsia-Chine, Eleanor Franklin D. Roosevelt-États-Unis, René Cassin-France et K. C. Neogi-Inde. M. Borisov qui a remplacé Nikolai Kraukov à partir du 13 mai, n'a pas voulu reconnaître certaines décisions de la commission (ses opinions dissidentes sont consignées dans le rapport)

<sup>367</sup> Connu sous le nom de « projet de déclaration de Genève »



58 voix<sup>368</sup> le 10 décembre 1948. Aucun État ne s'est prononcé contre la déclaration mais 8 se sont tout de même abstenus.

Parmi ces pays n'ayant pas pris part au vote, on trouve l'Arabie saoudite qui contesta et ne reconnaît d'ailleurs toujours pas l'égalité entre les hommes et les femmes<sup>369</sup>, l'Afrique du sud qui refusa l'affirmation au droit à l'égalité sans distinction de naissance ou de race, l'Union soviétique, la Pologne, la Yougoslavie, la Tchécoslovaquie, pour un différend concernant la définition du principe fondamental d'universalité qui est énoncé au premier alinéa de l'article 2, le Honduras et le Yémen.

**174.** La Déclaration Universelle des droits de l'Homme fut présentée comme « *l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations* »<sup>370</sup>. Inspiré directement de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, signée en 1789 après la révolution française, le texte voté par les Nations unies reste, comme son nom l'indique, un document déclaratif sans valeur juridique, puisqu'il ne revêt aucun caractère d'obligation pour les pays qui l'ont adopté. Les nobles déclarations qu'elle contient furent d'ailleurs vivement critiqués par Jeane Kirkpatrick<sup>371</sup> qui en reprenant une expression de Orwin et Prangle<sup>372</sup>, compara la DUDH à une « *lettre écrite au Père Noël* »<sup>373</sup>.

## *B. Quelques commentaires linguistiques*

**175.** Trois des 17 articles qui constituent la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen sont très souvent cités : L'article 1 dispose « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* », l'article 2 définit comme droits naturels et imprescriptibles de l'homme « *la liberté, la propriété, la*

<sup>368</sup> Résolution 217 A (III) adoptée par 58 États dont 51 fondateurs de l'Organisation (voir voir <http://www.un.org/fr/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html>)

<sup>369</sup> La condition féminine en Arabie Saoudite. Members' Research Service · (2013) European Parliamentary research Service Blog <https://epthinktank.eu/2013/10/26/la-condition-feminine-en-arabie-saoudite/>; C. Höfchen "La femme est considérée légalement comme une mineure en Arabie saoudite"(2015) <http://info.arte.tv/fr/arabie-saoudite-les-femmes-vont-enfin-pouvoir-voter>

<sup>370</sup> Dernier paragraphe du préambule

<sup>371</sup> Représentante permanente des États-Unis auprès des Nations unies de 1981 à 1985

<sup>372</sup> C. ORWIN et T. PRANGLE The Philosophical foundation of human rights, in Plattner Marc F. (Ed) Human rights in our time : Essays in memory of Victor Baras, Boulder et al. Westview Pres 1984 pp1-22

<sup>373</sup> J. KIRKPATRICK « Establishing a Viable Human Rights Policy » *World Affairs* (1981) Vol. 143 Issue 4, p323

*sûreté, et la résistance à l'oppression* » et l'article 9 qui dispose « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* »

Qualifié d'admirable chef-d'œuvre de la langue française et d'ouvrage de droit exemplaire<sup>374</sup>, la Déclaration a la qualité d'être universelle, en ce qu'elle ne se cantonne ni à un système politique particulier ni à un contexte religieux particulier et intemporelle en étant applicable à toutes les époques.

On retrouve d'ailleurs les mêmes idées dans la DUDH aux article 1 « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits...* », article 3 « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* » et article 11 « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées* »

**176.** Dans sa version en langue anglaise, l'article 12 de la Déclaration dispose « *No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks* » alors que le même article de la version française dispose « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* »

**177.** On remarquera tout d'abord que la traduction de « *arbitrary interference* » par « *immixtions arbitraires* » modifie quelque peu la signification de la phrase dans la mesure où l'immixtion peut être consentie ou subie<sup>375</sup>, alors que le type d'interférence auquel fait allusion le texte original est plutôt comparable à une intrusion où une ingérence, arbitraire subie par l'individu.

---

<sup>374</sup> Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen [https://www.herodote.net/26\\_aout\\_1789-evenement-17890826.php](https://www.herodote.net/26_aout_1789-evenement-17890826.php)

<sup>375</sup> C. DEROCHE Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi de M. C. BECHU. Sénat, Session ordinaire de 2012-2013 N°430 ; S. Robinne « Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit privé ». Presses universitaires de Perpignan (2003)

De même le terme « *privacy* » utilisé dans le texte anglais fait habituellement référence à toute une panoplie de facettes de la vie privée, telle que l'entend le terme américain et qui est bien plus large que le terme de « *vie privée* » français.

Au titre des traductions ambiguës, on notera également l'utilisation du terme « *domicile* » pour le terme de « *home* » qui dans le cadre de violation de la vie privée correspond plutôt au foyer, ou à l'intimité qu'au lieu d'habitation, même si le législateur anglais a également voulu faire référence à la violation du domicile dans le sens de l'intimité du cadre familial <sup>376</sup>.

L'ambiguïté qui résulte des problèmes de traduction aurait pu être estompée si le texte de la Déclaration avait fourni des indications plus précises sur les contours de la vie privée qu'il couvrait, plutôt que de se limiter à des exemples touchant à la famille, au foyer, à la correspondance, à l'honneur et à la réputation.

Quid des aspects immatériels, affectifs, sentimentaux, et autres aspects psychologiques ?

### *C. Les faiblesses du texte*

**178.** Bien que la Déclaration universelle des droits de l'homme ait représenté une étape historique incontestable dans la reconnaissance d'un droit à la vie privée inviolable, elle laissait encore la place à quelques autres imprécisions pouvant affecter une application universelle et introduire une complexité supplémentaire lors des interprétations des concepts par les juridictions des différents pays signataires de la Déclaration.

Par exemple l'article 12 ne précisait pas la notion d'« arbitraire » qualifiant l'intrusion. Ce point revêt toute son importance quant l'auteur de l'intrusion souhaite se retrancher derrière une justification plus ou moins fallacieuse.

---

<sup>376</sup> Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement. Art 102 du Code civil (2016). Juridiquement, le foyer fiscal est constitué par « *Ensemble de personnes dont les ressources font l'objet d'une seule déclaration de revenus (exemple : époux, épouse et enfants à charge) Code général des impôts : articles 4A à 8 quinquies: article 6* ». En sociologie, « *le foyer est une unité composée d'un groupe de personnes vivant dans un même lieu. Le foyer est le logement d'une famille, d'un ménage ou de plusieurs personnes* ». Selon le CNRTL, « *le Foyer désigne souvent simultanément le lieu où vit la famille et la famille elle-même* »

Les auteurs de la Déclaration ont préféré définir les situations pour lesquelles les immixtions dans la vie privée peuvent être justifiées<sup>377</sup>.

Ainsi, l'article 29<sup>378</sup> dispose « §1 *L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible.* §2. *Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.* §3 *Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies* »

**179.** On est ici confronté aux questions que posent les définitions du respect des droits et des libertés d'autrui, des exigences de la morale, du bien-être général de la société et du respect de l'ordre public dont on sait qu'elles peuvent être soumises à une grande latitude d'un État à l'autre.

Ces questions seront omniprésentes dans tous les autres textes internationaux qui ont été signés après la Déclaration de 1948.

L'harmonisation des positions étatiques en ce qui concerne ces questions était et reste encore un pilier indispensable à une reconnaissance de la vie privée équivalente dans les pays signataires car la Déclaration ne fournissait aucune obligation légale et aucune structure vers laquelle il serait possible de se retourner pour déclencher une action permettant d'intervenir en cas de non respect des termes de la Déclaration.

Malgré ces faiblesses, il est rassurant de constater que les pays signataires de la Déclaration universelle des droits de l'homme, se sont efforcés de faire en sorte que leurs lois soient en accord avec les termes de la Déclaration.

---

<sup>377</sup> C'est une stratégie que nous retrouverons dans les textes des règlements et directives relatives à la protection des données personnelles

<sup>378</sup> al.1 « *Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible* » al.2 « *In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements* » al.3 « *These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations* »

### §3. Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

#### A. Sur le contenu de la Convention

**180.** La grande place laissée à l'interprétation des articles contenus dans la Déclaration et l'absence de cadre légal liant les nations signataires, s'est révélée insatisfaisante car elle n'assurait pas une reconnaissance homogène des droits énoncés dans le texte de la déclaration. Les membres du Conseil de l'Europe<sup>379</sup>, réaffirmant « *leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde* » et leur « *conception commune et un commun respect des droits de l'Homme* », se sont « *résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle* ». Cette résolution a été actée par la signature, le 4 novembre 1950 à Rome, de la « Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales » plus communément connue sous le nom de « Convention européenne des droits de l'homme » (Conv.EDH)<sup>380</sup> dont l'objet premier est la protection des individus contre les États contractants qui violeraient ces droits<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> Le Conseil de l'Europe a été fondé par le traité de Londres qui fut signé le 5 mai 1949 par la Belgique, Le Danemark, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède et le Royaume Uni

<sup>380</sup> Bien qu'étant un des États fondateurs du Conseil de l'Europe, ce n'est que très tardivement, le 3 mai 1974, que la France a ratifié la Convention, alors que A. Poher assurait pour la seconde fois l'intérim de la présidence de la république, à la mort de George Pompidou

<sup>381</sup> Deux textes fondamentaux concernant les droits de l'homme et la reconnaissance de leur vie privée méritent notre attention mais ne seront pas développés dans ce mémoire. 1) La Proclamation de Téhéran. Final Act of the International Conference on Human Rights et Résolution 2450 des Nations Unies (adopté le 13 mai 1968) pour marquer le 20e anniversaire de la DUDH

Le projet d'une « Conférence internationale sur les droits de l'Homme », avait été adopté par la résolution 2081 du 20 décembre 1965 de l'Assemblée générale des Nations Unies pour promouvoir les principes énoncés dans la DUDH visant à favoriser le développement et la garantie des droits politiques, civils, économiques sociaux et culturels, mettre fin à toute discrimination et au déni des droits de l'Homme pour des motifs touchant à la race, au sexe, ou à la langue et en particulier mettre fin à l'apartheid « *promote further the principles contained in the Universal Declaration of Human Rights, to develop and guarantee political, civil, economic, social and cultural rights and to end all discrimination and denial of human rights and fundamental freedoms on grounds of race, colour, sex, language or religion, and in particular, to permit the elimination of the apartheid* »

Les nombreuses avancées proposées par la déclaration de Téhéran n'ont malheureusement pas été suivies par les instances de l'ONU, sauf en ce qui concerne la résolution 33/165 de 1978 concernant l'apartheid

Cette conférence fut suivie, par celle du 14 au 25 juin 1993 à Vienne en Autriche et qui donna lieu à la « Déclaration et Programme d'action de Vienne »

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/34/PDF/G9314234.pdf?OpenElement>).

**181.** Les différentes sections de la Convention couvrent les droits « cardinaux » (art. 2, 3, 4, 5), les droits procéduraux en matière civile et pénale (art. 6, 7, 13), les droits civil et politiques (art 8, 9, 10, 11, 14) et la force obligatoire et l'exécution des arrêts (art. 46).

Le but de la Convention n'est pas d'imposer une réglementation uniforme, contrairement au droit de l'union européenne, mais de suppléer, le cas échéant, la défaillance d'un droit national assuré par un État dont les mesures protectrices ne seraient pas appropriées. Dans cet esprit, les juridictions nationales restent responsables, en tout premier lieu, de la protection des droits de l'Homme, et se doivent d'en assurer le respect. C'est seulement dans le cas où un individu estime avoir subi une atteinte a des droits relevant de la Convention, qu'il peut l'invoquer devant les juridictions nationales dont il dépend et qui doivent alors décider si elles souhaitent donner satisfaction à la demande. Dans le cas contraire, les voies nationales étant épuisées, l'individu peut alors s'adresser aux juridictions mise en place par la Conv.EDH.

**182.** L'article 8 de la Convention est le plus important, en ce qui concerne la protection de la vie privée car c'est lui qui en définit les cadre et limites.

Une fois encore, nous sommes interpelés par les problèmes linguistiques que nous avons déjà mentionnés dans notre étude.

---

Cette conférence a élargi les droits des femmes et des peuples minoritaires et indigènes. Par contre elle a marqué la fracture qui existe entre les nations qui souhaitaient une application universelle des principes des droits de l'Homme et celles, telles la Chine avec plusieurs autres pays asiatiques et l'Iran avec la Syrie, qui considéraient qu'une universalité des droits de l'Homme tels qu'énoncés dans les textes, constituaient une ingérence dans leur souveraineté et souhaitaient une interprétation différente pour les pays de culture non-occidentale. La motion proposée par ces pays avait d'ailleurs été vivement rejetée par les États-Unis (voir E. SCIOLINO « U.S. Rejects Notion That Human Rights Vary With Culture » (1993) The New York Times June 15)

2) L' « American convention on human rights (Article 11. Right to Privacy) adopté le 22 novembre 1969 à San José Costa Rica est un autre texte important pour le respect de la vie privée et des droits de l'Homme. L'article 11 intitulé Right to Privacy dispose « 1. *Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized.* 2. *No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation.* 3. *Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks* »

([http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm))

Dans le texte traduit en français, l'article 11 est intitulé « *Protection de l'honneur et de la dignité de la personne* » 1. *Toute personne a droit au respect de son honneur et à la reconnaissance de sa dignité* 2. *Nul ne peut être l'objet d'ingérences arbitraires ou abusives dans sa vie privée, dans la vie de sa famille, dans son domicile ou sa correspondance, ni d'attaques illégales à son honneur et à sa réputation* ». 3 *Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles ingérences ou de telles attaques*

Ainsi, la version de l'article 8 écrite en anglais dispose :

« *Right to respect for private and family life* 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others » , alors que la version française<sup>382</sup> utilise à nouveau le terme « *domicile* » pour « *home* », ce qui, à notre sens, efface la notion de foyer, au profit de celle de lieu d'habitation.

Un peu plus loin, la traduction de « *prevention of disorder* » nous semble également dénaturer le sens original du deuxième alinéa, dans la mesure où « *empêcher le désordre* » implique certaines actions spécifiques qui ne sont pas nécessairement comparables à la « *défense de l'ordre* ».

Enfin, traduire par « *la morale* » une terminologie originale exprimant la défense « *des morales* », employée de manière non restrictive et visant toute forme de morale<sup>383</sup>, nous semble également être une source potentielle de confusions et de conflits d'interprétation des textes.

**183.** On voit que la terminologie utilisée a évolué et que le concept de protection de la « *privacy* » auquel se référait l'article 12 de la DUDH, est maintenant remplacé par ceux de vie privée et de vie familiale<sup>384</sup>. Le texte de la convention ne mentionne plus les atteintes à l'honneur mais a conservé « *la protection de la réputation* » dans une phrase de l'article 10<sup>385</sup>

---

<sup>382</sup> Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.  
2. « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

<sup>383</sup> En anglais, le terme « *morals* » est défini comme « *principles or habits with respect to right or wrong conduct* » Il concerne des règles de conduite, des principes ou des habitudes faisant référence au bien et au mal .

<sup>384</sup> A nouveau, il est important de remarquer que les textes écrits en français, ne permettent pas de mettre en exergue la modification terminologique apportée puisque « *vie privée* » est utilisée dans les deux cas, alors que les versions écrites en anglais passent de « *privacy* » dans la DUDH à « *private life* » dans la Conv.EDH, les deux termes ayant, comme nous l'avons déjà évoqué, des différents contours.

<sup>385</sup> « §2 *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de*

qui aborde, avec quelques subtiles différences, les exemptions qui étaient définies dans l'article 29 de la DUDH<sup>386</sup> et auxquelles peut être soumise la liberté d'expression.

**184.** Différents aspects concernant le champ d'application de l'article 8 de la Convention ainsi que les concepts de vie privée, vie familiale et correspondance dont le droit est garanti par cet article ont été présentés dans deux ouvrages dans la série des précis sur les droits de l'Homme du Conseil de l'Europe<sup>387</sup>. Le premier guide<sup>388</sup> s'adresse à un public général et le second<sup>389</sup> se propose de fournir aux juristes un outil permettant une meilleure compréhension de la Convention et de la jurisprudence de la Cour dont le champ d'application a été largement étendu au cours de la dernière décennie.

## *B. Instauration et attributions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)*

### *1. Mise en place de la CEDH*

**185.** Pour pallier le besoin d'un cadre juridique contraignant qui consolide et garantisse l'application des droits reconnus dans la Convention, l'article 19 de la Convention, avait institué, en plus de la Commission européenne des droits de l'Homme<sup>390</sup>, une Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) ayant pour charge de veiller au respect des engagements pris par les Parties contractantes à la Convention.

---

*l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui... »*

<sup>386</sup> « §1 L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible. al. 2 Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique »

<sup>387</sup> Précis droits de l'Homme. <http://www.coe.int/fr/web/human-rights-rule-of-law/human-rights-handbooks>

<sup>388</sup> U. KILKELLY « Le droit au respect de la vie privée et familiale Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. » Précis sur les droits de l'Homme (2003) n° 1. Conseil de l'Europe. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff5a>

<sup>389</sup> I. ROAGNA « La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme » Précis droits de l'Homme (2012) Conseil de l'Europe

<sup>390</sup> La Commission européenne des droits de l'Homme, créée par le conseil de l'Europe en 1954, avait pour charge de recevoir les requêtes d'individus, organisations ou États désireux de porter plainte pour atteinte aux droits que lui garantissait la Conv.EDH. Dans le cas où aucune solution à l'amiable pouvait être établie, la plainte était transmise à la Cour Européenne des droits de l'Homme



Les États signataires ont décidé de remplacer la Commission et la Cour Européennes des Droits de l'Homme par une Cour permanente<sup>391</sup> devant laquelle tout individu peut soumettre directement sa requête<sup>392</sup>. La décision de fondre les deux instances en une seule Cour avait été inspirée en particulier par le fait que la Commission qui jouait le rôle de premier filtre dans le traitement des requêtes fut rapidement submergée par l'accroissement des contentieux à traiter qui s'est accentué avec l'adhésion de nouveaux États à partir de 1990. L'engorgement qui en résulta appelait la mise en place d'autant plus urgente d'une réforme de l'organisation juridictionnelle que la durée des procédures atteignait 5 ans alors même que l'article 6 de la Convention dispose à son premier alinéa « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial* ». L'augmentation du nombre des décisions rendues par la CEDH après 1998 améliora la situation, mais le nombre de cas « pendants » restait considérable.

Le retard dans le traitement des affaires ne fut réduit qu'à partir de 2012, comme le montrent les statistiques publiées par la CEDH<sup>393</sup>,

## 2. Les compétences et la légitimité contestée des décisions de la CEDH

**186.** Bien que le processus ait été, dans son ensemble, assez bien accepté par la France<sup>394</sup>, la « *mise en conformité* » avec la Convention a pu dans certains cas prendre beaucoup de temps<sup>395</sup>.

La manière avec laquelle les décisions de la CEDH peuvent influencer sur le droit interne est bien

---

<sup>391</sup> Cour Européenne des Droits de l'homme (CEDH). Les autres modifications apportées au texte de la Convention par le 11e Protocole concernaient également le Comité des Ministres qui restait cependant responsable de la surveillance de l'exécution des arrêts rendus par la Cour

<sup>392</sup> Avant 1998, un État signataire de la Convention, pouvait cependant ne pas reconnaître à ses ressortissants le droit d'exercer un recours individuel auprès de la Commission européenne des droits de l'Homme, étant donné que la Convention ne prévoyait que de manière facultative un tel recours. Ce n'est d'ailleurs qu'à partir de 1981 que les résidents français ont pu saisir la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

<sup>393</sup>[http://www.echr.coe.int/sites/search\\_eng/pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22\%22analyse%20statistique s\%22%22\],%22sort%22:\[%22createdAsDate%20Descending%22\],%22contentlanguage%22:\[%22fr%22\]}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22\%22analyse%20statistique s\%22%22],%22sort%22:[%22createdAsDate%20Descending%22],%22contentlanguage%22:[%22fr%22]})

<sup>394</sup> MARGUENAUD J.-P. « La Cour Européenne des Droits de l'Homme face à la surenchère européenne des juridictions judiciaires françaises » (2000) *RTD civ* p934 ; DAUDET H. « A propos de l'obligation faite aux États de se conformer aux décisions et arrêts de la Cour Européenne » (2007) Blogs pédagogiques de l'université Paris ouest. <http://blogs.u-paris10.fr/content/propos-de-lobligation-faite-aux-etats-de-se-conformer-aux-d%C3%A9cisions-et-arr%C3%AAts-de-la-cour-eur>

<sup>395</sup> On retiendra à ce sujet qu'avec 282 arrêts rendus par la CEDH entre 1959 et 2015, concernant la durée de procédure (art. 6 Conv.EDH) la France arrive au troisième rang des « mauvais élèves » après l'Italie (1189) et la Géorgie (495)

illustrée par les affaires d'écoutes téléphoniques *Huvig c. France* et *Kruslin c. France*<sup>396</sup> dans lesquelles les dysfonctionnements relevés par la Cour ont été suivis de mesures correctives votées par le gouvernement français qui clarifiaient les modalités d'action et les pouvoirs du juge d'instruction dans ce domaine afin d'éviter toute source de nullité .

**187.** Si ces exemples montrent bien comment des arrêts de la CEDH peuvent invoquer des modifications du droit interne d'un État partie, il ne faut tout de même pas ignorer que plusieurs voix se sont élevées au cours des dernières années pour remettre en cause la légitimité des décisions prises par la CEDH. Parmi elles, celle d'une frange « eurosceptique » de l'Angleterre fut prépondérante, au motif que les anglais, géniteurs de la loi d'Habeas Corpus de 1679<sup>397</sup>, de la Révolution Glorieuse de 1688, et de Déclaration des Droits en 1689, estiment n'avoir de leçon à recevoir de personne en ce qui concerne les libertés individuelles et que la CEDH doit respecter la souveraineté des États pour ce qui concerne les questions de société.

### *C. La CEDH et la protection de la vie privée individuelle et familiale*

**188.** Entre 1959 et 2015, la CEDH a rendu 1146 arrêts concernant des violations aux dispositions de l'article 8 concernant le respect de la vie privée et familiale, ce qui représente 6% des 18 577 arrêts rendus par la Cour durant la même période.<sup>398</sup>

Ce nombre, tout de même important, d'arrêts concerne une multiplicité d'aspects de la vie privée qui traduit la position adoptée à la fin du XXe siècle par la Cour et qui n'est pas sans rappeler celle que nous avons évoquée lors de l'étude concernant l'évolution de la notion de « privacy » aux États-Unis<sup>399</sup> .

---

<sup>396</sup> *Huvig c. France* CEDH 24 avril 1990, n°11105/84 ; *Kruslin c. France* CEDH 24 avril 1990 ; n° 11801/85

<sup>397</sup> « Loi votée au XVIIe siècle par le Parlement anglais et garantissant la liberté individuelle, qui évite l'arbitraire de la détention par une justification judiciaire de celle-ci en donnant le droit au détenu de comparaître immédiatement » <http://www.cnrtl.fr/definition/habeas%20corpus>

<sup>398</sup> En comparaison, pour la même période, les deux plus fréquents types d'arrêts de violation ont été rendus à 41% pour des violations de droits procéduraux en matière pénale et civile (art. 6), et à 12,43% pour des violations de droit à la liberté et à la sûreté (art. 5). Voir les statistiques officielles publiées sur [http://www.echr.coe.int/Documents/Overview\\_19592015\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592015_FRA.pdf) et [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2015\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2015_FRA.pdf). Les arrêts concernant la vie privée et familiale arrivent en 7e position dans le classement des arrêts de violation rendus par la Cour

<sup>399</sup> V. *supra* n° 118 et s.

**189.** Dans ses arrêts concernant des affaires relatives aux droits de l'Homme, la CEDH a une approche qui prend en considération la finalité des actes.

L'interprétation des textes de la Convention qui est toujours dynamique (elle est effectuée à la lumière du jour où le cas est étudié) ne doit pas être théorique et illusoire, mais pragmatique et effective<sup>400</sup>. L'interprétation par la Cour doit être uniforme et doit donc permettre un certain degré d'autonomie qui est compatible avec les lois internes des États contractants.

Afin d'être en phase avec les évolutions sociétales, la CEDH a choisi d'attribuer au concept de vie privée une acception large et évolutive dont la souplesse est aussi inhérente au fait que les droits conférés aux citoyens européens par la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas absolus. En effet, l'article 8 de la convention qui traite du droit au respect de la vie privée et de la vie familiale laisse la place à des exceptions qui doivent en tout état de cause respecter à la fois les intérêts de l'individu et ceux de la société dans laquelle il évolue.

#### *D. Impacts des décisions de la CEDH sur la législation française*

**190.** En 1990, la France fut condamnée dans les affaires Huvig et Kruslin<sup>401</sup> concernant des problèmes d'écoutes téléphoniques, au motif que le droit français ne fournissait pas une sécurité juridique suffisante dans le domaine.

A cette époque, l'article 81 du Code de procédure pénale donnait au juge d'instruction la possibilité de faire procéder à des écoutes téléphoniques<sup>402</sup>, sous réserve qu'elles ne fassent intervenir ni artifice ni stratagème et qu'elles ne violent pas le secret défense. « *A une époque où la correspondance écrite tombait en désuétude au profit de la conversation téléphonique plus simple et plus rapide, les modalités de saisie d'objets utiles à la manifestation de la vérité devaient être modernisées, sous réserve des droits de la défense* »<sup>403</sup>. Pour la Cour de cassation la similitude reconnue entre l'écrit et la parole échangés entre deux personnes justifiait les

---

<sup>400</sup> Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus-Human Rights Education for Legal Professionals <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law>

<sup>401</sup> V. *supra* n° 186

<sup>402</sup> L'article 81 du Code de procédure pénale modifié par Loi n°89-461 du 6 juillet 1989 - art. 1 JORF 8 juillet 1989 en vigueur le 1er décembre 1989 dispose en particulier dans le §1: « *Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité.* »

<sup>403</sup> P. NAUT et J.-Y. CHEVALLIER. Procédure pénale. In : *Revue juridique de l'Ouest* (1994) 3. pp. 407-410

écoutes permises au titre de l'article 81<sup>404</sup>.

**191.** L'affaire Huvig commence par une plainte déposée le 20 décembre 1973 par le directeur des services fiscaux de la Haute-Marne, contre le requérant et son épouse pour fraude fiscale non-passation d'écritures et écritures inexactes. Pendant l'instruction, des perquisitions eurent lieu au domicile et dans l'entreprise de M. et Mme Huvig et une écoute de toutes leurs communications commerciales et privées fut ordonnée par commission rogatoire du juge d'instruction. Placé en détention provisoire, M. Huvig recouvra la liberté en juin 1974.

Condamnés par le tribunal de Grande Instance de Chaumont dont l'arrêt fut confirmé et aggravé par la Cour d'Appel de Dijon<sup>405</sup>, les requérants déposèrent un recours que la chambre criminelle de la Cour de cassation rejeta.

La Commission Européenne fut saisie par le couple Huvig le 9 août 1982 pour « *manquement aux exigences de l'article 8 de la Convention* », ce qui fut unanimement reconnu dans l'arrêt délivré par la Cour le 24 avril 1990.

**192.** Dans l'affaire Kruslin <sup>406</sup>, le téléphone d'un suspect, M. Terrieux, fut placé sous écoute<sup>407</sup>. L'analyse des enregistrements révéla une conversation avec Kruslin au sujet d'une autre affaire de meurtre perpétré à Toulouse et Kruslin fut appréhendé chez Terrieux.

Le requérant demanda la destruction des enregistrements au motif qu'ils se rapportaient à une procédure qui ne le concernait pas, mais il fut envoyé avec quatre autres individus devant la Cour d'Assises de Haute Garonne pour y répondre de complicité d'homicide volontaire et vol qualifié.

La Commission fut saisie le 16 octobre 1985 par M. Kruslin au motif que l'écoute et

---

<sup>404</sup> Cass. crim. 26 juin 1979, 79-90.314, B. n°227; Cass. crim. 9 octobre 1980, 80-93.140, B. n° 255 ; Cass. crim. 23 juillet 1985, 85-92.574, B.275

<sup>405</sup> Les requérants avaient soulevé devant le TGI de Chaumont plusieurs exceptions de nullité dont l'une avait trait aux écoutes téléphoniques opérées. Le Tribunal rejeta cette dernière au motifs que « *cette mesure d'investigation, même si elle doit rester exceptionnelle, rentre dans les pouvoirs du juge d'instruction dans le cadre de ses recherches au cours d'une information; Qu'il n'est justifié d'aucune atteinte aux droits de la défense, d'autant plus qu'en l'espèce le résultat a été inexploitable et n'a nullement servi de base à la poursuite* ». La Cour d'Appel de Dijon confirma le jugement attaqué en augmentant à 24 mois dont deux avec sursis la peine de 8 mois dont deux avec sursis infligée à M. Huvig et à 6 mois avec sursis la peine de 2 mois avec sursis infligée à son épouse.

<sup>406</sup> Kruslin c. France Cour (Chambre) 1990 Requête 11801/85.

<sup>407</sup> Sur commission rogatoire du juge d'instruction de Saint-Gaudens (Haute-Garonne), qui fut saisi de l'affaire de l'assassinat d'un banquier dans la nuit du 7 au 8 juin 1982

l'enregistrement de sa communication téléphonique du 17 juin 1982 avaient enfreint l'article 8 de la Convention<sup>408</sup>.

La Cour arrêta à l'unanimité qu'il y avait effectivement eu violation de l'article 8.

**193.** Dans les arrêts Huvig et Kruslin qui furent rendus le même jour, la Cour constituée d'une chambre composées des mêmes huit juges, a sévèrement critiqué le droit français<sup>409</sup> en déclarant que « *Aucun texte de valeur législative n'habilite en termes exprès les juges d'instruction à opérer ou ordonner des écoutes téléphoniques, non plus du reste qu'à pratiquer ou prescrire diverses mesures d'usage pourtant fréquent, par exemple des prises de photographies ou d'empreintes, des filatures, des surveillances, des réquisitions, des confrontations de témoins et des reconstitutions. En revanche, le Code de procédure pénale leur attribue explicitement compétence pour en adopter plusieurs autres qu'il régit en détail, telles les mises en détention provisoires, les saisies et les perquisitions* »

**194.** Peu de temps après l'arrêt rendu par la CEDH, la Cour de cassation précisa dans un arrêt du 15 mai 1990<sup>410</sup>, les conditions dans lesquelles les écoutes téléphoniques étaient permises et qui se résument à des affaires ayant trait à des crimes ou délits portant atteinte à l'ordre public. Un an plus tard, la loi du 10 juillet 1991 ajouta au Code de procédure pénale une série de 8 articles (100 à 100-7) qui précisent les conditions « *d'interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications* ». L'article 100 dispose en particulier que « *En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son*

---

<sup>408</sup> L'enregistrement de l'entretien téléphonique du 17 juin 1982 avait constitué un élément déterminant dans les poursuites intentées contre Huvig, puisqu'elles l'ont conduit devant la Cour d'Assises qui l'acquitta du chef de meurtre, mais le condamna à quinze ans de réclusion criminelle pour vol à main armée et tentative de vol à main armée. La Cour remarqua que M. Kruslin paraissait ne pas avoir cessé de protester de son innocence

<sup>409</sup> Dans l'affaire Huvig « *En résumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré* »<sup>409</sup> et dans l'affaire Kruslin « §15. Le droit pénal français consacre le principe de la liberté de la preuve : "hormis les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve (...)" (article 427 du Code de procédure pénale). »

<sup>410</sup> Cass. crim. 15 mai 1990, n° 90-80827. B N 193

*contrôle* »<sup>411</sup>.

**195.** Plus récemment, la CEDH a dû examiner si les allégations d'un requérant britannique (R.E.)<sup>412</sup> se plaignant d'enregistrement d'entretiens qu'il avait eus dans un poste de police avec son avocat, étaient recevables au titre d'interception des communications protégées par l'article 8 de la Convention<sup>413</sup>.

Cette affaire est intéressante car elle pose un problème sur lequel nous reviendrons ultérieurement et qui concerne les conditions du stockage et de l'utilisation de données enregistrées.

La Cour a rejeté l'argument du gouvernement britannique qui prétendait que le niveau de garanties liées à ce cas devait être moins strict car il « *concernait une surveillance secrète et non l'interception de communications* ».

De même, la Cour n'a pas considéré que la présente affaire était comparable à *Uzum c. Allemagne*, dans laquelle il avait été admis qu'une surveillance de déplacements par GPS pouvait être reconnue comme une ingérence moindre dans la vie privée que l'interception de communications téléphoniques.

La Cour a conclu qu'il y avait bien eu ingérence selon les termes de l'article 8§2 tout en

---

<sup>411</sup> L'article 1 de la Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 dispose « §1 *Le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques est garanti par la loi. §2 Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci.* ». Relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, la loi fixe les conditions d'interception des communications ordonnées par l'autorité judiciaire qui sont codifiées aux articles 100 à 100-7 du Code de procédure pénale, articles L241-1 à L241-4 du Code de la sécurité intérieure. La composition et le fonctionnement de la Commission Nationale de Contrôle sont fixés par les articles L243-1 à L243-7 du Code de la sécurité intérieure. Dans un arrêt rendu le 18 janvier 2006 (Cass. crim. N°05-86.447, la Cour de cassation a réaffirmé la nécessité de respecter le secret professionnel de l'avocat en ce qui concerne entre autres l'interception de communications téléphoniques avec ses clients (P. DOURNEAU-JOSETTE « La confidentialité des communications entre l'avocat et son client : un nécessaire état des lieux » (2006 *AJ Pénal*, p254-257). La procédure est réputée permise quand les faits concernés sont susceptibles de qualification pénale, comme il a été rappelé récemment lorsque la Cour de cassation a validé les écoutes téléphoniques de N. Sarkozy avec son avocat Me T. Herzog, alors qu'elle annulait les écoutes de Me T. Herzog avec G. Azibert, magistrat à la Cour de cassation, au motif qu'elles ne révélaient pas une implication de l'avocat dans une infraction pénale (Cass. Crim., N° 15-83205 22 mars 2016)

<sup>412</sup> R.E. c. Royaume-Uni CEDH 27 octobre 2015 n° 62498/11

<sup>413</sup> Jurisprudence de la CEDH en la matière : *Valenzuela Contreras c. Espagne*, 30 juillet 1998, *Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), CEDH 29 juin 2006, n° 54934/00 ; *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, CEDH 1er juillet 2008 n° 58243/00, § 59 ; *Bykov c. Russie* CEDH [GC], 10 mars 2009, n° 4378/02 ; *Iordachi et autres c. Moldova*, CEDH 10 février 2009, n° 25198/02, § 37 ; *Rotaru c. Roumanie*, CEDH [GC], 4 mai 2000 n° 28341/95 ; *Kennedy c. Royaume-Uni*, CEDH 18 mai 2010, n° 26839/05, *Uzun c. Allemagne*, CEDH 2 septembre 2010 n° 35623/05, § 66, CEDH, *Michaud c. France*, CEDH n° 12323/11, § 118, 6 décembre 2012

reconnaissant qu'elle ait pu être justifiée pour des questions touchant à l'intérêt public. La surveillance n'ayant pas eu lieu dans un lieu privé, le requérant ne pouvait attendre la protection accordée à des conversations privées qui ont lieu avec un avocat ou un personnel médical.

## Chapitre 2. Les caractéristiques physiques et l'identité personnelle

**196.** Le droit à la protection de la représentation physique d'un individu est un aspect qui a fait couler beaucoup d'encre et généré de nombreux débats, aussi bien en Europe que des années plus tôt aux États-Unis, car il est une source potentielle de conflits avec la liberté d'expression et de la presse<sup>414</sup>.

C'est un droit qui, en France, s'est bâti de manière prétorienne sur une jurisprudence alimentée essentiellement des actions menées par des personnes publiques pour préserver leur vie personnelle intime d'un étalage dans la presse à sensation se nourrissant de l'actualité privée et familiale de personnalités gravitant en particulier dans les mondes du spectacle, des arts et de la politique. Les personnalités publiques ne sont plus les seules aujourd'hui à faire valoir leurs droits au respect et à l'utilisation de leur image.

**197.** Il nous semble important de distinguer dans les droits que toutes les personnes possèdent, ou devraient posséder, sur la diffusion de caractéristiques personnelles les concernant, ceux qui concerne la captation, l'utilisation et la diffusion de ce qu'il est coutume de désigner « *son image* »<sup>415</sup>.

Au-delà de la conception classique et minimaliste des caractéristiques physiques qu'elle

---

<sup>414</sup> Nous nous limiterons ici à quelques aspects essentiels au cadre de notre analyse. Pour une bibliographie plus complète voir les ouvrages et articles cités dans A. Lepage III Bibliographie « Sur le droit à l'image » Droits de la personnalité (2016) p5 (V. *supra* n° 168)

<sup>415</sup> La lexicographie du mot « image » fournie par le CNRTL est très riche. On y relève les notions d'image reflétée telle qu'elle est vue dans un miroir ou toute autre surface réfléchissante, mais aussi, l'image brouillée, floue, ou nette qui est transmise par la photographie ; l'image latente que rend visible le développement du négatif, l'image télévisée originellement constituée de lignes avant que les procédés de numérisation de l'image prévalent. L'image c'est la forme sous laquelle un objet, une chose ou un être apparaît, à un instant donné, dans des circonstances déterminées. Elle peut en être le reflet et la réplique conforme si elle n'est pas modifiée. Mais l'image peut aussi laisser transparaître des aspects particuliers de l'être ou de la chose reproduite. Dans le domaine de la psychologie l'image perçue est interprétée, souvent accompagnée d'une sensation éprouvée. C'est aussi l'image de soi et l'impression globale que l'on donne de soi, avec les représentations mentales qu'elle déclenche.

transmet, l'image traduit aussi des traits comportementaux et des aspects personnels de la vie privée qui, dévoilés et diffusés, peuvent constituer des intrusions très graves dans l'intimité d'autrui.

Cette richesse sémantique est illustrée par l'emploi, dans la jurisprudence française, des locutions « droit à l'image »<sup>416</sup>, « droit sur l'image »<sup>417</sup>, « droit de l'image »<sup>418</sup>... dont l'unité de sens, évocatrice de concepts très différents, a sans aucun doute contribué à la situation que l'on connaît maintenant et dans laquelle certains auteurs souhaitent distinguer le droit au respect de la vie privée du droit à l'image<sup>419</sup>, alors que les arrêts de la Cour de cassation traduisent sa volonté d'en maintenir l'ancrage dans la vie privée, comme il a déjà été relevé <sup>420</sup>.

### *Section 1. L'image, objet de droit*

**198.** Les positions exprimées par la CEDH au sujet du droit à l'image sont intéressantes, car elles ne posent pas directement le problème sous l'angle de la propriété de l'image, telle qu'il s'est imposé avec le développement d'un mercantilisme social généralisé, mais sous l'aspect de la protection de l'apparence individuelle que toute personne est en droit d'exiger.

Ainsi, dans une série de trois arrêts dans lesquelles la Princesse Caroline de Hanovre était requérante<sup>421</sup>, la CEDH a défini clairement les limites juridiques sur lesquelles elle entendait fonder la protection de la vie privée de personnalités publiques qui, de par leur position sociale

---

<sup>416</sup> Cass. Civ.1ère, du 16 juillet 1998, 96-15.610, B 259; Cass. Civ.1ère, 22 octobre 2009, 08-10.557, B 211; Cass. Civ.2ème, du 5 juin 2003, 02-12.853, B 175; Cass. Civ.1ère, 28 janvier 2010, 08-70.248, B 21; Versailles, du 31 janvier 2002, 1999-2761; Cass. Civ.1ère, 11 décembre 2008, 07-19.494, B 282; Cass. Civ.1ère, 1 juillet 2010, 09-15.479, B 151; Versailles; Cass. Civ.1ère, 1 juillet 2010, 09-15.479, B 151; CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 27/04/2011, 314577, Publié au recueil Lebon; Cass. Civ. 1ère, du 27 mars 1990, 88-18.396 B 72; Cass. Civ.1ère, 9 juillet 2009, 07-19.758 B 175, Lyon, du 27 mars 2002, 2001/03197; Versailles, du 5 septembre 2002, 2001-5157; Cass. Civ.2ème, du 10 mars 2004, 02-16.354, B 118; Cass. Civ.1ère, 24 septembre 2009, 08-11.112 B 184; Cass. Civ.2ème, du 6 janvier 1971, 69-12.998, B 6; Cass. Civ.2ème, du 27 avril 1988, 86-13.303, Inédit ; Versailles, du 7 mai 1998, 1995-7109; Cass. Civ.1ère, 9 avril 2015, 14-13.519, Publié au bulletin; Versailles, du 21 juin 2001, 1998-6191

<sup>417</sup> Orléans, 15 février 2007, 06/00988; Ass. plén, du 7 mai 2004, 02-10.450, B 10; Civ.1, 20 février 2001, 98-23.471, B 42. Civ.1, 5 juillet 2005, 02-21.452, B 297; Angers, 6 septembre 2002, 2001/01232

<sup>418</sup> Cass. Civ.1ère, du 15 février 2005, 03-18.302, B 86

<sup>419</sup> Images étant entendu dans le sens de « représentation picturale de la personne », englobant aussi bien les photographies, caricatures, ou tableaux

<sup>420</sup> G. LOISEAU « L'autonomie du droit à l'image » Legicom (1999/4) pp 71-76 ; MALLET-POUJOL N. « Protection de la vie privée et des données personnelles » *Legamedia* Février 2004

<sup>421</sup> von Hannover c. Allemagne CEDH 24 juin 2004, n° 59320/00; von Hannover c. Allemagne (n°2) CEDH (GC) 7 février 2012 n°s 40660/08 et 60641/08; von Hannover c. Allemagne (n°3) CEDH 19 septembre 2013 n° 8772/10



sont amenées à partager certains aspects de leur vie privée lorsqu'ils sont dans l'espace public, par respect de l'intérêt général que peut susciter leur position.

## §1. L'image et la propriété du soi au travers des principes fondamentaux de la CEDH

**199.** Dans la première affaire, jugée en 2004, la Cour décida qu'il y avait bien eu violation de l'article 8 de la Convention en rappelant que la notion de vie privée, incluait le droit à l'image et « *couvrait l'intégrité physique et morale d'une personne* ». Alors que la garantie offerte par cet article « *est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables* »<sup>422</sup>, le gouvernement n'avait pas accordé une protection suffisante au respect de la vie privée de la requérante qui « *aurait dû bénéficier dans les circonstances de la cause d'une « espérance légitime » de protection de sa vie privée* »<sup>423</sup>.

On remarquera ici l'attention particulière que veut porter la Cour aux impacts psychologiques et à l'influence négative que peut avoir la diffusion de clichés dénués d'intérêt public, sur l'équilibre social des requérants.

**200.** La seconde affaire jeta un éclairage sur les limites que la Cour souhaitait retenir dans l'évaluation du rapport du droit d'expression des sociétés de presse et du droit au respect de la vie privée des requérants, ainsi que de la contribution éventuelle des photographies à un débat d'intérêt général.

Dans cette affaire, la Cour fédérale avait considéré qu'il était nécessaire de mettre en balance les droits conférés par les articles 1 et 2 de la loi fondamentale et l'article 10 de la Convention, pour décider « *si la publication contestée relevait ou non du domaine de l'histoire contemporaine, au sens de l'article 23 § 1 no 1 de la loi sur les droits d'auteur* ». On voit réapparaître ici le concept de protection échelonnée qui s'était imposé dans la jurisprudence en réponse aux réserves de

---

<sup>422</sup> §50 en s'appuyant sur les jurisprudences Niemietz c. Allemagne, CEDH 16 décembre 1992 n° 13710/88, et Botta c. Italie, CEDH 24 février 1998 n° 21439/93, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, p. 422, § 32

<sup>423</sup> Cette déclaration n'est pas sans rappeler celle qui figure dans les notes 3 et 4 l'arrêt Félix c. O'Connell (V. *supra* n° 160), ou l'on peut lire « *Quelque grande que soit une artiste, quelque historique que soit un grand homme, ils ont leur vie privée distincte de la vie publique, leur foyer domestique séparé de la scène et du forum* » et l'arrêt Schuyler (V. *supra* n° 83)

principes émises par la Cour dans la première affaire Von Hannover. Selon ce concept l'article 23§1 de la loi sur les droits d'auteur<sup>424</sup> « *prenait en considération l'intérêt du public à être informé et la liberté de la presse* »

Le principe de protection échelonnée est intéressant car il propose une analyse au cas par cas, des conflits mettant en opposition la liberté d'expression de la presse et le respect du droit à l'image.

En l'espèce, la Cour relève que « *l'exception à l'obligation d'obtenir l'accord de la personne devait être interprétée au sens large et à partir de l'intérêt du public. Elle comprenait toute question d'intérêt général de la société et incluait également les reportages à visée divertissante, lesquels pouvaient eux aussi contribuer à la formation de l'opinion, voire stimuler ou influencer celle-ci plus que ne le feraient des informations purement factuelles* »

**201.** Si les requérants se trouvaient bien à un endroit public au milieu d'autres personnes, ni l'article ni la photo ne portaient sur un événement d'intérêt général ou de l'histoire contemporaine. Les informations concernant les vacances de personnalités célèbres sont considérées, à juste titre, comme relevant de la sphère privée et les photographies s'y rapportant présentent un caractère de divertissement.

**202.** A cette occasion, la CEDH posa très clairement les principes fondamentaux du droit à la protection de l'image individuelle en soulignant pour ce qui est des photos « *l'image d'un individu est l'un des attributs principaux de sa personnalité, du fait qu'elle exprime son originalité et lui permet de se différencier de ses pairs [sic]* ». *Le droit de la personne à la protection de son image constitue ainsi l'une des conditions essentielles de son épanouissement personnel. Elle présuppose principalement la maîtrise par l'individu de son image, laquelle*

---

<sup>424</sup> L'article 22 de la loi du 9 janvier 1907 sur « le droit d'auteur sur les œuvres des arts figuratifs et de photographie » dispose « *Les portraits ne peuvent être répandus ou exposés publiquement qu'avec l'autorisation de la personne représentée [...]* ». Sont exemptés de cette obligation les portraits relevant « du domaine de l'histoire contemporaine » (art 23 §1). Le texte original peut être consulté dans l'Annuaire de Législation étrangère publié par la Société de législation comparée contenant le texte des principales lois votées dans les pays étrangers en 1907 - Librairie générale de droit et de jurisprudence. F. PICHON et R. DURAND-AUZIAS Libraire du Conseil d'État et de la Société de Législation Comparée (1908) Paris. L'accès au texte de la loi, tel que publié par l'organe mensuel du bureau international de l'Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques à Berne le 15 février 1907, été aimablement rendu disponible, suite à notre requête, sur le site de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=16428>

*comprend notamment la possibilité pour celui-ci d'en refuser la diffusion* <sup>425</sup>»

Les « *conditions essentielles à son épanouissement personnel* » incluent la qualité des réactions et interactions que l'individu subit après la diffusion de son image dans des conditions qui peuvent trahir des altérations physiques ou des désordres psychologiques, des informations relationnelles très privées, propres à déstabiliser l'image perçue, prise au sens d'impression, de suggestion véhiculée.

La Cour a d'ailleurs très bien évalué cet aspect en ajoutant, après avoir rappelé que la publication de photographies est un aspect de la liberté d'expression<sup>426</sup> « *Il s'agit là néanmoins d'un domaine où la protection de la réputation et des droits d'autrui revêt une importance particulière, les photos pouvant contenir des informations très personnelles, voire intimes, sur un individu ou sa famille*<sup>427</sup> ».

**203.** Les décisions prises par la CEDH dans ces trois affaires,<sup>428</sup> et l'arrêt Axel Springer<sup>429</sup> prononcé le même jour, ont eu le mérite d'introduire des critères pertinents<sup>430</sup>, qui « *constituent*

---

<sup>425</sup> Droit à la protection de l'image. Juin 2017 Fiche thématique. Unité de la presse. Cour Européenne des Droits de l'Homme. [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Own\\_image\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_FRA.pdf)

<sup>426</sup> §103 en s'appuyant sur les jurisprudences Österreichischer Rundfunk c. Autriche (déc.), CEDH 25 mai 2004 n° 57597/00, et Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche (no 2), CEDH 14 décembre 2006 n° 10520/02, §§ 29 et 40

<sup>427</sup> §103 en s'appuyant sur les jurisprudences von Hannover c. Allemagne CEDH 24 juin 2004 n° 59320/00, §59 ; Hachette Filipacchi Associés c. France, CEDH 14 juin 2007, n° 71111/01, § 42,; et Eirikäinen et autres c. Finlande, CEDH 10 février 2009 n° 3514/02, § 70

<sup>428</sup> Qui ne sont qu'une fraction du long chapitre des multiples procédures engagées par les membres de la famille monégasque...et que J.-L. HALPERIN qualifiait avec humour de « Contribution de la principauté de Monaco au droit » dans son article « anecdote monégasque ou européenisation de la privacy ? D. 2005 pp 340-344

<sup>429</sup> Axel Springer AR c. Allemagne CEDH n° 39954/08, 7 février 2012. L'affaire concerne la publication de deux articles concernant un acteur de télévision connu, qui déjà condamné en juin 2003 pour détention de cocaïne, fut arrêté le 23 septembre 2004 à la fête de la bière pour le même motif. Le tribunal régional considérant que le public n'avait pas grand intérêt à être informé de ces faits condamna la requérante (Springer AG) au motif que « *l'information diffusée constituait une atteinte grave au droit à la protection de la personnalité de X.* ». L'arrêt du tribunal fut confirmé par la Cour d'appel qui tout en diminuant le montant de la pénalité conventionnelle, faisait siennes les conclusions du tribunal régional en rappelant que la révélation de « *l'identité d'un prévenu constituait en règle générale une atteinte considérable au droit de la protection de l'intimité de l'intéressé* ». Après qu'elle eût essuyé un refus de pourvois en cassation, la requérante fut enjointe en 2005 par un second jugement du tribunal régional de « *s'abstenir de toute nouvelle publication du second article* », aux mêmes motifs que ceux qui étaient exposés dans son précédent jugement du 11 novembre 2005. La Grande Chambre de la CEDH après avoir analysé les différents critères retenus pour procéder à « *la mise en balance du droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée* » conclut qu'il y avait eu violation de l'article 10 de la Convention (concernant le droit de publier certaines informations)

<sup>430</sup> Tels qu'énumérés aux § 90 à 95 de l'arrêt, les critères qui s'avèrent pertinents incluent « *a) la contribution à un débat d'intérêt général, b) la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage, c) le comportement antérieur de la personne concernée, d) le mode d'obtention des informations et leur véracité, e) le contenu, la forme et les répercussions de la publication, f) la gravité de la sanction imposée* »

*un véritable vade mecum du raisonnement de la Cour* »<sup>431</sup> fort utile à l'identification des atteintes à la vie privée dans le contexte de la diffusion d'images concernant des personnalités publiques, tout en faisant jouer un principe de proportionnalité permettant la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image.

Même si l'on peut considérer que la mise en balance des droits à l'image et à la liberté d'expression puisse « *relever d'un certain particularisme* »<sup>432</sup>, il nous semble tout de même nécessaire que la diffusion de photographies privées ne puisse être justifiée que si elles contribuent, par leur apport, à un débat d'intérêt général.

## §2. La connotation des images et le respect de la dignité humaine

**204.** Les arrêts de la CEDH qui ont été rendus après les affaires « Von Hannover » ont marqué un glissement vers une reconnaissance de l'importance que peut revêtir la photographie dans l'expression de physionomies et de caractéristiques physiques qui dépassent la notion de vie privée prise dans son acception la plus courante.

**205.** Avec l'affaire *Peck c. Royaume Uni*<sup>433</sup>, la Cour avait considéré que la divulgation, au niveau local et national, des séquences litigieuses montrant le requérant dans la rue avec un couteau à la main, « *avait porté une atteinte disproportionnée et injustifiée* » à sa vie privée<sup>434</sup>.

La Cour reconnaissait dans l'image, un attribut fondamental de l'intimité personnelle qui devait être respecté et protégé. C'est le « *droit à sa propre image* ».

Au delà de la représentation physique de l'individu, sa photographie, en possession d'une arme blanche à la main, trahissait son état psychologique fragile et dévoilait un aspect intime et secret

---

<sup>431</sup> D. de BELLESCIZE « Protection de la vie privée : que reste-t-il de la vie privée des personnages publics ? » Droit des médias et liberté de communication. *Constitutions* (2015) 496 pp 496-503

<sup>432</sup> Illustré par le fait que « parmi les critères pertinents pour faire jouer le principe de proportionnalité » entre le droit à la liberté d'expression et le droit à l'image, « la contribution à un débat d'intérêt général, est prépondérant » J.-P. MARGUENAUD « le particularisme de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image » *RTD civ* (2016) pp. 297-300

<sup>433</sup> *Peck c. Royaume Uni*, CEDH, 17 octobre 2003, n° 63737/00

<sup>434</sup> Alors que le requérant souffrant de dépression fut filmé par un circuit de télévision fermé, en train de marcher dans la rue, avec un couteau à la main et tenter de se suicider en se tranchant les veines, la municipalité et la presse s'emparèrent du fait divers pour laisser entendre, tout en publiant la photographie du requérant avec un couteau à la main, que l'arrestation de ce dernier avait permis de désamorcer une situation potentiellement dangereuse

de son fort intérieur.

**206.** Plus récemment, l'affaire « Société de Conception de Presse et d'Édition c/ France »<sup>435</sup> montra à quel point, s'il en était besoin, que la diffusion de photographies peut être totalement inutile à un débat concernant un problème grave de société et ne constituer qu'une source d'assouvissement de la curiosité malsaine d'un certain public. Il s'agit en l'espèce de la publication dans un magazine, d'une photographie représentant un jeune homme défiguré par les traitements subis lors d'une captivité qui avait fait suite à un guet-apens organisé par un groupe dont les traitements odieux avaient eu raison de sa vie pendant son transport à l'hôpital après qu'il fût retrouvé.

En réponse à un arrêt de la Cour d'Appel, confirmé par la Cour de cassation qui jugèrent que la publication, par son sensationnalisme déplacé, constituait une atteinte grave à la dignité humaine et au respect de la vie privée du défunt et de sa famille, l'éditeur du magazine introduisit une requête auprès de la CEDH, pour violation de l'article 10 de la Convention.

Se rapportant à la jurisprudence récente en la matière, et après avoir analysé les faits selon les critères décrits ci dessus, la Cour a ordonné l'occultation de la photographie montrant les sévices que le jeune avait subis, sans pour autant empêcher la publication du texte lui même auquel elle reconnaissait une participation à un débat d'intérêt général, ce qui n'interférait pas avec la liberté d'expression du magazine<sup>436</sup>.

**207.** Ces deux décisions illustrent l'importance que la CEDH attribue à des photographies qui bien que prises dans deux situations totalement différentes, font émerger la puissance de l'image en tant que vecteur potentiel d'atteintes graves à l'intégrité et à la dignité de la personne et soulèvent le problème central de la nécessité du besoin d'autorisation de publication<sup>437</sup>.

---

<sup>435</sup> Société de Conception de Presse et d'Édition c/ France CEDH, 5e sect., 26 févr. 2016, n° 4683/11

<sup>436</sup> §52 « De l'avis de la Cour, la société requérante n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, démontré en quoi l'ordre d'occulter cette seule photographie a effectivement pu avoir un effet dissuasif sur la manière dont le magazine incriminé a exercé et exerce encore son droit à la liberté d'expression »

<sup>437</sup> A. SERINET « Le consentement et la répression de la diffusion d'un image intime » D (2016) pp. 935-941 ; Cass. Crim., 16 mars 2016, n°15-82.676 (n° 780 FS-P+B+I) ; J. RAVANAS La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image. RDIC Vol. 31 N°1, Janvier-mars 1979. pp. 246-249 ; J.-M. LEGER « L'essentiel du droit à l'image » (2012) Flp Avocats Paris, <http://www.flpavocats.com/wp-content/uploads/2012/05/Lessentiel-du-droit-%C3%A0-limage.pdf>

### §3. La force et l'impact des images

**208.** La force des images est connue depuis l'Antiquité. Cicéron soulignait que l'art de la mémoire inventé par le poète Simonide reposait non seulement sur l'importance d'un rangement ordonné pour la mémoire, mais aussi sur le fait que « *la vision est le plus fort des sens* »<sup>438</sup>.

Aristote montra beaucoup d'intérêt pour l'image qu'il compare à une empreinte laissée sur la cire par un sceau<sup>439</sup>. Cet intérêt pour la mémoire imagée diminua pendant la période Béhavioriste<sup>440</sup>, mais retrouva un essor productif avec les travaux de Paivio<sup>441</sup> qui établirent que, à l'inverse des mots abstraits qui induisent uniquement un codage verbal, les images mentales conduisent à un double codage qui permet de meilleures performances de rappel pour les images que pour les mots.

En d'autres termes, le codage imagé est plus efficace que le codage verbal, produisant ainsi un effet de supériorité des images par rapport aux mots qui est renforcé chez les jeunes et les personnes âgées<sup>442</sup>.

La supériorité de l'image qui est mieux mémorisée que les textes, se traduit aussi par une capacité impressionnante de stockage et de rappel à long terme<sup>443</sup>, qui doit être prise en compte par tous les organes de presse et de télévision dont le but ne devrait pas être la recherche de

---

<sup>438</sup> Dans son œuvre *De Oratore* (II. LXXXVI 350-353) Cicéron rapporte une légende selon laquelle au VI<sup>e</sup> siècle avant JC, le poète lyrique JC Simonide de Céos fut invité à un banquet donné par Scopas à Crannon en Thessalie, pendant lequel le toit de la salle de banquet s'écroula, alors qu'il était sorti de la pièce. Lorsqu'il fallu identifier les invités méconnaissables car broyés sous les décombres, Simonide se rappela de l'emplacement de chacun et put ainsi aider les familles à identifier leurs morts. (Marcus Tullius Cicero in *Twenty-eight volumes*, III *De Oratore* in *Two volumes*. Texte original avec traduction anglaise de E.W. Sutton (1943) pp 464-467 ; Ed. William Heinemann LTD et Havard University Press). Voir aussi F. A. YATES, « *The Art of Memory* » (1966). Ed. The Guernsey Press Co. Ltd. Guernsey, Channel Islands

<sup>439</sup> « *Les philosophes empiristes-associationnistes anglais du XIX<sup>e</sup> siècle considèrent les images mentales comme des copies de la perception* » E. GREBOT *Images mentales et stratégies d'apprentissage : explication et critique. Les outils modernes de la gestion mentale* (1994) p30 ESF Editeur Paris

<sup>440</sup> « *Le refus du concept d'image surgit aux États-Unis en 1913. Le behaviorisme rejette toute étude concernant les processus mentaux et toute méthodologie introspective* ». *Ibid* E. GREBOT « *Images mentales et stratégies d'apprentissage : explication et critique.* » pp 31-47

<sup>441</sup> Paivio, A., Csapo, K. (1969). « *Concrete image and verbal memory codes* ». *J Exp Psychol*, 80, 279-285.; Paivio, A. (1971) *Imagery and verbal processes*. New York: Ed Holt, Rinehart, and Winston. Voir aussi A. LIEURY *Manuel de Psychologie Cognitive* 4ed. (2015) Ed. Dunod Paris

<sup>442</sup> M. DENIS et P. De POUQUEVILLE (1976) « *Le réalisme de la figuration dans la mémoire d'actions concrètes* » *Bulletin de psychologie* 30 543-550 ; A. O. WHITEHOUSE, M. T. MAYBERY, K. DURKIN, *The development of the picture-superiority effect*. *Brit J Dev Psychol*, (2006) 24 (4) 767-773. K. E. CHERRY, *Pictorial superiority effects in oldest-old adults*. *Memory* (2008) 16 (7), 728-741

<sup>443</sup> B. PERBAL *Neuroscience and psychological studies sustain the cognitive benefits of print reading* *J Cell Commun Signal* (2017) 11:1-4

sensationnalisme exhibitionniste, mais l'information objective, réservée et respectueuse de la personne humaine. L'objectivité de la photographie de presse est malheureusement très affectée par les pressions économiques de la concurrence et le « besoin de scoop »<sup>444</sup>, besoin grandissant créé par les médias. « *La connotation qui s'élabore aux différents niveaux de la production de la photographie, est à la fois invisible et active, claire et implicite* »<sup>445</sup>.

La publication par les organes de presse ou les médias télévisés, de photographies dont la connotation en fait des images « choc », fut une source de débats très vifs au cours des dernières décennies et continue à alimenter des controverses passionnées qui tiennent d'une part à la force d'imprégnation des images et d'autre part à leur qualité de vecteur d'une information contextuelle qui est manipulable à souhait.

Par exemple, le recadrage d'une photographie montrant le jeune syrien de 3 ans échoué sur la plage, image reçue de manière très discutée, fut effectué pour en accroître l'impact politique et social, mais « *ce type d'images qui mobilisent, par identification, le grand public ne contient pas d'information à proprement parler ... La violence de l'image sert ici de levier pour agir sur la sensibilité du grand public* », mais les cicatrices émotionnelles peuvent être profondes.

Les questions qui viennent alors à l'esprit et qui ont alimenté de très nombreux commentaires et réflexions concernent le bien fondé de montrer de telles images.

Spectacle digne des jeux du cirque ? Atteinte à la dignité humaine ? ou information à part entière, utile, voire nécessaire ? Faut-il vraiment montrer les images de violence ?<sup>446</sup>

**209.** La décision de diffuser de clichés représentant les détails d'une situation dramatique, qu'elle ait trait à un évènement politique ou à une situation personnelle, doit donc être envisagée en évaluant leur impact potentiellement perturbateur qui n'apporte qu'une touche de violence supplémentaire à des situations familiales ou personnelles déjà difficiles à vivre et en respectant le droit des personnes concernées de refuser la publication d'images dégradantes tant sur le plan physique que moral. La loi française du 15 juin 2000 interdit aux médias de publier des photographies « *portant gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans*

---

<sup>444</sup> M.-F. BERNIER « Le sensationnalisme en journalisme : excès de la demande sur l'offre ? » (2003) Communication dans le cadre du congrès de l'Association canadienne-française pour l'avancement des sciences (ACFAS) 2003, à Rimouski (Québec). MetaMedias. Archives de la Chaire de recherche en éthique du journalisme de l'Université d'Ottawa

<sup>445</sup> R. BARTHES « Le message photographique » *Communications* (1961) pp127-138

<sup>446</sup> E. TAIEB « Faut-il montrer les images de violence » *La Vie des Idées* 7 juillet 2015

*l'accord de cette dernière*<sup>447</sup> ».

Peu après l'assassinat du Préfet Erignac commis le 6 février 1998, la presse avait jugé bon de publier une image montrant le visage de la victime gisante ensanglantée sur la chaussée. Indépendamment des aspects politiques et sans revenir sur le détail des procédures et décisions qui ont été largement commentées<sup>448</sup>, il nous semble important de nous arrêter sur quelques points qui continuent aujourd'hui à alimenter des réflexions au sujet du dilemme, qui pour se pose pour certains, entre liberté de la presse et respect de la personne.

**210.** Les limites qui devraient naturellement s'imposer d'elles-mêmes, sont trop souvent balayées par des considérations mercantiles que nous avons abordées plus haut, mais aussi par une nécessité réclamée de « tout montrer » au motif « d'informer » quel qu'en soit le prix psychologique, affectif, et intime que doivent supporter les personnes concernées, vivantes ou survivantes.

Cette « soif d'informer », en temps réel, et dans tous les domaines qui s'est considérablement accrue depuis quelques décennies avec le développement des techniques de communication en tout genre nées de l'exploitation des réseaux informatiques, la « télé-réalité » qui envahit nos sociétés, conduisent à une perte accélérée des valeurs sur lesquelles se sont appuyées les notions de respect de la personne, de son intimité et de sa dignité.

Plus rien ne semble arrêter la vague déferlante du sensationnalisme instantané qui détruit au passage des vies entières, au profit de la diffusion d'image sensées « faire comprendre » « donner « la véritable dimension » de la déchéance humaine sous toutes ses formes.

Comment ne pas réagir, à la publication dans l'article de Paris Match<sup>449</sup> intitulé « La République

---

<sup>447</sup> Au chapitre 1<sup>er</sup> « Dispositions réprimant l'atteinte à la dignité d'une victime d'une infraction pénale » du Titre II « Dispositions renforçant les droits des victimes » de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, l'article 97 dispose « la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière, est punie de 100 000F d'amende ». Par contre, selon l'article 44 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, le fait d'enregistrer sciemment et de diffuser des images relatives à la commission des infractions prévues aux articles 222-1 à 222-14-1 et 222-23 à 222-31 du Code pénal n'est pas constitutif de complicité des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne « lorsque l'enregistrement ou la diffusion résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public ou est réalisé afin de servir de preuve en justice »

<sup>448</sup> Voir en particulier J.-P. GRIDEL « Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité » *D.* (2001) pp 872-881

<sup>449</sup> L'édition du 19 février 1998 contient une photographie du préfet assassiné



assassinée » d'une photographie violant l'intimité de la famille et portant atteinte à la dignité de la personne décédée<sup>450</sup>, qui « ne répondait en aucune façon, utile à l'information du public mais répondait à des fins purement mercantiles et constituait une atteinte particulièrement intolérable au droit au respect de leur vie privée »<sup>451</sup> ?

Comment ne pas convenir que « toutes les mesures tendant à assurer le respect de la dignité du corps du préfet assassiné et la protection élémentaire des sentiments des demandeurs dont le temps n'a pas encore atténué l'horreur de l'épreuve subie, n'ont pas été observées »<sup>452</sup>

Comment ne pas reconnaître « que la publication de la dite photographie, au cours de la période de deuil des proches parents de Claude Erignac, constituait, dès lors qu'elle n'avait pas reçu l'assentiment de ceux-ci, une profonde atteinte à leurs sentiments d'affliction, donc à l'intimité de leur vie privée »<sup>453</sup>

Comment ne pas admettre que cette photographie, « voyeuriste » empreinte d'une forte connotation, n'avait pas sa place dans cet article qui aurait pu convoyer le même message en y associant avec pudeur, une photographie respectueuse de l'intimité de la personne touchée et de la vie privée de sa famille.

## *Section 2. Arrêt sur image : l'intimité dévoilée*

**211.** L'image, reconnue comme « un des attributs de la personnalité » par la jurisprudence, est souvent réduite à un élément de la vie privée, alors qu'elle projette aussi bien dans la vie publique que dans la vie intime, des caractéristiques physiques, psychologiques, sentimentales et spirituelles qui sont le reflet du soi, et de notre fond génétique .

**212.** Dans les sociétés occidentales actuelles, où l'image publique n'est pas cachée du regard

---

<sup>450</sup> Code pénal (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 1994 ; dernière mise à jour 4 février 2012) Livre II , titre II Des atteintes à la personne humaine, Chapitre V Des atteintes à la personne humaine, Section 4 Des atteintes au respect dû aux morts Art. 225-17, -20, -21 ; voir aussi notes 9-11 dans J.-P. GRIDEL *ibid*

<sup>451</sup> §11 Arrêt Hachette Filipacchi associés c. France CEDH 12 décembre 2007 n° 71111/01

<sup>452</sup> Ordonnance du 12 février 1998, Tribunal de Grande Instance de Paris

<sup>453</sup> Cour d'Appel de Paris 24 février 1998. La Cour estima qu'une telle photographie était attentatoire à la dignité humaine. Arrêt confirmé par la Cour de cassation Civ.1ère, 20 décembre 2000, 98-13.875, B 341 « Et attendu qu'ayant retenu que la photographie publiée représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné, gisant sur la chaussée d'une rue d'Ajaccio, la cour d'appel a pu juger, dès lors que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine, qu'une telle publication était illicite, sa décision se trouvant ainsi légalement justifiée au regard des exigences tant de l'article 10 de la Convention européenne que de l'article 16 du Code civil »

de l'autre, elle constitue un facteur de communication, un domaine privilégié d'interaction avec les tiers, un trait d'union et de rassemblement.

L'image consciemment montrée en public est un vecteur d'expression silencieuse.

L'image intime est dévoilée dans un cercle restreint, familial ou non, uniquement à ceux avec qui l'individu souhaite partager les moments les plus secrets ou les plus privés.

L'image perçue par l'autre n'est pas toujours celle que l'interlocuteur souhaiterait transmettre.

Quoi de plus intime que l'œil du photographe qui, en fixant le moment « opportun », l'expression qu'il juge être « la bonne » voire « la meilleure », décide finalement du regard que les autres porteront sur l'image.<sup>454</sup> « *Les photographes ont porté un regard contemplatif, attendri ou passionné sur le corps et l'espace qu'il occupe dans l'intimité de son entourage immédiat : familial ou professionnel* »<sup>455</sup> L'intime, « *c'est d'abord un rempart à la vulgarisation de soi, c'est la volonté d'entretenir son propre mystère, c'est voiler ses désirs. Retenir ses émotions. Être ce que l'on est* »<sup>456</sup>. Partager l'intimité « *c'est abandonner ce que l'on connaît de soi, l'offrir aux autres* »<sup>457</sup> mais c'est aussi laisser aux autres un pouvoir « d'inquisition » que l'on ne peut tolérer d'un photographe « voleur » d'image.

**213.** L'image délivrée au travers d'une multitude de caractéristiques physiques et d'expressions corporelles individuelles est aussi la résultante d'une constitution génétique intime et d'une biologie propre à chacun. Ces aspects de l'intimité du soi prennent aujourd'hui une dimension nouvelle et ouvrent le champ à des bouleversements socio-économiques sur lesquels la doctrine doit se pencher rapidement. Nous citerons brièvement, à titre d'exemple, les progrès récents qui ont été effectués dans le cadre de la reconnaissance faciale.

De nombreux désordres génétiques sont associés à l'expression d'un ensemble de traits caractéristiques. L'étude morphométrique de photographies du visage d'un individu, permet de dresser une cartographie de ses traits qui peut alors être comparée à une base de données spécifique permettant de déterminer s'il souffre d'une pathologie non diagnostiquée par les méthodes classiques<sup>458</sup>.

---

<sup>454</sup> Voir à ce sujet le billet de C. Gourvitch « Intimité et photographie » 20 mars 2015 Collection argentique <http://www.collectionargentique.com/intimite-de-limage-et-photographie/>

<sup>455</sup> La photographie de l'intime. Exposition 19 mai-30 juin 2010 Musée d'Orsay

<sup>456</sup> J-L PINTE « Au coeur de l'intime » Exposition à la Maison européenne de la photographie (2014) Paris

<sup>457</sup> *Ibid*

<sup>458</sup> B. ROCHMAN « Diagnosing disease with a snapshot » Biomedicine Tech Review MIT - 6 décembre 2016

L'image est incontestablement une donnée très personnelle.

Au niveau juridique européen, le droit au respect de l'image individuelle s'inscrit dans le cadre plus large de la protection des données à caractère personnel

### §1. L'évolution de la photographie confrontée au respect de la vie personnelle

**214.** La production de représentations imagées de personnages connus ou d'individus de toutes les classes sociales a été l'objet d'une quête ininterrompue dont on retrouve les origines, dans les écrits d'Aristote au IV<sup>e</sup> siècle av. J-C, le traité d'optique de Ibn Al-Haytham au X<sup>e</sup> siècle, et ceux de Léonard de Vinci au XV<sup>e</sup> siècle, avec le principe de la chambre noire (camera obscura)<sup>459</sup>, ancêtre de l'appareil photographique, dont diverses fonctions étaient déjà représentées dans l'Encyclopédie Diderot de 1751<sup>460</sup>.

La grande histoire de la photographie, sous tous ses aspects, est née de l'intérêt de ces précurseurs pour la capture du temps qui s'écoule et des activités humaines<sup>461</sup>.

La fixation des traits d'un individu sous la forme d'une représentation picturale est chargée d'informations physiques, émotionnelles, psychologiques et sociales. L'image rendue par l'artiste dépeint les sentiments et les stigmates corporels les plus intimes de ses modèles<sup>462</sup>, tout en les situant dans un cadre permettant ce que l'on appellerait maintenant sa « géolocalisation ». La quantité d'informations personnelles contenues dans ces œuvres n'était alors accessible qu'à

---

<sup>459</sup> Constituée d'une boîte obscure fermée, la chambre noire était percée d'un seul petit trou laissant passer la lumière. L'image inversée d'un objet placé devant le trou se formait sur la paroi opposée. Il a été proposé que de nombreux peintres, y compris des grands noms de la Renaissance, ne faisaient pas toujours leurs dessins à main levée mais utilisaient les dispositifs de chambres noires et claires dans la mise en place de leurs tableaux. J. PENNELL [cité dans « LOOKING Over Vermeer's shoulder » The complete book on the technique and studio practices of Joahannes Vermeer, 2<sup>nd</sup> edition, , ebook (2016)], suivi par C. SEYMOUR ["Dark Chamber in a Light Filled Room," Art Bulletin 46, (1964)] et P. SREADMAN [« Vermeer's Camera: Uncovering the Truth behind the Masterpieces » (2001)] ont suggéré que Weermer s'aidait d'une chambre noire pour peindre ; voir aussi pour d'autres études sur le sujet D. HOCKNEY « Savoirs Secrets : Techniques perdues des anciens maîtres » (2006) Nouvelle édition augmentée. Editions du Seuil, Paris)

<sup>460</sup> Cité dans Histoire de la Photographie. (2011) « Du nouveau sous le soleil » Gravure de F. Guidott, Dessin chambre obscure (vers 1751), p 37. The George Eastman House Collection. De 1839 à nos jours Ed. Taschen

<sup>461</sup> Une multitude d'excellent ouvrages traitent des différents aspects de l'histoire et des techniques de la photographie. Nous n'aborderons brièvement ici que quelques unes des étapes ayant trait plus directement à notre propos

<sup>462</sup> Carjat se plaignait dans ses dernières « Broussailles » publiées dans « Le Boulevard » qu'un certain nombre de peintres et de caricaturistes ne lui avaient pas donné la permission de faire leur caricature qui « *égayerait un peu trop leur gravité d'homme arrivé* ». Il rappela à ce sujet que Lamartine refusa d'avoir son portrait publié dans « Le Diogène » au motif que « *c'était insulter la Divinité, Dieu ayant fait l'homme à son image* ». E. FALLAIZE « Etienne Carjat and « Le Boulevard » 1861-1863 » (1987) Editions Slatkine Genève-Paris)

un nombre réduit d'individus ayant accès aux tableaux, gravures et autres sculptures représentant les personnalités publiques ou les sujets privés des différentes classes de la société. En réponse à la demande des classes moyennes qui étaient en plein expansion à la fin du XVIIIe siècle, plusieurs procédés furent développés pour permettre l'obtention de portraits reproductibles à des coûts plus abordables. C'est ainsi qu'ont été inventées la technique de la « silhouette »<sup>463</sup>, du physionotrace<sup>464</sup> et de la chambre claire (*camera lucida*)<sup>465</sup>. Ces technologies qui nécessitaient encore l'intervention d'un opérateur compétent posèrent les jalons sur lesquels allait s'appuyer l'utilisation combinée de la lumière et de la chimie par les grands inventeurs que furent Nicephore Niepce<sup>466</sup>, Louis Jacques Mandé Daguerre<sup>467</sup> et William

---

<sup>463</sup> Par antonomase du patronyme de son inventeur, Etienne de Silhouette, dont un exemple est représenté sur la gravure de l'expérience du Professeur Charles [Histoire de la Photographie (2011) Gravure d'Artiste inconnu, (vers 1780) p 38. The George Eastman House Collection. De 1839 à nos jours Ed. Taschen]. Les conditions dans lesquelles le nom E. de Silhouette fut associé à l'art de dessiner les contours du profil d'un sujet à partir de l'ombre produite par une source de lumière placée devant lui et projetée sur un papier placé derrière lui ne sont pas claires [R. JONES and M. WARE What's Who (2010) Ed. Matador Londres R.U.]. Certains auteurs prétendent que E. de Silhouette ayant laissé le souvenir de réformes avortées, on avait qualifié de « à la silhouette » un travail inachevé, une culotte sans gousset, et des portraits sur papier découpés à partir de l'ombre obtenue (la mode des découpeurs de silhouettes qui renaît depuis quelques années avait selon Gisèle Freund connu un succès pendant quelques décennies, Photographie et société, 1974, p 14 Sciences Humaines Histoire 224p Ed. Seuil) ; d'autres suggèrent que Silhouette ayant été à l'origine d'un arrêt royal protectionniste interdisant l'importation de toiles moins chères que celles de France, il aurait voulu donner l'exemple en montrant qu'on pouvait se passer des supports habituels de la peinture. Quoiqu'il en soit, il est très probable que cette technique était un passe-temps pour son auteur, comme le suggère le Journal Officiel du 29 Août 1869, dans lequel on peut lire au sujet d'un ancien château qui fut construit en 1759 par E. de Silhouette, « *Plusieurs salles du château avaient les murailles couvertes de ces sortes de dessins que l'on appela silhouettes* ». Enfin, Rousseau mentionne le « portrait à la silhouette » dans une lettre du 7 avril 1765 et le livre XII des Confessions [G-J NEEL « Silhouette et Silo » (1987) p 221 in Les Cahiers de Fontenay N° 46-48. Mélanges offerts à Maurice Molho Linguistique Volume III]

<sup>464</sup> Amélioration due à Gilles Louis Chrétien en 1786 qui avec le physionotrace introduisit la mécanisation du traçage en utilisant un viseur mobile relié à un pantographe qui permettait de reproduire à l'encre sur une plaque de cuivre une version à échelle réduite du profil du modèle, qui était ensuite gravée à l'aide de produits chimiques appropriés

<sup>465</sup> Inventée en 1807, par William Hyde Wollaston, la chambre claire consistait d'un prisme qui permettait à l'opérateur de voir en même temps le modèle et le papier sur lequel il le dessinait. Cette superposition permettait de rendre, en plus des contours, les nuances et les ombres des modèles

<sup>466</sup> Les travaux de N. Niepce concernant la fixation des images sur des plaques d'étain bitumées le conduiront à l'obtention en 1826 de la première photographie fixée de manière permanente, d'une partie de sa propriété à Saint-Loup-de-Vareennes. Un an auparavant, N. Niepce avait obtenu la première gravure héliographique connue, sur laquelle figurait un homme tirant un cheval

<sup>467</sup> L'invention du « daguerréotype » par Louis Daguerre en 1835 permettait pour la première fois d'obtenir une image permanente. L'image peut être enregistrée à l'état latent, sur une plaque de cuivre, recouverte d'une couche d'iodure d'argent photosensible. La révélation était effectuée par exposition à des vapeurs de mercure. Malgré quelques inconvénients dus au temps d'exposition très long (plusieurs dizaines de minutes étaient nécessaires) et au fait qu'un seul exemplaire ne pouvait être obtenu, le procédé fut accueilli avec un vif enthousiasme par le public qui s'arrachait les daguerréotypes... au grand dam des peintres qui voyaient dans ces

Henry Fox Talbot<sup>468</sup>, dont les travaux conduisirent à la mise au point des techniques photographiques « grand public » utilisant des procédés techniques de capture, révélation et fixation de l'image de plus en plus simples<sup>469</sup>, offrant à un public non averti la possibilité de faire

reproduire des images prises aussi bien dans le cadre de leurs activités socio-professionnelles que de leur intimité familiale et physique.<sup>470</sup>

Il est d'ailleurs intéressant de remarquer à cet égard qu'avec l'évolution des techniques s'instaura une sémantique chargée de signification spirituelle puisque l'on « prend la photo de quelqu'un » alors qu'on en peint ou dessine le portrait.

**215.** Jusqu'alors réservée à une certaine catégorie sociale qui faisait appel aux artistes pour peindre ou dessiner leur portraits<sup>471</sup> et les événements marquants d'une vie, de leur naissance à

---

nouvelles techniques un danger pour leur art. Le gouvernement français pris en charge le dépôt du brevet afin de rendre publique la technologie et de susciter son amélioration

<sup>468</sup> Le procédé négatif positif, inventé par Talbot, breveté en 1841 sous le nom de « calotype », leva les inconvénients majeurs du système développé par Daguerre, en générant un négatif sur papier qui pouvait être copié et permettre ainsi d'obtenir plusieurs copies stablement fixées de l'image originale

<sup>469</sup> Une étape importante dans la démocratisation de la prise de vue fut franchie avec l'invention par George Eastman des premières pellicules photos et le lancement en 1888 du premier appareil photo KODAK pour tous. Le slogan de la Compagnie KODAK « Press the button, we do the rest » (Appuyez sur le bouton, nous faisons le reste), fut celui de sa réussite mondiale [voir les grandes étapes imagées du développement des techniques photographiques dans « Histoire de la photo, De Niepce au numérique » Ed. Taschen (<http://www.didio.biz/histoire/histoire.html>)]. L'invention du procédé « Polaroid » dut son succès à la rapidité du développement instantané qui permettait de s'affranchir des divers bains de produits chimiques employés par les laboratoires professionnels. Souvent décriées pour leur manque de qualité, les photographies Polaroid pouvaient cependant permettre des prises de vues tout à fait exceptionnelles [The polaroid Collection. Selection from the polaroid collections of photography Edited by Steve CRIST, Essay by Barbara HITCHCOCK (2004)]

<sup>470</sup> Avec le concept de portrait-carte breveté par A.E. Disdéri, en 1854, la photographie devint financièrement accessible à un plus grand nombre (voir « Le portrait carte de visite » [expositions.bnf.fr/portraits/repères/index2.html](http://expositions.bnf.fr/portraits/repères/index2.html)). Roland Barthes disait de la photo-portrait qu'elle « est un champ clos de forces. Quatre imaginaires s'y croisent, s'y affrontent, s'y déforment. Devant l'objectif, je suis à la fois : celui que je me crois, celui que je voudrais qu'on me croie, celui que le photographe me croit, et celui dont il se sert pour exhiber son art. Autrement dit, action bizarre : je ne cesse de m'imiter, et c'est pour cela que chaque fois que je me fais (que je me laisse) photographier, je suis inmanquablement frôlé par une sensation d'inauthenticité, parfois d'imposture (comme peuvent en donner certains cauchemars). Imaginairement, la Photographie (celle dont j'ai l'intention) représente ce moment très subtil où, à vrai dire, je ne suis ni un sujet ni un objet, mais plutôt un sujet qui se sent devenir objet : je vis alors une micro-expérience de la mort (de la parenthèse) : je deviens vraiment spectre » R. BARTHES « La chambre claire » (1980) Note sur la photographie p29 Cahiers du cinéma. Gallimard Le Seuil

<sup>471</sup> A la fin du XIXe siècle, Etienne Carjat et Nadar (Félix Tournachon) produisirent une série considérable de caricatures et portraits photographiques de tous les plus grands hommes de l'époque. Les portraits de Carjat diffusés à partir de 1861 dans le journal « Le Boulevard » étaient souvent dénués de fond ce qui mettait en valeur la personnalité et les caractéristiques physiques des modèles. Ils constituaient une biographie illustrée à l'instar

leur mort, la capacité accessible à un grand nombre, d’immortaliser par la photographie les traits physiques et les faits et gestes de n’importe quel individu dans les scènes de sa vie courante allait bouleverser les rapports sociaux et générer des conflits concernant le respect de la vie privée individuelle et de l’intimité personnelle.

## §2. Le consentement individuel et le droit sur l’image.

**216.** Très tôt dans l’histoire de la représentation photographique des individus, se pose le problème des droits du photographe sur son œuvre et du sujet photographié sur son image. Le problème du consentement à la diffusion ou même à la « capture » de l’image s’intensifia au cours du temps avec le développement des techniques de fixation et de reproduction des portraits.

**217.** Depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence a reconnu aux « modèles/artistes » le droit d’interdire l’exhibition de leur portrait ou d’en contrôler l’utilisation mercantile<sup>472</sup>. Il fallut attendre la loi du 17 juillet 1970 pour que ce droit soit officialisé en France avec l’article 9 du Code civil<sup>473</sup>. La personne concernée, quelque-soit sa notoriété, a elle-seule le pouvoir de décider quel type d’information la concernant peut être livré au public, comme l’a rappelé le tribunal de grande instance de Nanterre au sujet d’une comédienne dont les détails de la vie sentimentale avaient été publiés avec sa photographie en première page d’un magazine.<sup>474</sup> Le

---

des étonnantes caricatures qu’il avait publiées dans « Le Diogène » de 1856 [F. MAILLARD « Histoire anecdotique et critique des 159 journaux parus en l’an de grâce 1856 » (1857) Au Dépôt Paris ; E. FALLAIZE « Etienne Carjat and « Le Boulevard » (V. *supra* n° 214)]. Nadar était également un célèbre caricaturiste. Son projet de « Musée des gloires contemporaines », entamé en 1851, regroupe plus de 1000 vignettes représentant 300 grands hommes de cette époque qui furent qualifiées de Panthéon Nadar. Il publia une série de douze biographies contemporaines dans « Le journal pour rire » fondé par Charles Philipon en 1848 qui parut tout au long de l’année 1852 (Loic CHOTARD « Approches du XIX<sup>e</sup> siècle » p 234 Presses de l’Université de Paris-Sorbonne). Nadar était passionné par la photographie (M. M. HAMBOURG, F. HEILBRUN, P. NEAGUT « Nadar » (1995) The Metropolitan Museum of Art, New York, Distributed by H.N. Abrams, Inc), qu’il utilisa pour continuer son œuvre de portraitiste. Il déposa en 1861 un brevet concernant un dispositif permettant d’effectuer des prises de vues en lumière artificielle (flash au magnésium). Pour Nadar, « *l’esthétique du portrait (biographie, caricature ou photographie) est une éthique et rien ne lui répugne plus qu’un modèle exhibitionniste qui monnaye sa vie privée, qui fait bon marché de ses petits secrets* » (*Ibid* Loic CHOTARD p127)

<sup>472</sup> C. DEROBERT-RATEL « Le droit de la personne sur son image à l’aube de la photographie » (2005) Revue de la recherche juridique. *Droit prospectif* 1, pp 79-104

<sup>473</sup> Selon lequel « chacun a droit au respect de sa vie privée »

<sup>474</sup> H.c. SNV Hachette Fillipacchi TGI Nanterre 30 avril 2007

consentement de la personne concernée doit non seulement être obtenu lors de la prise de vue, mais également pour sa diffusion<sup>475</sup>. L'atteinte au droit sur l'image est caractérisée lorsque la personne concernée est identifiable et qu'elle apparaît isolément. La photographie d'une personne, sans son consentement, lorsqu'elle est dans un groupe, ne constitue pas une atteinte au droit sur son image<sup>476</sup> dans la mesure où elle n'excède pas le droit à l'information concernant un événement privé.

La notion de « consentement accordé » qui a été au centre des débats concernant la collecte des données personnelles, comme nous le reverrons plus loin, fut sous le feu des projecteurs dans une décision récente de la Cour de cassation<sup>477</sup> qui s'appuyant sur l'article 226-1<sup>478</sup> et 226-2<sup>479</sup> du Code pénal, avait déclaré que « *n'est pas pénalement réprimé le fait de diffuser, sans son accord, l'image d'une personne réalisée dans un lieu privé avec son consentement* ». En l'espèce, la partie civile avait consenti à être photographiée nue par celui qui était alors son compagnon et après leur séparation, celui-ci publia une photographie d'elle dénudée sur internet sans avoir obtenu son consentement préalable<sup>480</sup>.

Devant la recrudescence de ce phénomène, qualifié dans la presse de « *revenge porn* »<sup>481</sup>, l'Assemblée Nationale avait adopté un amendement au projet de loi pour une République

---

<sup>475</sup> A. LEPAGE Rép civ/ Personnalité (Droits de la) p69 (V. *supra* n° 168)

<sup>476</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 12 décembre 2000, 98-21.311, B 322

<sup>477</sup> Crim. 16 mars 2016, 15-82.676 , B86 ,commentaire S. FUCINI D (2016) « Revenge porn : absence d'atteinte à la vie privée »

<sup>478</sup> L'article 226-1 du Code pénal Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002 énonce le principe de « *présomption de consentement* » en disposant « *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé* »

<sup>479</sup> L'article 226-2 dispose « *Est puni des mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1* »

Lorsque le délit prévu par l'alinéa précédent est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables

<sup>480</sup> La Chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Nîmes avait condamné M. Scott X (le compagnon) à deux mois d'emprisonnement avec sursis pour la diffusion de documents portant atteinte à la vie privée

<sup>481</sup> Selon l'IFOP, cité par Huffingtonpost le 05/10/2016, (<http://www.huffingtonpost.fr/anne-cacile-mailfert/un-arret-de-la-cour-de-cassation-en-forme-de-permis-de-revenge/>) 4% des hommes en France auraient reconnu avoir diffusé des photos intimes de leurs partenaires. Cet article rappelle aussi le suicide d'une adolescente suite à la diffusion d'au moins un cliché intime (<http://www.lci.fr/faits-divers/une-ado-se-tue-apres-la-diffusion-dun-selfie-denude-la-piste-du-revenge-porn-privilegiee-1505434.html>)

numérique, visant à modifier le Code pénal pour que soit reconsidérée la notion de consentement et soumettre la diffusion de l'image ou de la voix enregistrée au consentement préalable de la personne concernée.<sup>482</sup>

**218.** L'article 67 de la loi pour une République numérique<sup>483</sup> votée le 7 octobre 2016, modifie le Code pénal en insérant après l'article 226-2, un article ainsi rédigé : « *Art. 226-2-1. Lorsque les délits prévus aux articles 226-1 et 226-2 portent sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même, à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1* ».

Cette modification du Code pénal, qui comble un retard de la France dans le domaine, constitue sans aucun doute une avancée significative pour le respect de la vie privée et de l'image dans notre société.

### §3. De la propriété de l'image

**219.** L'importance des aspects patrimoniaux attachés à la reproduction et à la diffusion des portraits photographiques<sup>484</sup> surgit dès l'avènement des procédés de lithographie, et s'amplifia avec la création de la presse illustrée, de la publicité et des cartes postales.<sup>485</sup> Une polémique vive concernait la qualification du droit reconnu à l'individu dont l'image était fixée sur la pellicule. S'agissait-il d'un droit de propriété ou d'un droit d'auteur ? d'un droit de la personnalité ou d'un droit *sui generis* ?

L'image constituant une expression de la personnalité dont elle est un des attributs, le droit sur

---

<sup>482</sup> Le contenu de l'amendement proposé concernant l'article 33 quater tel qu'issu en première lecture, fut adopté lors de la séance du 29 avril au Sénat

<sup>483</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (1) JORF n°0235 du 8 octobre 2016

<sup>484</sup> En ce qui concerne la notion de droit patrimonial à l'image en France, voir G. LOISEAU « La crise existentielle du droit patrimonial à l'image » *D.* (2010) pp. 450-452

<sup>485</sup> C. DEROBERT-RATEL « Le droit de la personne sur son image à l'aube de la photographie » (*V. supra* n° 217)



l'image est aujourd'hui rangé parmi les droits de la personnalité, inhérents à la personne physique<sup>486</sup>. Les atteintes au droit sur l'image et au respect de la vie privée souvent conjointes, peuvent cependant conduire à des réparations distinctes<sup>487</sup>.

Une question qui prend de plus en plus d'importance aujourd'hui, en particulier dans le cadre de la marchandisation<sup>488</sup> des données personnelles d'ordre biologique dont nous reparlerons plus loin<sup>489</sup>, concerne le concept de « biens de la personnalité »<sup>490</sup> avec l'exploitation commerciale grandissante des attributs de la personnalité et le passage de l'état « d'élément constitutif de la personne » à celui de « marchandise ».

**220.** Bien que les contentieux concernant l'image des biens dépassent le cadre de cette étude, il est intéressant de brièvement dresser un parallèle avec l'image des personnes, car en absence de textes législatifs s'y rapportant, c'est la jurisprudence qui a dû en fixer les acceptions.

C'est ainsi qu'après avoir considéré en 1999, que « *Le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelques formes que ce soit. L'exploitation d'un immeuble sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire.* »<sup>491</sup>.

Nul besoin de prouver un préjudice subi.

Deux ans plus tard, la Cour fait apparaître le critère de « *trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire* »<sup>492</sup> que la Cour d'Appel de Rennes n'avait pas considéré dans sa décision<sup>493</sup>.

Il faut alors établir la preuve d'un trouble subi par l'exploitation commerciale de l'image du bien.

Prenant contre-pied de cette décision, la Cour retint en 2004<sup>494</sup> qu'en énonçant « *le droit de propriété n'est pas absolu et illimité et ne comporte pas un droit exclusif pour le propriétaire sur*

---

<sup>486</sup> *Ibid* A. LEPAGE Rép civ/ Personnalité (Droits de la) (V. *supra* n° 168)

<sup>487</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 12 décembre 2000 98-21.161, B321 et 98-21. 521, B321

<sup>488</sup> Nous considérerons ici la marchandisation comme l'extension d'activités marchandes d'offre de biens à un secteur non marchand (tel que la recherche médicale par exemple)

<sup>489</sup> V. *infra* n° 502 et s.

<sup>490</sup> F. SIIRIAINEN « Des biens de la personnalité » (2013) in Yves Strickler, Fabrice Siirainen. Des biens de la personnalité. Yves STRICKLER et Fabrice SIIRIAINEN. Volonté et biens, L' Harmattan, pp. 327-345 Droit privé et sciences criminelles.

<sup>491</sup> C.1, 10 Mars 1999, 96-18.699, B 87

<sup>492</sup> Cass. Civ.1<sup>ère</sup>, 2 Mai 2001, 99-10.709, B 114

<sup>493</sup> Rennes 24 novembre 1998

<sup>494</sup> Cass. Ass. plén, 7 mai 2004, 02-10.450, B 10

*l'image de son bien* » pour en déduire qu'il devait établir l'existence d'un préjudice, la Cour d'Appel de Rouen<sup>495</sup> avait violé l'article 544 du Code civil<sup>496</sup> sur lequel s'appuyait la Cour de cassation pour dire que « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* ». On remarque au passage que la notion de « trouble certain » évoquée précédemment, est remplacée par celle de « trouble anormal ».

Dans son arrêt de 2012<sup>497</sup>, attaquant un arrêt de la Cour d'Appel de Poitiers<sup>498</sup> la Cour de cassation confirma la notion évoquée en 2004 de « trouble anormal causé au propriétaire »<sup>499</sup>, tout en rappelant qu'il n'y a pas de droit à l'image des biens<sup>500</sup>.

### *Section 3. Les données à caractère personnel*

**221.** La protection des données à caractère personnel, est régie par l'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>501</sup>, les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>502</sup>, le traité n°108 (Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel)<sup>503</sup> et en France par l'article 2 de la loi Informatique et Liberté<sup>504</sup>. Des piliers législatifs avaient été mis en place

---

<sup>495</sup> Rouen, 31 octobre 2001

<sup>496</sup> Selon L'article 544 du Code civil créé par Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804 « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »

<sup>497</sup> Cass. Civ. 1ère, 28 Juin 2012

<sup>498</sup> Poitiers, 12 octobre 2010

<sup>499</sup> « *L'utilisation par la première de l'image du château de Mareuil, propriété de la seconde, causait à cette dernière un trouble anormal* »

<sup>500</sup> Pour un résumé de l'évolution de la jurisprudence en la matière consulter F. POLLAUD-DULIAN « Image des biens : du droit exclusif au trouble anormal » *D.* (2012) pp 2218-2223

<sup>501</sup> L'article 16 §1 du Traité (JOC 326, 26.10.2012, p. 0001 – 0390) dispose « *Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* »

<sup>502</sup> L'article 7 de la Charte (JO C 202, 7.6.2016, p. 389-405) dispose « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications* ». L'article 8 dispose aux §1 et 2 « *1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification* »

<sup>503</sup> Conseil de l'Europe - STE no. 108 – Strasbourg 28 janvier 1981.

<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/108.htm>

<sup>504</sup> Loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés – version consolidée au 28 août 2018 dont l'article 2, modifié par Loi n°2018-493 du 20 juin 2018 - art. 9, dispose au §2 « *Constitue une donnée à*

au niveau européen pour assurer une protection uniformisée des données : la directive 95/46/CE sur la protection des données, le règlement (CE) n° 45/2001 sur le traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires, la directive 2002/58/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Si les textes concernant la protection des données à caractère personnel sont abrogés par l'application du RGPD 2016/679, la directive 2002/58 relative aux données personnelles dans les communications électroniques ne sera abrogée qu'avec l'entrée en vigueur de la directive proposée par le parlement européen le 10 janvier 2017<sup>505</sup> .

La définition des données personnelles inscrite dans le nouveau règlement<sup>506</sup> reste dans la logique de celles qui sont actuellement retenues par les juridictions nationales et européennes. Est qualifiée de « *donnée à caractère personnel* » toute information permettant d'identifier un individu directement ou indirectement, en référence à un identifiant dont la liste fournie dans le règlement révèle une forte connotation « numérique », la terminologie utilisée laissant une grande place à l'interprétation des textes.

On lit ainsi qu'en plus des éléments spécifiques propres à son identité physique (ce qui inclut l'image), économique, culturelle ou sociale ainsi que physiologique, génétique et psychique, une personne est identifiable par référence à son « *nom, un numéro d'identification, et des données de localisation ou un identifiant en ligne* ».

---

*caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres... »*

<sup>505</sup> V. *infra* n° 240

<sup>506</sup> L'article 4 du règlement (UE) 2016/679 dispose « *Aux fins du présent règlement, on entend par: 1) "données à caractère personnel", toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable ("personne concernée"); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, par exemple un nom, un numéro d'identification, des données de localisation ou un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale* »

**222.** Les données biométriques et les données médicales sont entendues comme des données « sensibles » au regard des textes en vigueur<sup>507</sup>. Dans le cadre du RGPD, « *les données à caractère personnel résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques* » (article 4). Leur traitement aux fins d'identifier une personne physique de manière unique est interdit (article 9).

### §1. Les données biométriques

**223.** Le règlement UE 2016/679, définit les données biométriques comme « *les données à caractère personnel résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques*<sup>508</sup> ».

Elles sont l'expression des caractéristiques génétiques propres à chacun et permettent à ce titre une identification personnelle fondée sur des technologies modernes très avancées qui peuvent mettre en jeu des procédés électroniques d'analyse de caractéristiques morphologiques telles des empreintes digitales, ou une reconnaissance faciale générale, la couleur des yeux, la taille des membres mais aussi des caractéristiques physiologiques et biologiques telles que l'indice de masse corporelle, la sensibilité à certains composés chimiques etc. La collecte et le traitement de ces données conduisent à la genèse de fichiers identifiants puissants dont l'accès et la conservation doivent être soumis à des règles très strictes. Leur mise en œuvre est soumise, au titre de l'article 25 de la loi du 6 août 2004, à l'obtention d'une autorisation délivrée par la CNIL<sup>509</sup>.

---

<sup>507</sup> V. *supra* n° 25

<sup>508</sup> Définition 10 du Règlement (UE) 2016/679 du parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

<sup>509</sup> L'article 27 de la même loi dispose « *Les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes* » ... « *sont autorisés par décret en Conseil d'État, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés* »

**224.** Avec son entrée en vigueur en 2018, le traitement des données biométriques, des données à caractère personnel relevant de l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale et des données génétiques, est interdit par l'article 9. Toutefois cette restriction ne s'appliquera pas dans les cas exceptionnels au titre desquels on relèvera, la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée (§c), les motifs d'intérêt public importants (§g), ou l'intérêt public dans le domaine de la santé (§i). Bien plus préoccupant à notre sens, car il laisse la porte ouverte à des interprétations très différentes suivant les États, est le paragraphe 4 de l'article 9 qui dispose « *Les États membres peuvent maintenir ou introduire des conditions supplémentaires, y compris des limitations, en ce qui concerne le traitement des données génétiques, des données biométriques ou des données concernant la santé* ».

**225.** Le considérant 51 du RGPD soulève le cas des photographies dont le « *traitement [des photographies] ne devrait pas systématiquement être considéré comme constituant un traitement de catégories particulières de données à caractère personnel, étant donné que celles-ci ne relèvent de la définition de données biométriques que lorsqu'elles sont traitées selon un mode technique spécifique permettant l'identification ou l'authentification unique d'une personne physique. De telles données à caractère personnel ne devraient pas faire l'objet d'un traitement, à moins que celui-ci ne soit autorisé dans des cas spécifiques prévus par le présent règlement, compte tenu du fait que le droit d'un État membre peut prévoir des dispositions spécifiques relatives à la protection des données visant à adapter l'application des règles du présent règlement en vue de respecter une obligation légale ou pour l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement* ».

## §2. Les données de santé

**226.** Les données de santé peuvent prendre la forme de documents écrits (ordonnances, certificats médicaux ...) verbaux (enregistrements de compte rendus opératoires, de visites médicales, ...) ou informatisés à la suite de la dématérialisation grandissante des informations manipulées par praticiens et les services et de santé.

Elles sont définies de manière très large au paragraphe 15 de l'article 4 du RGPD comme données « *à caractère personnel relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique, y compris la prestation de services de soins de santé, qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne* ». Ces informations peuvent concerner l'état de santé présent ou futur de la personne concernée<sup>510</sup>.

**227.** La protection des données médicales avait fait l'objet d'une recommandation adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 1997. Ce texte abordait les réglementations applicables aux banques de données médicales automatisées et traitait, dans l'esprit du respect de la vie privée individuelle, des questions relatives à la collecte et traitement des données médicales, à l'information de la personne concernée, au consentement et à la communication des données, ainsi qu'aux droits d'accès et rectification des personnes concernées. Des mesures relatives à la protection sécurisée, à la conservation et aux flux transfrontières des données médicales étaient également considérées.

**228.** La loi informatique et liberté de 2004 marquait aussi l'interdiction de collecte et de traitement des données à caractère personnel « relatives à la santé » (article 8) et fixait à l'article 44 les conditions dans lesquelles « *Seul un médecin peut requérir la communication de données médicales individuelles incluses dans un traitement nécessaire aux fins de la médecine préventive, de la recherche médicale, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou à la gestion de service de santé, et qui est mis en œuvre par un membre d'une profession de santé* »

**229.** L'élargissement de la notion de données de santé introduit par le RGPD est intervenu alors que la France, qui a marqué depuis longtemps son attachement à la protection des données

---

<sup>510</sup> Le considérant 35 du RGPD précise l'étendue du concept de données de santé « *Elles comprennent des informations collectées lors de l'inscription de cette personne physique en vue de bénéficier de services de soins ; un numéro, un symbole ou un élément spécifique attribué à une personne physique pour l'identifier de manière unique à des fins de santé ; des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle, y compris à partir de données génétiques et d'échantillons biologiques ; et toute information concernant, par exemple, une maladie, un handicap, un risque de maladie, les antécédents médicaux, un traitement clinique ou l'état physiologique ou biomédical de la personne concernée, indépendamment de sa source, qu'elle provienne par exemple d'un médecin ou d'un autre professionnel de la santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'un test de diagnostic in vitro.* »

à caractère personnel sensibles venait de promulguer une loi dite « *de modernisation de notre système de santé* »<sup>511</sup> dont le chapitre Ier de l'article 193<sup>512</sup> relatif à la mise à disposition des données de santé, porte création d'un Système National des Données de Santé<sup>513</sup> qui rassemble et met à disposition le contenu des différentes bases de données sanitaires et médico-sociales existantes<sup>514</sup>. En outre, l'article L1461-2 créé par cette loi dispose « *Les données du système national des données de santé qui font l'objet d'une mise à la disposition du public sont traitées pour prendre la forme de statistiques agrégées ou de données individuelles constituées de telle sorte que l'identification, directe ou indirecte, des personnes concernées y est impossible. Ces données sont mises à disposition gratuitement. La réutilisation de ces données ne peut avoir ni pour objet ni pour effet d'identifier les personnes concernées* ».

Les problèmes de compatibilité entre ces deux textes, ont été abordés lors de l'adaptation de la législation française aux dispositions du RGPD, qui a été effective en juin 2018.

### §3. Encadrement des traitements automatisés de données personnelles

**230.** L'histoire de l'évolution du NIR<sup>515</sup> apporte un éclairage intéressant sur les cadres dans lesquels il fut utilisé<sup>516</sup>.

Le concept de répertoire nominatif créé pour la préparation secrète de la mobilisation de l'armée française<sup>517</sup>, a conduit au recensement de la population de zone sud âgée de 13 à 65 ans qui ne

---

<sup>511</sup> Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031912641&categorieLien=id>

<sup>512</sup> Chapitre V « Créer les conditions d'un accès ouvert aux données de santé » Création d'un titre VI intitulé « Mise à disposition des données de santé » complétant le livre IV de la première partie du Code de la santé publique

<sup>513</sup> Article L1461-1 du Code de la santé publique

<sup>514</sup> « *Les données issues des systèmes d'information mentionnés à l'article L. 6113-7 du Code de la santé publique, et du système national d'information inter régimes de l'assurance maladie mentionné à l'article L. 161-28-1 du Code de la sécurité sociale ; Les données sur les causes de décès mentionnées à l'article L. 2223-42 du Code général des collectivités territoriales ainsi que les données médico-sociales du système d'information mentionné à l'article L. 247-2 du Code de l'action sociale et des familles* »

<sup>515</sup> NIR ou NIRPP : numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes, appelé aussi numéro INSEE pour Institut national de la statistique et des études économiques.

<sup>516</sup> M. L. LEVY « Le numéro INSEE : de la mobilisation clandestine (1940) au projet Safari (1974) », in Dossiers et Recherches de l'INED (2000) N° 86 pp 23-34. L'utilisation des sources administratives en démographie, sociologie et statistique sociale, dans la série « les séminaires de la valorisation de la recherche » ; voir aussi Code INSEE : définitions et explications : <http://www.techno-science.net/?onglet=glossaire&definition=5937>

<sup>517</sup> Le premier répertoire visant à préparer l'éventuelle mobilisation d'une armée française, fut constitué par le contrôleur général des armées, René Carmille, de mars à Août 1941, de manière discrète, en simulant une opération à finalité civile

doit pas être confondu avec « *la criminelle opération anti-juive de 1941* »<sup>518</sup>. Un répertoire d'identification fut ainsi établi par « le service de la démographie » sur la base des informations collectées par les greffiers des tribunaux de première instance dans les registres des actes de naissance (instructions du 18 mars et du 11 avril 1941)<sup>519</sup> »

Repris ultérieurement en Algérie, le concept fut adapté par l'état-major qui souhaitait distinguer les possibles soldats musulmans et juifs lors du recrutement. La catégorisation discriminante utilisée pour les personnes nées en Algérie<sup>520</sup>, fut abrogée en 1944 et ne fut jamais utilisée en France métropolitaine. En avril 1946, le Service national des Statistiques devient l'INSEE à qui est confiée la gestion du NIR, utilisé pour la vérification des listes électorales. Le NIR est notifié à la Sécurité sociale par l'INSEE et son utilisation fut étendue aux ministères de l'Intérieur, du Travail, de l'Agriculture et de l'Éducation Nationale.

**231.** On peut s'étonner de la manière déconcertante avec laquelle des fichiers concernant des données très personnelles ont pu circuler et être ainsi partagés dans des administrations sans que la finalité des transferts et leur confidentialité n'aient apparemment été soumises à contrôle.

**232.** Des craintes concernant les atteintes que pourraient faire peser sur les libertés publiques les développements rapides de l'informatique, avaient été exprimées dès les années 60 et avaient conduit à l'élaboration de textes législatifs aussi bien en Europe qu'en Amérique du Nord<sup>521</sup>.

La première loi relative au « traitement informatisé des informations nominatives » fut adoptée le 1970 par le Land de Hesse<sup>522</sup>, suivie en 1973 par la loi suédoise « sur les données à caractère personnel<sup>523</sup> ».

---

<sup>518</sup> *Ibid* M. L. LEVY p27

<sup>519</sup> G. BRAIBANT « Données personnelles et société de l'information : Rapport au Premier ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95-46 » (1998) La documentation française, Collection des rapports officiels Paris <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/984000836.pdf>

<sup>520</sup> L'instruction du 30 mai 1941 précise les choses : « la première composante est ainsi définie : 1 et 2 : [selon le sexe] désignent les citoyens français y compris les Juifs, 3 et 4 : les " Indigènes d'Algérie et de toutes colonies sujets français, à l'exception des Juifs" 5 et 6 les Juifs indigènes sujets français, 7 et 8 : les étrangers y compris les Juifs » Les formulations « citoyens français, y compris les Juifs » « étrangers y compris les Juifs » sont utilisées pour « s'adapter à la situation coloniale de l'Algérie, certes compliquée par l'abrogation du décret Crémieux, mais non de se soumettre aux conceptions raciales nazies, qui auraient impliqué de mettre les Juifs français et étrangers dans des catégories particulières » (M. L. LEVY *Ibid* p30)

<sup>521</sup> Privacy Act américain (5 USC § 552 a) du 31 décembre 1974 qui protège les individus contre une utilisation abusive de leurs données personnelles par les administrations.



**233.** Le problème pris toute sa dimension en France lorsque, dans le tourbillon du développement de l'informatique, l'INSEE décida d'une part de centraliser en 1971 les répertoires d'identification à Nantes dans le cadre de la mise en place d'un « Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus » (projet SAFARI) et d'autre part de fusionner ces données en février 1972, avec le fichier national des assurés de la caisse nationale d'Assurance vieillesse qui comprenait les adresses de toutes les personnes répertoriées.

C'était la porte ouverte à l'interconnexion des bases de données contenues dans les fichiers électroniques des services publics et associés. La manipulation centralisée des données personnelles collectées devait aboutir au fichage des français !

Le projet qui fut révélé dans un article du journal le monde en 1974<sup>524</sup> suscita dans la population un sentiment d'inacceptable surveillance étatique digne de « Big Brother<sup>525</sup> » contre lequel un seul cri devait se faire entendre ... « *I'm not a number* ! <sup>526</sup>»

**234.** Les ambitions vastes et inquiétantes du ministère de l'intérieur qui étaient alors révélées dans l'article du Monde<sup>527</sup>, ont fait dire au procureur général près la Cour de cassation les

---

<sup>522</sup> La loi du 7 octobre 1970 fut suivie par le Federal Act de 1977, amendé en 1990. Data protection in Germany : <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BDSG.htm#foreword>; «Loi du Land de Hesse (RFA) du 7 octobre 1970», in : Gesetz-und Verordnungsblatt für das Land Hesse, Teil I Nr 41, Wiesbaden, 12X1970. Texte français in G. B. F. Niblett "L'information numérique et la protection des libertés individuelles "Paris : OCDE, 1971 pp. 51 -56 ; J. BERLEUR Vingt ans de lois relatives à l'informatique. Quels acquis ? Quels défis ? En tout cas, encore un long chemin. Journal de réflexion sur l'informatique N°17 pp 41-48 (27 novembre 1982) Informatique et liberté

[https://www.anthologieprivacy.be/sites/anthology/files/Vingt\\_ans\\_de\\_lois\\_relatives\\_%C3%A0\\_l%27informatique.\\_Quels\\_acquis%3F\\_Quels\\_d%C3%A9fis%3F\\_En\\_tout\\_cas%2C\\_encore\\_un\\_long\\_chemin\\_....pdf](https://www.anthologieprivacy.be/sites/anthology/files/Vingt_ans_de_lois_relatives_%C3%A0_l%27informatique._Quels_acquis%3F_Quels_d%C3%A9fis%3F_En_tout_cas%2C_encore_un_long_chemin_....pdf)

<sup>523</sup> Loi n° 289 du 11 mai 1973 sur les données à caractère personnel amendée par les lois n° 334 du 1<sup>er</sup> juillet 1979 et 446 du 1<sup>er</sup> juillet 1982

<sup>524</sup> P. BOUCHER « Une division de l'informatique est créée à la chancellerie " Safari " ou la chasse aux Français » Le Monde p9, 21 mars 1974.

<sup>525</sup> Système de fichage et d'écoute généralisés imaginé par Orwell dans sa magistrale œuvre d'anticipation « 1984 » sur la vie privée muselée (1984 G. Orwell (1949) Éditeur Secker and Warburg [http://www.ebooksgratuits.com/pdf/orwell\\_1984.pdf](http://www.ebooksgratuits.com/pdf/orwell_1984.pdf) )

<sup>526</sup> « Je ne suis pas un numéro ! » Clin d'œil à la célèbre série télévisée anglaise « The prisoner » diffusée entre le 29 septembre 1967 et le 1er février 1968 sur ITV, crée par Patrick McGoohan et George Markstein et qui fut considérée comme la plus innovante et intellectuellement provocatrice jamais diffusée à l'époque. Il faut reconnaître que 50 ans plus tard, cette série reste un chef d'œuvre

<sup>527</sup> « Le ministère de l'intérieur a d'encore plus vastes ambitions. Détenteurs, déjà, du fichier national du remembrement, les services de M. Jacques Chirac font de grands efforts pour, affirme-t-on, s'en adjoindre d'autres : le cadastre, le fichier de la direction nationale des impôts et, plus grave peut-être, celui du ministère du travail »

craintes profondes qu'il éprouvait<sup>528</sup> vis à vis d'un système que nous estimons indigne du respect dû aux libertés individuelles et d'hommes politiques se devant d'être attachés aux valeurs républicaines.

La situation était d'autant plus choquante que toute proposition de débat public concernant les projets d'informatisation du gouvernement avait été écartée par le Premier ministre<sup>529</sup> en dépit des recommandations intérieures du Conseil d'État en 1970 et du ministère de la justice en 1972, mais également dans l'ignorance des positions exprimées par les pays voisins.

**235.** Les réactions vives que cette situation avait déclenchées, ont conduit le Premier ministre<sup>530</sup> à ordonner le retrait du projet et l'arrêt immédiat de nouvelles interconnexions. Par deux décrets<sup>531</sup>, le Président de la République, sur le rapport du Premier ministre et du Gardes des Sceaux a décrété en novembre 1974 « l'institution d'une commission chargée de proposer au Gouvernement un Code des libertés fondamentales de l'individu »<sup>532</sup> et « la création de la commission Informatique et Liberté »<sup>533</sup>.

Les travaux de la commission présentés en 1975<sup>534</sup> jetèrent les bases d'un projet de loi déposé le 9 août 1976 dont le Parlement a débattu à partir du 4 octobre 1977. Après deux ans de

---

<sup>528</sup> A. TOUFFAIT procureur général de la Cour de cassation, 9 avril 1973 devant l'Académie des sciences morales et politiques (cité par P. Boucher dans son article) : « *la dynamique du système qui tend à la centralisation des fichiers risque de porter gravement atteinte aux libertés, et même à l'équilibre des pouvoirs politiques* »

<sup>529</sup> *Ibid* P. BOUCHER (V. *supra* n° 233) « *On admettra, dans ces conditions, que l'ouverture d'un débat public paraîtra particulièrement urgente pour définir les limites de l'emploi des banques de données. Or, ce débat paraît, dans le principe, écarté par le premier ministre, qui, dans une lettre directive adressée voici quelques semaines à M. Jean Taittinger, avait écarté une telle procédure au profit de circulaires, voire de décrets, préservant en tout état de cause le secret de décision de l'administration* »

<sup>530</sup> Pierre MESSMER, Premier ministre du 27 février au 27 mai 1974 pendant la présidence de Georges POMPIDOU et d'Alain POHER (par interim au décès de G. Pompidou), fut remplacé par Jacques CHIRAC du 27 mai 1974 au 25 Août 1976 sous la présidence de Valéry GISCARD-D'ESTAING. Le garde Sceaux ministre de la Justice fut Jean TAITTINGER dans le gouvernement Messmer, et Michel PONIATOWSKI dans celui de Giscard-d'Estaing

<sup>531</sup> Décret n° 74-937 du 8 novembre 1974 instituant une commission chargée de proposer un Code des libertés fondamentales de l'individu. Décret n° 74-938 du 8 novembre 1974 portant création de la commission Informatique et Libertés

<sup>532</sup> L'article 2 du décret 74-937 dispose que « *la commission a pour objet de codifier les textes...concernant l'exercice des libertés individuelles* » et de proposer des adaptations et mises à jour rendues nécessaires par le « *développement de nouveaux modes d'expression* » ou « *de techniques nouvelles comportant un risque pour les libertés individuelles et la vie privée* »

<sup>533</sup> L'article 1<sup>er</sup> du décret 74-938 dispose que la commission Informatique et Libertés devra proposer, « *dans un délai de six mois, des mesures tendant à garantir que le développement de l'informatique dans les secteurs public, semi-public et privé se réalisera dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés publiques* ».

<sup>534</sup> Rapport « *Tricot* » (107 pages accompagnées de 23 pages d'annexes), rapporteur général. La documentation française

discussion et présentation devant la commission des Lois, le texte adopté donna naissance à la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, promulguée le 6 janvier 1978<sup>535</sup>.

**236.** L'article 1<sup>er</sup> de la loi dispose en particulier que « l'informatique doit être au service de chaque citoyen » et qu'elle ne « *doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'Homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* » et les articles 4 et 5 renseignent sur les définitions adoptées concernant les termes « *d'information nominative* » et de « *traitement automatisé d'informations* »<sup>536</sup>.

Le chapitre II de la loi est consacré à l'institution de la Commission Nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), en tant qu'autorité administrative indépendante « *chargée de veiller au respect des dispositions de la présente loi* » en informant les individus de leurs droits et obligations et en « *contrôlant les applications de l'informatique aux traitements des informations nominatives* ». Les chapitres III, IV et V traitent respectivement des formalités préalables à la mise en œuvre de traitements automatisés de données, des procédés de collecte, enregistrement et conservation des informations nominatives et du droit d'accès des personnes à leurs données. Les dispositions pénales sont énoncées au chapitre VI.

La CNIL, chargée de délivrer les autorisations de traitement mis en œuvre, était dotée d'un pouvoir règlementaire. L'indépendance administrative attribuée à la CNIL au titre de l'article 8, fut souhaitée par la commission des Lois<sup>537</sup> afin de lui conférer l'indépendance requise pour mener à bien ses missions.

---

<sup>535</sup> Version originale de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (JORF du 7 janvier 1978, V. *supra* n° 22 )

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886460&categorieLien=id>

[https://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?id=JORFTEXT000000886460&pageCourante=00227](https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000886460&pageCourante=00227)

<sup>536</sup> « *sont réputées nominatives... les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou indirectement l'identification des personnes physiques* » ; « *est dénommé traitement automatisé d'informations nominatives... tout ensemble d'opérations réalisées par des moyens automatiques relatif à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration la modification, la destruction d'informations nominatives... ainsi que tout ensemble d'opérations... se rapportant à l'exploitation de fichiers ou bases de données... et notamment les interconnexions ou rapprochements consultations ou communications d'informations nominatives* »

<sup>537</sup> « *Le statut de cette commission [CNIL] devait être original. Elle devait tirer son efficacité de son indépendance... Tout l'effort de la Commission des Lois a tendu, à travers les différentes modifications proposées, à laisser à la commission son caractère d'autorité administrative tout en lui conférant, notamment par sa composition, l'autorité et l'indépendance requises pour pouvoir accomplir sa mission* » Rapport 72 déposé par M. Jacques Thyraud, le 10 novembre 1977 au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi Adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à l'Informatique et aux Libertés., p25 chapitre II, 1ère lecture au Sénat - <http://www.senat.fr/rap/l77-072/l77-072.html>

C'est un pilier essentiel à son bon fonctionnement.

**237.** En application de cette loi, dont la dernière modification par la loi 2018-493 est intervenue le 20 juin 2018<sup>538</sup>, les personnes ont un droit d'opposition vis à vis du traitement de leurs données personnelles (art 32), sauf si le traitement est requis dans une procédure exceptionnelle, un droit d'information concernant la finalité des traitements (art 9) et un droit d'accès (art 39) permettant la rectification ou l'élimination des données stockées dans des bases constituées à cet effet (art. 70-18). Le profilage automatique consistant à répertorier les comportements individuels avec l'aide d'un algorithme est proscrit (art. 10).

La loi originale Informatique et Liberté a subi plusieurs modifications depuis sa promulgation en 1978<sup>539</sup> et fut adaptée aux évolutions des contextes européen portées par le RGPD.

**238.** Depuis SAFARI, plusieurs autres fichiers mettant en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel de la population française ont vu le jour, avec plus ou moins de difficultés et de remarques de la CNIL.

On citera par exemple, le « *système de traitement des infractions constatées* » (STIC)<sup>540</sup>, dont la création fut annoncée dans un rapport annexe à la loi du 7 Août 1985 relative à la modernisation de la police nationale et dont l'existence fut reconnue par la loi du 18 mars 2003, le « *système Judiciaire de Documentation et d'Exploitation* » (JUDEX), de la Gendarmerie Nationale<sup>541</sup> le « *Système d'Information Schengen* » (SIS)<sup>542</sup>, le fichier de « *Centralisation du renseignement intérieur pour la sécurité du territoire et les intérêts nationaux* » (CRISTINA)<sup>543</sup> et le projet

---

<sup>538</sup> V. *supra* n° 221

<sup>539</sup> V. *supra* n° 22

<sup>540</sup> <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-autres-branches/dissertation/fichier-stic-systeme-traitement-infractions-constatees-444742.html>

<sup>541</sup> Décret n°2006-1411 du 20 novembre 2006 portant création du système judiciaire de documentation et d'exploitation dénommé « JUDEX » Code de procédure pénale : Article 230-6 Créé par LOI n°2011-267 du 14 mars 2011 - art. 11 « Afin de faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs, les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale peuvent mettre en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel... »

<sup>542</sup> <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/lang/fr/Cooperation/SupervisionCoordination/CSIS>

<sup>543</sup> Le fichier CRISTINA <http://www.udb-bzh.net/IMG/pdf/Le%20fichier>, est géré par la Direction Centrale du Renseignement Intérieur (DCRI). Classé « secret défense », il contient des données personnelles sur les individus fichés et les personnes de leur entourage, et n'est soumis à aucun contrôle. Le Conseil d'État a validé le fichier CRISTINA et l'a dispensé de publication au Journal Officiel. (2016) [http://www.nonfiction.fr/article-3320-le\\_conseil\\_detat\\_valide\\_le\\_fichier\\_cristina\\_et\\_le\\_dispense\\_de\\_publication\\_au\\_journal\\_officiel.htm](http://www.nonfiction.fr/article-3320-le_conseil_detat_valide_le_fichier_cristina_et_le_dispense_de_publication_au_journal_officiel.htm)

d' « exploitation documentaire et valorisation de l'information générale » créée en juin 2008 et retiré la même année<sup>544</sup>.

#### §4. La protection des données personnelles par RGPD

**239.** La mise en application le 25 mai 2018 du Règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>545</sup>, entré en vigueur le 4 mai 2016, a hissé le concept de protection des données à caractère personnelles au rang des principes fondamentaux qui sous-tendent les droits de l'Homme.

**240.** Le Règlement Général pour la Protection des Données (RGPD), est un acte législatif dont le caractère contraignant implique une mise en œuvre dans son intégralité au sein de toute l'Union Européenne. C'est aujourd'hui le texte européen de référence sur la protection des données à caractère personnel plus communément désignées « données personnelles »<sup>546</sup>.

---

<sup>544</sup> Créé par le décret no 2008-632 du 27 juin 2008 (JO 1er juill.), ce projet de fichier abrogé par le décret no 2008-1199 du 19 novembre 2008, et laissa la place à de nouveaux traitements. Voir pour les rebondissements d'une affaire bien opaque : E. ALLAIN « EDVIGE : un fichier fourre-tout ? » Dalloz actualité 03 juillet 2008 ; S. BRONDEL « Le premier ministre fixe le cadre pour l'élaboration du décret EDVIGE 2 » Dalloz actualité 01 octobre 2008 ; « Rejet pour défaut d'urgence de la demande de suspension du décret portant création du fichier « EDVIGE » par Le Conseil D'État et La Juridiction Administrative ». Plusieurs requérants avaient saisi le juge des référés du Conseil d'État de demandes tendant notamment à ce que soit ordonnée la suspension de l'exécution du décret n° 2008-632 du 27 juin 2008 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « EDVIGE » « ... Par une ordonnance du 29 octobre 2008 (N° 321413, 321705 et 321774, ASSOCIATION CAP 21 et autres), le juge des référés a rejeté les requêtes au motif que la condition d'urgence exigée par le Code de justice administrative pour qu'il fasse usage de ses pouvoirs de suspension n'était pas remplie » (<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Rejet-pour-defaut-d-urgence-de-la-demande-de-suspension-du-decret-portant-creation-du-fichier-Edvige>); voir « EDVIGE : les référés n'ont pas été inutiles » <http://science21.blogs.courrierinternational.com/archive/2008/10/23/edvige-les-referes-n-ont-pas-ete-inutiles.html>; S. LAVRIC « EDVIGE : suite et fin » Décret n° 2009-1249 du 16 oct. 2009, JO 18 oct. et Décret n° 2009-1250 du 16 oct. 2009, JO 18 oct. Dalloz actualité 20 octobre 2009; S. LAVRIC « EDVIGE : suite et fin (2) » D. 2009 p. 2477

<sup>545</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)

<sup>546</sup> Il faudra attendre le nouveau règlement « concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques » <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>) proposé par le parlement européen le 10 janvier 2017, pour que des réglementations adaptées au nouveau visage des communications électroniques prennent effet. Dans ce cadre, la protection des métadonnées, qui sont des « informations techniques permettant l'acheminement des

Il laisse toutefois une très grande marge d'interprétation nationale laissée à l'appréciation des États membres qui aux yeux de nombreuses personnes auditionnées, nuit à une harmonisation souhaitée des dispositions et font peser le risque d'une nouvelle fragmentation du régime de la protection des données personnelles dans l'Union européenne <sup>547</sup>

**241.** La définition des données personnelles à l'article 4 du règlement, est la prolongation de celle contenue dans la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil « *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données* », et en diffère par l'ajout de nouveaux éléments issus de l'évolution des technologies numériques. Ainsi, le considérant 30 de la version du règlement parue au journal officiel de l'Union Européenne énonce « *Les personnes physiques peuvent se voir associer, par les appareils, applications, outils et protocoles qu'elles utilisent, des identifiants en ligne tels que des adresses IP et des témoins de connexion (« cookies ») ou d'autres identifiants, par exemple des étiquettes d'identification par radiofréquence. Ces identifiants peuvent laisser des traces qui, notamment lorsqu'elles sont combinées aux identifiants uniques et à d'autres informations reçues par les serveurs, peuvent servir à créer des profils de personnes physiques et à identifier ces personnes* ».

**242.** Le concept de droit à la protection des données personnelles déjà mentionné expressément dans la directive 95/46/CE, puis par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 18 décembre 2000<sup>548</sup> et l'article 16 du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, s'applique à « *tous les aspects de sa vie [de la personne] ... à*

---

*communications électroniques* », revêt une place importante car elles concernent toutes les informations aussi « personnelles » que les données à caractère personnel qui sont l'objet du RGDP. Cette nouvelle réglementation est très attendue, car les grandes entreprises, telles que Google, Facebook etc., qui traitent massivement à l'échelle mondiale les métadonnées ne sont pas soumises à la réglementation actuelle sur la collecte et la conservation des métadonnées (« Le droit à la data ? comprendre « pourquoi » la GDPR et e-privacy » Ledieu-Avocats 25 juillet 2017 <https://www.ledieu-avocats.fr/gdpr-droit-data-rgpd-e-privacy/>)

<sup>547</sup> Selon le rapport d'information 4544 déposé par Mme A.-Y. LE DAIN et M. P. GOSELIN, devant l'Assemblée Nationale française en application de l'article 145 de son règlement (<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/reglement.asp>), concernant « *les incidences des nouvelles normes européennes en matière de protection des données personnelles sur la législation française* », un total de 56 renvois au droit national sont prévus par le règlement 2016/679

<sup>548</sup> L'article 8 dispose en particulier « *1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.* »

*son domicile, sur un lieu de travail, lorsqu'elle fait des achats ou reçoit un traitement médical, au poste de police ou sur internet »<sup>549</sup>.*

**243.** Au titre des dispositions innovantes pour la protection et le meilleur contrôle des données à caractère personnel par la personne concernée, on peut relever celles qui concernent le droit à l'oubli élargi aux motifs ouvrant droit à l'effacement des données qui avaient été collectées auprès d'enfants et la nécessité d'une information exprimée en termes clairs et simples. La portabilité des données avait été précédemment actée en France par l'article 48 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique dont la section 2 est intitulée « Portabilité et récupération des données ».

La notion de consentement, déjà bien ancrée dans le droit français, est renforcée par la nécessité d'obtenir de la personne concernée, un acte *« positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique, éclairée et univoque son accord au traitement des données à caractère personnel la concernant »*

**244.** Une mesure phare du règlement est exposée au considérant 85. Elle concerne l'obligation de sécurité imposée au responsable du traitement de notifier à l'autorité de contrôle l'occurrence d'une violation de données à caractères personnelles dans les meilleurs délais et, lorsque c'est possible 72 heures au plus tard après en avoir pris connaissance.

**245.** Enfin, un autre aspect majeur du règlement tient à la mise en place de sanctions très significatives à l'égard des entreprises qui ne respecteraient pas les termes du règlement relatifs à la protection des données à caractère personnel et de la reconnaissance du droit à réparation et responsabilité, par l'alinéa 1 de l'article 82 qui dispose *« Toute personne ayant subi un dommage matériel ou moral du fait d'une violation du présent règlement a le droit d'obtenir du responsable du traitement ou du sous-traitant réparation du préjudice subi »*.

Dans la même veine, l'article 80 confirme le recours aux actions collectives en disposant que *« La personne concernée a le droit de mandater un organisme, une organisation ou une association à but non lucratif, qui a été valablement constitué conformément au droit d'un État membre, dont les objectifs statutaires sont d'intérêt public et est actif dans le domaine de la*

---

<sup>549</sup> *op cit* communiqué de presse de la Commission européenne du 25 janvier 2012

*protection des droits et libertés des personnes concernées dans le cadre de la protection des données à caractère personnel les concernant, pour qu'il introduise une réclamation en son nom, exerce en son nom les droits visés aux articles 77, 78 et 79 et exerce en son nom le droit d'obtenir réparation visé à l'article 82 lorsque le droit d'un État membre le prévoit* ». On voit à nouveau ici qu'une restriction importante à l'application de cette mesure tient au fait que l'État membre doit avoir prévu de telles dispositions ou les inclure dans l'adaptation nationale qu'il doit effectuer<sup>550</sup>.

**246.** Sous l'impulsion de Maximilian Schrems<sup>551</sup>, une action de groupe a été initiée en 2014<sup>552</sup> à Vienne (Autriche), contre Facebook Ireland Ltd<sup>553</sup> au motif que les pratiques de cette société enfreignent les lois européennes de protection des données personnelles et de la vie privée<sup>554</sup>.

---

<sup>550</sup> Pour une analyse plus détaillée des nouveaux enjeux concernant la mise en œuvre du RGPD, O. TAMBOU « Protection des données personnelles : les difficultés de la mise en œuvre du droit européen au déréférencement » RTD Eur (2016) p.249 ; F. CHALTIEL « Le règlement général européen sur la protection des données » Revue de l'Union européenne 2018 p. 249 ; O. TAMBOU « Règlement général de la protection des données : l'après 25 mai 2018 » Le droit en débats Dalloz actualité 25 septembre 2018

<sup>551</sup> Maximilian Schrems ([https://en.wikipedia.org/wiki/Max\\_Schrems](https://en.wikipedia.org/wiki/Max_Schrems)) est le co-fondateur du site militant Europe versus Facebook (<http://europe-v-facebook.org/EN/en.html>) créé, en outre pour défendre le respect du droit des données personnelles, tel qu'il est défini au sein de l'Union Européenne. Qualifié de « gardien des données personnelles » dans un article du journal « Le Monde » ([http://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/10/06/max-schrems-le-gardien-des-donnees-personnelles-qui-fait-trembler-les-geants-du-web\\_4783391\\_4408996.html](http://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/10/06/max-schrems-le-gardien-des-donnees-personnelles-qui-fait-trembler-les-geants-du-web_4783391_4408996.html)), M. Schrems dépose une plainte en 2011 qui est à la source de l'invalidation de l'accord « safe harbor » par la Cour de Justice de l'Union Européenne

<sup>552</sup> Copie du jugement rendu le 31 juillet 2014 en langue allemande : <http://www.europe-v-facebook.org/sk/sk.pdf>; traduction officielle en langue anglaise [http://www.europe-v-facebook.org/sk/sk\\_en.pdf](http://www.europe-v-facebook.org/sk/sk_en.pdf)

<sup>553</sup> Facebook Ireland Ltd est responsable des opérations de « facebook.com » dans tous les pays autres que le Canada et les USA. A ce titre elle gère l'activité de 82% des utilisateurs de Facebook dans le monde. Selon [societe.com](http://societe.com), Facebook Ireland Ltd a deux établissements actifs en Europe, l'un en Irlande en charge des « activités des sièges sociaux » et l'autre à Paris assurant le « traitement de données, hébergement et activités connexes »

<sup>554</sup> Limitée initialement à 25 000 utilisateurs du réseau Facebook et à un montant de 500 € de dommages par internaute, c'est la plus grande action collective exercée devant un tribunal européen. Le recours est déposé en tant qu'action collective sans but lucratif. Il est financé par le cabinet Roland ProzessFinanz situé à Cologne dont le principe affiché est « Egalité des chances devant la Cour »

[https://www.roland-prozessfinanz.de/de/fueranwaelte/prozessfinanzierung/dieidee\\_1/](https://www.roland-prozessfinanz.de/de/fueranwaelte/prozessfinanzierung/dieidee_1/) Plus de 50 000 plaignants se sont enregistrés pour rejoindre ultérieurement l'action de manière collective. Le système autrichien de recours collectif, validé par deux décisions de la Cour suprême de Vienne (RIS - 3Ob275/04v du 31 mars 2005 et RIS - 4Ob116/05w du 12 juillet 2005) permet à un groupe d'individus d'adjoindre leurs revendications à celle d'un plaignant unique. Ainsi, la procédure est considérée comme impliquant deux parties (défendeur et demandeur) mais concerne en fait une procédure collective. Fact Sheet-Europe-v-facebook [http://www.europe-v-facebook.org/sk/fs\\_en.pdf](http://www.europe-v-facebook.org/sk/fs_en.pdf)



Au titre des violations des droits de la vie privée qui sont reprochés à Facebook, figurent des GCU non valides, la collecte illégale et la transmission de données personnelles d'utilisateurs, et le suivi de l'activité des internautes par l'utilisation de boutons et applications du type « like ».

Selon les juridictions européennes, les consommateurs agissant en tant que particuliers, en dehors du cadre de leur activité professionnelle peuvent se retourner vers leurs juridictions nationales.

En fait l'action de groupe est menée selon une initiative à but non lucratif et les revenus éventuels, déduction faite des frais de représentation légale, seront partagés par les plaignants ayant participé au recours collectif.

A la suite à la procédure déposée par M. Schrems et en réponse au rejet signifié par la Cour régionale, la Cour d'appel de Vienne, statua dans une décision écrite, que M. Schrems agissant en dehors de tout cadre professionnel, était habilité à engager une procédure devant la Cour de Vienne pour 20 de ses 22 revendications<sup>555</sup>. La cour d'Appel ne considéra pas que d'autres procédures concernant le même sujet puissent être ajoutées à celle de M. Schrems, sous la forme d'une action de groupe<sup>556</sup> et finalement, dans un arrêt rendu le 25 janvier 2018 la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) débouta M. Schrems sur sa demande de pouvoir saisir un juge autrichien en application de l'article 16 du règlement Bruxelles I pour faire valoir des droits propres mais également des droits qui lui auraient été cédés par sept autres personnes, domiciliées en Autriche, en Allemagne et en Inde.<sup>557</sup>

#### **247.** Les rebondissements de cette affaire sont intéressants à plusieurs titres.

Tout d'abord, il s'agissait d'une première en Europe.

---

<sup>555</sup> Jugement de La Cour d'Appel : [http://www.europe-v-facebook.org/PA\\_OLG\\_en.pdf](http://www.europe-v-facebook.org/PA_OLG_en.pdf), voir le communiqué de presse en anglais : [http://www.europe-v-facebook.org/PA\\_OLG\\_en.pdf](http://www.europe-v-facebook.org/PA_OLG_en.pdf)

<sup>556</sup> Jugement de la Cour d'Appel : [http://www.europe-v-facebook.org/PA\\_OLG\\_en.pdf](http://www.europe-v-facebook.org/PA_OLG_en.pdf), voir aussi le communiqué de presse en anglais : [http://www.europe-v-facebook.org/PA\\_OLG\\_en.pdf](http://www.europe-v-facebook.org/PA_OLG_en.pdf)

<sup>557</sup> 7/2018 : 25 janvier 2018 - Arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-498/16 « *La cour (troisième chambre) dit pour droit : 1) L'article 15 du règlement (CE) no 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens qu'un utilisateur d'un compte Facebook privé ne perd pas la qualité de « consommateur », au sens de cet article, lorsqu'il publie des livres, donne des conférences, exploite des sites Internet, collecte des dons et se fait céder les droits de nombreux consommateurs afin de faire valoir ces droits en justice* ».

2) L'article 16, paragraphe 1, du règlement no 44/2001 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à l'action d'un consommateur visant à faire valoir, devant le tribunal du lieu où il est domicilié, non seulement ses propres droits, mais également des droits cédés par d'autres consommateurs domiciliés dans le même État membre, dans d'autres États membres ou dans des États tiers

Bien que Facebook ait déjà été confrontée à des recours de groupe aux USA, c'était la première fois qu'une action collective de cette envergure était intentée contre une compagnie qui a toujours considéré que les juridictions européennes n'étaient pas compétentes pour juger de ce qui concerne la collecte et la manipulation des données personnelles sur son réseau.

La Commission européenne avait exposé en 2013<sup>558</sup> plusieurs recommandations visant à mettre en place, au profit de personnes privées, des mécanismes harmonisés reposant sur des ordonnances judiciaires « *visant à faire cesser les violations des droits que leur confère le droit de l'Union* ».

Ce type de « *recours collectif* » auquel peuvent se joindre « *dans une action en justice unique, de nombreuses prétentions individuelles, relatives à une seule et même infraction* » assure un accès à la justice pour tous, tout en respectant les mécanismes nationaux.

Cependant la procédure proposée se distinguait des actions de groupe qui permettent aux victimes d'un même préjudice de se regrouper pour intenter une action commune dont les motivations peuvent être morales, politiques, commerciales ou sociales par exemple.

**248.** A cette époque, plusieurs pays s'étaient dotés de procédures d'actions de groupe qui diffèrent dans les détails de leur mise en œuvre<sup>559</sup>.

En France, une loi adoptée le 17 mars 2014<sup>560</sup> reconnaît aux associations de consommateurs agréées la possibilité d'intenter des « *actions de groupe* » dans les domaines du droit de la concurrence et de la consommation, à condition qu'ils concernent des manquements à des obligations professionnelles, au détriment des consommateurs. Contrairement au droit américain

---

<sup>558</sup> La Commission recommande aux États membres de se doter de mécanismes de recours collectif pour garantir à leurs justiciables un accès effectif à la justice ; [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-524\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-524_fr.htm)

<sup>559</sup> Overview of existing collective redress schemes in EU Member States

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf> ; voir également l'analyse COM(2008) qui avait été présentée le 27 novembre 2008 par la Commission des Communautés Européennes en ce qui concerne les recours collectifs pour les consommateurs. Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf>

<sup>560</sup> En France, la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=6B0B2EC835F5FE4D63527DF515E7FBBC.tpdila14v\\_2?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=6B0B2EC835F5FE4D63527DF515E7FBBC.tpdila14v_2?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id) a modifié, après bien des propositions précédemment avortées le titre II du Code de la consommation (Action collective en France. Voir un résumé de l'historique politique sur Wikipedia [https://fr.wikipedia.org/wiki/Recours\\_collectif](https://fr.wikipedia.org/wiki/Recours_collectif)), bien qu'une confusion soit faite dans ce texte entre recours collectif et action de groupe (class action)

dont les « *class actions* » ont pour objectif de « *punir* » les entreprises condamnées, l'application de la loi française vise à la cessation des dommages subis par les consommateurs.

C'est avec la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>561</sup> introduisant un article 43 ter<sup>562</sup> dans la loi 78-17 du 6 janvier 1978 (Informatique et Libertés) que l'action de groupe relative aux données personnelles a été à son tour reconnue. Le fait que ces actions n'étaient possibles qu'au travers d'associations et organisations syndicales définies au quatrième alinéa de cet article<sup>563</sup>, s'est avérée être une limitation importante, car de nombreuses associations n'avaient pas les moyens financiers pour entreprendre de telles actions. De plus l'action entreprise devait tendre « exclusivement à la cessation de ce manquement »<sup>564</sup> et les entreprises concernaient préféraient souvent régler les litiges au travers de procédures de conciliation<sup>565</sup>.

**249.** Avec l'entrée en application du RGPD<sup>566</sup> et de la modification de l'article 43ter par l'article 25 de la loi 2018-493 relative à la protection des données personnelles<sup>567</sup>, l'action de groupe peut maintenant « *être exercée en vue soit de faire cesser le manquement mentionné au II, soit d'engager la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices matériels et moraux subis, soit de ces deux fins* ».

---

<sup>561</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (1)

<sup>562</sup> Le deuxième alinéa de cet article dispose « *Lorsque plusieurs personnes physiques placées dans une situation similaire subissent un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature aux dispositions de la présente loi par un responsable de traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant, une action de groupe peut être exercée devant la juridiction civile ou la juridiction administrative compétente* »

<sup>563</sup> « *IV.-Peuvent seules exercer cette action : 1° Les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel ; 2° Les associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L. 811-1 du Code de la consommation, lorsque le traitement de données à caractère personnel affecte des consommateurs ; 3° Les organisations syndicales de salariés ou de fonctionnaires représentatives au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du Code du travail ou du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou les syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire, lorsque le traitement affecte les intérêts des personnes que les statuts de ces organisations les chargent de défendre* »

<sup>564</sup> Alinea III de l'article 43 ter

<sup>565</sup> L'article 21 du Code de procédure pénale dispose « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* »

<sup>566</sup> Dont l'article 80 dispose que « *La personne concernée a le droit de mandater un organisme, une organisation ou une association à but non lucratif [ ] pour qu'il introduise une réclamation en son nom, exerce en son nom [ ] le droit d'obtenir réparation visé à l'article 82 [ ]* »

<sup>567</sup> Version en vigueur au 25 mai 2018

Au premier jour de l'entrée en application du RGPD (le 25 mai 2018), l'association à but non lucratif NOYB<sup>568</sup> a déposé quatre plaintes, contre Google (Android), Facebook, WhatsApp et Instagram pour « consentement forcé »<sup>569</sup>. Dans le même ordre d'action de groupe, la Quadrature du Net, association spécialisée dans la défense des droits des internautes, « vient d'envoyer à la CNIL le 28 mai 2018, cinq plaintes contre Facebook, Google (Gmail, YouTube et Search), Apple (iOS et son méga-cookie), Amazon et LinkedIn ». Selon l'association, plus de 12 000 internautes se sont joints en six semaines à ces plaintes collectives<sup>570</sup>.

## §5. L'identification des individus à l'épreuve de l'internationalisation

**250.** Parmi les entreprises privées qui ont travaillé sur des solutions d'identification numérique sécurisée, nous citerons l'exemple de SAFRAN<sup>571</sup>, leader mondial dans la production de cartes dotées de composants électroniques. En combinant plusieurs caractéristiques spécifiant la personne au travers du matériel qu'elle emploie (téléphone, smartphone, ou carte à puce), du mot de passe qui lui a été attribué, et de ses identifiants biométriques, les systèmes développés par SAFRAN offrent une sécurité beaucoup plus grande que celles qui sont utilisées actuellement et qui reposent sur l'envoi « confidentiel » ou la demande de confirmation d'un identifiant et du mot de passe par SMS<sup>572</sup>.

Parmi les réalisations phares de la compagnie, on relèvera le système Idensys implanté aux Pays-Bas qui permet à l'utilisateur de « s'authentifier sur son smartphone à partir d'un selfie check » réalisé avec la caméra intégrée au téléphone<sup>573</sup> une option qui enthousiasme les

---

<sup>568</sup> Le « Centre européen pour les droits du numérique » dont l'acronyme NOYB est l'abréviation proposée de « none of your business » (ce n'est pas vos affaires), est l'association fondée par M. Schrems en 2017. Elle est déclarée en Autriche à Vienne. <https://noyb.eu/faqs>

<sup>569</sup> Afin de permettre une coordination au niveau européen, les plaintes ont été déposées auprès de la CNIL en France, de la « Data Protection Authority » (DPA) en Belgique, du « Commissaire de Hambourg pour la protection des données et la liberté d'information » (HmbBfDi) en Allemagne et de la « Austrian Data Protection Authority » en Autriche. Voir GDPR : noyb.eu filed four complaints over « forced consent » against Google, Instagram, WhatsApp and Facebook). <https://noyb.eu/?lang=fr>

<sup>570</sup> Voir [https://www.laquadrature.net/fr/depot\\_plainte\\_gafam](https://www.laquadrature.net/fr/depot_plainte_gafam)

<sup>571</sup> Safran fut un leader mondial des solutions de sécurité et d'identité destinées à un monde de plus en plus numérique et connecté. Connue précédemment sous le nom de MORPHO la branche Safran Identity & Security a été acquise le 31 mai 2017 par Advent International et Bpifrance pour donner naissance à OT-MORPHO, leader mondial des technologies de l'identification et de la sécurité numérique <https://www.adventinternational.com/fr/advent-international-et-bpifrance-finalisent-lacquisition-de-safran-identity-security-morpho-et-creent-ot-morpho-leader-mondial-des-technologies-de-lidentification-et-de-la-secu/>

<sup>572</sup> Short Message Service, texto, mini message, text message

<sup>573</sup> Authentification en ligne : les Pays-Bas s'associent à Morpho et lancent le projet Idensys. « the personalization department delivers services for several millions of biometric passports, national ID cards, driver licenses, smart

utilisateurs et entreprises qui l'ont essayée<sup>574</sup> ; le système Mobile Driver License (mDL) de MorphoTrust USA qui depuis 2015 permet aux conducteurs de véhicules d'avoir leur permis de conduire stocké dans leur smartphone de manière à pouvoir être affiché directement sur l'écran en cas de contrôle. Le logiciel comporte de multiples éléments de sécurité incrustés dans l'image.

**251.** L'aéroport de Changi (Singapour) a retenu le système de contrôle biométrique MorphoPass pour son nouveau terminal<sup>575</sup> et au Brésil, Banco Itaú a doté ses distributeurs automatiques de capteurs biométriques, ne nécessitant plus l'utilisation de cartes bancaires pour effectuer des retraits et qui garantissent une identification sécurisée et personnalisée<sup>576</sup>

En Inde, le programme Aadhaar<sup>577</sup> initié en 2010, est un programme gouvernemental visant à collecter les données biométriques et démographiques dans un répertoire centralisé qui permet de délivrer à chaque résident du pays un numéro unique d'identification nationale<sup>578</sup>. Plus d'un milliard d'individus pourront ainsi bénéficier d'un état civil qui permettra à chacun d'avoir accès aux « *bénéfices auxquels il a droit ou il veut et quand il veut* »<sup>579</sup>. Cette idéologie, très noble, a été soumise aux critiques de groupes civils qui craignent des atteintes à la vie privée<sup>580</sup>.

---

cards for photo IDs as well payment and other cards, and other PKI-based solutions every year »  
<https://www.biotime-technology.com/tag/identsys/Safran Identity & Security in the Netherlands>.

<http://www.morpho.com/en/country/safran-identity-security-netherlands>

<sup>574</sup> Information SAFRAN - À quel point est-il pratique et sûr d'accéder à des services en ligne via un simple selfie ?  
<http://www.morpho.com/fr/media/quel-point-est-il-pratique-et-sur-d'accéder-des-services-en-ligne-un-simple-selfie-20160517>

<sup>575</sup> Pour une comparaison des systèmes américain de « social security number » et indien, voir : Aadhaar Number vs the Social Security Number

<http://www.morpho.com/fr/media/changi-une-premiere-mondiale-pour-morphopass-20161206>

La biométrie comme technique d'authentification n'est pas récente Un système de capteur biométrique équipe les téléphones mobiles Apple, depuis le modèle 5S, sorti en 2013. L'utilisation de la reconnaissance d'empreinte digitale pour déverrouiller les téléphones portables est encore controversée. Voir par exemple P. BERRY « Empreinte digitale: « Le risque qu'on vous coupe un doigt pour débloquer un iPhone est faible » 29 janvier 2014 <http://www.20minutes.fr/high-tech/1222323-20130912-20130912-le-risque-coupe-doigt-debloquer-iphone-faible>, mais aussi R BRANDOM « Your phone's biggest vulnerability is your fingerprint : Can we still use fingerprint logins in the age of mass biometric databases? » 2 mai 2016 , et « Police 3D-printed a murder victim's finger to unlock his phone » 21 Juillet 2016 The verge

<sup>577</sup> Y. DEMEURE « Inde : un programme d'identification unique pour 1,2 milliard de personnes » CitizenPost 14 septembre 2014 <http://citizenpost.fr/2014/09/inde-programme-didentification-unique-12-milliard-personnes/>;

Programme Aadhaar, un recensement multibiométrique 06/06/2016/dans Biométrie Français

<https://www.biotime-technology.com/programme-aadhaar-recensement-multibiometrique>

<sup>578</sup> <http://cis-india.org/internet-governance/blog/aadhaar-vs-social-security-number>

<sup>579</sup> Nandan NILEKANI, co-fondateur du système Infosys, chairman du « Unique Identification Authority of India » ; voir aussi P. de J. « Un numéro unique pour changer la vie des Indiens » Les Échos 04/10/2010

**252.** On constate au travers de ces exemples que les nouvelles méthodes d'identification reposent sur une utilisation de caractéristiques biométriques<sup>581</sup> qui sont considérées comme un moyen irréfutable d'identification et de reconnaissance des individus. Il semble que l'usage de ce type de données, à des fins de vérification d'identité tende à s'amplifier au niveau international, car elles offrent l'immense avantage de ne pas pouvoir être perdues ou volées<sup>582</sup>. Les empreintes digitales, caractéristiques très personnelles, sont encore à l'heure actuelle, les données biométriques les plus couramment utilisées.

**253.** L'analyse des empreintes digitales qui est actuellement le procédé d'identification le plus déployé dans le monde est un exemple particulièrement intéressant parce que son utilisation, initialement empirique, doit sa puissance au fait que l'organisation tridimensionnelle des papilles dermiques qui définit les crêtes dermo-épidermiques de la face palmaire des doigts, repose à la fois sur une combinaison de critères génétiques et épigénétiques (environnementaux).

Bien qu'il ait fallu attendre 1985 pour que l'utilisation des empreintes génétiques établies à partir de l'ADN, soit consacrée en médecine médico-légale<sup>583</sup>, la détermination génétique des dermatoglyphes<sup>584</sup> avait déjà fourni leur crédibilité scientifique aux investigations basées sur l'analyse des empreintes digitales.

Il est utile d'examiner brièvement les étapes qui ont mené cette technologie au premier rang des procédés d'investigation légale, afin d'en comprendre les intérêts et les limites.

---

[http://www.lesechos.fr/04/10/2010/LesEchos/20776-125-ECH\\_un-numero-unique-pour-changer-la-vie-des-indiens.htm](http://www.lesechos.fr/04/10/2010/LesEchos/20776-125-ECH_un-numero-unique-pour-changer-la-vie-des-indiens.htm), « En Inde, la biométrie au service de la lutte contre la corruption » C. MERCIER, 10 août 2014 à 19:16 Libération [http://www.liberation.fr/terre/2014/08/10/en-inde-la-biometrie-au-service-de-la-lutte-contre-la-corruption\\_1078627](http://www.liberation.fr/terre/2014/08/10/en-inde-la-biometrie-au-service-de-la-lutte-contre-la-corruption_1078627)

<sup>580</sup> Actions citées sur la page Wikipedia - <https://en.wikipedia.org/wiki/Aadhaar>

<sup>581</sup> En France, le traitement de ces données est soumis à l'autorisation de la CNIL. Voir « autres données présentant des risques particuliers d'atteinte aux droits et libertés » <http://www.cil.cnrs.fr/CIL/spip.php?article1387>

<sup>582</sup> Les utilisations malicieuses des applications de reconnaissance faciale sont contournées grâce aux technologies de « liveness detection » développées par SAFRAN et qui permettent « de s'assurer que l'utilisateur présente bien son visage (et non une photo) ». Les méthodes combinant plusieurs données d'identification contournent ces problèmes

<sup>583</sup> P. GILL, A. J. JEFFREYS, D. J. WERRETT « Forensic Application of DNA "Fingerprints" » *Nature* (1985) 318 : 577-579. Cette approche fut grandement aidée par la méthode d'amplification des fragments d'ADN par la technique de PCR (polymerase chain reaction) inventée par K. Mullis (pour laquelle il reçut le Prix Nobel en 1983)

<sup>584</sup> Figures dessinées par les crêtes dermiques sur les doigts, les orteils, la face palmaire de la plante des pieds et des mains qui sont utilisées lors du relevé d'empreintes digitales

**254.** L’empreinte digitale laissée par les doigts est une trace dont l’analyse fut très largement employée depuis des siècles pour identifier les personnes sur les actes et documents officiels. Elle a également été un allié de choix pour confondre des individus ne respectant pas la parole donnée lors de transactions, ou des malfaiteurs en tout genre.

L’usage de l’analyse des traces laissées par les mains sur les objets qui semble avoir eu cours depuis des temps très reculés en Chine et en Perse<sup>585</sup>, s’est développé à partir des années 1800.

La méthodologie reposait de fait sur une manifestation physique de l’identité génétique personnelle<sup>586</sup>.

William HERSHEL fut le premier, semble-t-il, à utiliser en 1858 les empreintes digitales comme source d’identification de la personne, lorsqu’il demanda à un homme d’affaire de Jungipoor en Inde, d’appliquer sa main encrée au dos du contrat qu’il venait de signer avec lui<sup>587</sup>. L’importance des empreintes digitales comme moyen d’identification des individus fut reconnue en 1870 par Henry FAULDS<sup>588</sup> qui fut le premier à suggérer l’utilisation de l’encre pour obtenir les empreintes et à identifier des empreintes graisseuses laissées sur une bouteille d’alcool<sup>589</sup>

Quelques années plus tard, les travaux de Francis GALTON<sup>590</sup>, publiés en 1892, établirent que les figures dessinées par les crêtes dermo-épidermiques sont propres à chaque individu, et sont persistantes. Elles ne changent pas au cours de la vie et ne disparaissent pas à la mort de

---

<sup>585</sup> ALADDIN USA « Fingerprinting History »

<http://www.aladdinusa.com/documentationservices/fingerhistory.htm>

<sup>586</sup> Les crêtes prennent naissance dans les couches profondes du derme lors de la morphogénèse de la peau. La taille, la forme et l’espacement des dermatoglyphes font intervenir des gènes qui contrôlent le développement des multiples couches et composants de la peau. Bien que ces gènes soient transmis héréditairement, les caractéristiques finales du dermatoglyphe sont déterminées par des facteurs environnementaux locaux, présents aux différentes étapes de la morphogénèse. Un des gènes impliqués dans la formation des dermatoglyphes a été identifié dans une famille atteinte d’adermatoglyphie, maladie très rare dans laquelle il n’y a pas de synthèse de dermatoglyphes, donc pas d’empreinte digitale J. NOUSBECK et al. « A Mutation in a Skin-Specific Isoform of SMARCAD1 Causes Autosomal-Dominant Adermatoglyphia » *Am J Hum Genet* (2011) 89 : 302-307

<sup>587</sup> Des médecins anatomistes avaient déjà remarqué la particularité des replis, spirales, et boucles dessinés sur la peau mais n’en avaient pas vu l’utilité pour l’identification des individus. M. MALPIGHI en 1686 et J.E. PURKINJE en 1823 *Ibid* ALADDIN USA

<sup>588</sup> Médecin Chirurgien en Chef anglais à l’hôpital de Tokyo

<sup>589</sup> *Ibid* ALADDIN USA

<sup>590</sup> Lui même anthropologiste, GALTON était un cousin de C. DARWIN. Il avait entamé ses observations concernant les empreintes digitales dans un but de classification

l'individu<sup>591</sup>. Régénérées à l'identique lors d'une destruction partielle de la peau<sup>592</sup>, elles constituent la base d'une identification personnelle.

**255.** C'est également à F. GALTON que l'on doit le premier système de classification des empreintes. Ce système constitua une avancée très importante car il permettait la comparaison efficace des empreintes à analyser avec la « base des données » accumulées au cours du temps et des différentes affaires criminelles dans le cadre légal.

L'identification des empreintes digitales en criminologie fut introduite dès 1901 avec le système développé par Edward Richard HENRY en Angleterre et au Pays de Galles, à partir des données de GALTON. Ce système toujours en vigueur dans les pays de langue anglaise, fut adapté avec quelques modifications en 1902 aux États-Unis. La classification de HENRY<sup>593</sup> fut déterminante dans la mise au point du système automatisé d'identification des empreintes digitales (AFIS<sup>594</sup>) qui fut mis en place en 1999 et utilisé par le FBI (Federal Bureau of Investigation).

**256.** Régulièrement mis à jour et doté de procédés d'imagerie digitalisée, il est maintenant utilisé non seulement pour le stockage des empreintes digitales, mais également pour la prévention des fraudes et l'identification générale des personnes à l'aide des données biométriques collectées.

En 1999 le FBI adopta un système intégré automatique (IAFIS), de stockage des empreintes et d'historique concernant les criminels contenant les données d'environ 33 millions de criminels.

---

<sup>591</sup> F. GALTON « Finger Prints » (1892) Macmillan and Co. London « *Though the estimates that will be made are professedly and obviously far below the truth, they are amply sufficient to prove that the evidence afforded by finger prints may be trusted in a most remarkable degree* » (Bien que les estimations soient de toute évidence bien en dessous de la réalité, elles sont amplement suffisantes pour prouver que l'on peut s'appuyer en toute confiance sur les preuves fournies par les empreintes digitales) p100 « *Let it also be remembered that this evidence is applicable not only to adults, but can establish the identity of the same person at any stage of his life between babyhood and old age, and for some time after his death* » (Qu'il soit aussi rappelé que ces informations ne s'appliquent pas seulement aux adultes, mais peuvent permettre d'établir l'identité de cette même personne à n'importe quel stade de sa vie, de la plus jeune enfance jusqu'à un âge avancé, voire après sa mort) p113

<sup>592</sup> Voir la description des empreintes digitales sur le site de la police scientifique - <https://www.police-scientifique.com/empreintes-digitales/type-de-dessin-et-classification>

<sup>593</sup> Henry Fingerprint Technique

<https://www.newmanboston.org/customized/uploads/henry%20fingerprint%20classification.pdf>

<sup>594</sup> SourceAFIS. <https://sourceforge.net/projects/sourceafis/>; What is Automated Fingerprint Identification System (AFIS)? - Definition from WhatIs.com <http://searchsecurity.techtarget.com/definition/Automated-Fingerprint-Identification-System>



La base est disponible pour des recherches ou pour des nouvelles entrées 24 heures sur 24, 365 jours par an.

Aujourd'hui après 80 ans de collecte de données, la base contient plus de 59 millions de registres criminels avec 104 000 nouvelles soumissions d'empreintes par jour. Les vieilles cartes concernant les enregistrements d'empreintes de civils sont encore gérées manuellement dans un entrepôt de Fairmont.

**257.** En France, le relevé d'empreintes digitales dans le domaine judiciaire est règlementé par les articles 78-3<sup>595</sup> et 78-5<sup>596</sup> du Code de procédure pénale et la création d'un fichier automatisé d'empreintes digitales (FAED) géré par le ministère de l'intérieur a été créé en 1987<sup>597</sup> après avis favorable de la CNIL<sup>598</sup>. Les conditions portant modification des conditions d'utilisation du FAED ont été examinées par la CNIL<sup>599</sup>. Le rapport d'information du Sénat fournit un résumé complet sur l'usage de la biométrie en France et en Europe<sup>600</sup>. Administrée par la direction centrale de la police judiciaire, le FAED placé sous le contrôle des magistrats de l'ordre judiciaire<sup>601</sup>, a permis d'identifier un total de 33054 traces pour 14698 affaires traitées en 2014.

---

<sup>595</sup> L'article 78-3 dispose que si un individu interpellé « *maintient son refus de justifier de son identité ou fournit des éléments d'identité manifestement inexacts, les opérations de vérification peuvent donner lieu, après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque celle-ci constitue l'unique moyen d'établir l'identité de l'intéressé* »

<sup>596</sup> L'article 78-5 dispose « *Seront punis de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ceux qui auront refusé de se prêter aux prises d'empreintes digitales ou de photographies autorisées par le procureur de la République ou le juge d'instruction, conformément aux dispositions de l'article 78-3* »

<sup>597</sup> Décret n°87-249 du 8 avril 1987 Modifié par Décret n°2015-1580 du 2 décembre 2015 - art. 2, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur NOR: INTD8700094D Article 1-I.-« *Est autorisé, dans les conditions prévues au présent décret, le traitement automatisé de traces et empreintes digitales et palmaires* »

<sup>598</sup> CNIL : Délibération n°86-102 du 14 octobre 1986 concernant un projet de décret relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le Ministère de l'Intérieur

<sup>599</sup> Délibération n° 2004-068 du 24 juin 2004 portant avis sur le projet de décret du ministre de l'intérieur modifiant le décret du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (demande d'avis n° 104023) NOR: CNIX0508452V; Délibération n° 2010-194 du 20 mai 2010 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales; Délibération n° 2015-153 du 21 mai 2015 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 modifié relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) (demande d'avis n° AV 14023882) NOR: CNIX1529621

<sup>600</sup> F. BONHOMME et J.-Y. LECONTE « Rapport d'information sur l'usage de la biométrie en France et en Europe » (2016) 72 pages Sénat Session extraordinaire N°788, enregistré le 13 juillet 2016 <http://www.senat.fr/rap/r15-788/r15-7881.pdf>

<sup>601</sup> Il en est de même pour le fichier concernant les empreintes génétiques (FANEG) dont nous reparlerons ultérieurement V. *infra* n°350. En 2014 le FAED avait permis d'identifier un total de 33054 traces pour 14698 affaires traitées

Parmi les évolutions majeures du système d'analyse des empreintes digitales au cours des deux dernières décennies, le rapport du Sénat mentionne les progrès effectués dans la fiabilité de l'analyse des empreintes génétiques<sup>602</sup> apportées par l'analyse biochimiques des traces papillaires laissées sur un support après contact<sup>603</sup> et sur leur révélation<sup>604</sup>.

**258.** Depuis les années 2000, et surtout après les attentats du 11 septembre 2001 à New York, l'usage des techniques de biométrie s'est accéléré<sup>605</sup>. Les règlements européens ont ainsi dû s'adapter aux exigences des États-Unis concernant le passeport biométrique. En application du règlement européen 2252/2004 du 13 décembre 2004<sup>606</sup>, relatif aux normes concernant les éléments biométriques intégrés dans les documents de voyage des États de l'Union, la France créa un passeport biométrique en 2008<sup>607</sup>.

**259.** En 2016, le rapport sénatorial rapportait l'existence de 5 millions d'empreintes digitales stockées dans le FAED, initialement pour une durée de 25 années maximum, mais aujourd'hui pour une durée comprise entre 15 et 25 ans, variant avec « *la gravité de l'infraction, la qualité de la personne, et le caractère national ou international de la procédure* »<sup>608</sup>.

---

<sup>602</sup> *Ibid* F. BONHOMME et J.-Y. LECONTE p 422

<sup>603</sup> Les sécrétions émises par la peau proviennent de trois types de glandes (écrites, apocrines, et sébacées). L'analyse des modifications physiologiques individuelles et interpersonnelles de leur composition a fourni des méthodes d'analyse plus sensibles et plus spécifiques

<sup>604</sup> *Ibid* F. BONHOMME et J.-Y. LECONTE pp 420-421

<sup>605</sup> Les premières identifications biométriques en France reposèrent sur une technique mise au point en 1879 par A. BERTILLON, criminologue de la préfecture de police, et qui reposaient sur l'analyse des photographies et de huit mensurations des prévenus. Voir P. PIAZZA « Bertillonage : savoirs, technologies, pratiques et diffusion internationale de l'identification judiciaire » (2011) Criminocorpus <http://criminocorpus.revues.org/347>

<sup>606</sup> Règlement (CE) No 2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, modifié par le règlement (CE) No 444/2009 du Parlement Européen et du Conseil du 28 mai 2009

<sup>607</sup> Décret n° 2008-426 du 30 avril 2008 modifiant le décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques. Décret n° 2016-1460 du 28 octobre 2016 autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité NOR: INTD1619701D, Délibération n° 2016-292 du 29 septembre 2016 portant avis sur un projet de décret autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité (saisine n° 1979541) NOR: CNIX1629614X

<sup>608</sup> A compter du 1er mars 2017, date d'entrée en vigueur de l'article 5 du décret n° 2015-1580 du 2 décembre 2015 modifiant le décret n°87-249 du 8 avril 1987. CNIL « FAED : Fichier automatisé des empreintes digitales » 20 juin 2016 <https://www.cnil.fr/fr/faed-fichier-automatise-des-empreintes-digitales>

**260.** La CNIL procède régulièrement à des vérifications a posteriori des fichiers biométriques. C'est ainsi qu'en 2012, un programme de vérification a été lancé pour s'assurer que conformément à l'arrêt du 26 octobre 2011 du Conseil d'État<sup>609</sup>, seulement deux empreintes étaient conservées dans la base des titres électroniques sécurisés (TES). Un peu plus de 310 000 passeports sont produits par mois et environ 23 millions ont été émis entre juin 2009 et avril 2016<sup>610</sup>.

Enfin, la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale par un organisme doit être effectuée dans les conditions définies par la CNIL, en particulier en ce qui concerne la finalité et la proportionnalité du dispositif de reconnaissance ainsi que la sécurité des dispositifs de stockage dans une base de données, des données obtenues<sup>611</sup>.

Parce que depuis quelques années, les traits du visage, l'iris, la forme de la main sont des données biométriques qui tendent à être de plus en plus utilisées pour l'identification des individus, un cadre juridique spécifique est devenu nécessaire. En effet, ces données ne sont pas des données personnelles « classiques ». Elles sont le produit du corps et deviennent des véritables « sésames » reconnus par les systèmes variés de détection. Socialement et psychologiquement, la relation entre l'identité et la personne en est profondément modifiée.

## §6. Les données personnelles des temps modernes

**261.** Le concept de données personnelles, tel qu'il est le plus souvent entendu aujourd'hui, est né du développement des systèmes de télécommunications électroniques porté par l'utilisation massive des technologies de l'internet, par l'émergence des réseaux sociaux et par la généralisation de l'emploi des objets connectés qui ont profondément affecté la notion même d'identité personnelle.

Sur un plan social, toutes les transactions, ou presque, qui sont effectuées entre les individus et leurs interlocuteurs privés ou publics sont maintenant opérées par l'intermédiaire de systèmes

---

<sup>609</sup> CE, 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image et autres, n°s 317827, 317952, 318013, 318051 « Saisi de plusieurs recours contre le décret instituant le passeport biométrique, le Conseil d'État a, dans l'exercice de sa mission de garant des libertés publiques, annulé les dispositions prévoyant la collecte de 8 empreintes digitales, alors que seules 2 sont destinées à figurer dans le passeport »

<sup>610</sup> F. BONHOMME et J.-Y. LÉCONTE pp 420-421 (V. *supra* n° 258)

<sup>611</sup> CNIL « Communication de la CNIL relative à la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale avec stockage dans une base de données »

<https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Communication-biometrie.pdf>

numériques qui enregistrent et codifient les informations concernant non seulement la qualité des opérateurs, mais également, et de manière non exclusive, les lieux, dates, heures, durée, mode opératoire, fréquences auxquelles les connections sont établies.

Baignés dans cet univers numérique, l'individu devient un « numéro mobile », dans un monde dont il est prisonnier et dans lequel il est aujourd'hui possible de suivre faits, gestes, opinions et pensées, au travers de ses actes et choix journaliers.

**262.** A la lumière des révélations de E. Snowden les internautes du monde entier ont pris conscience de l'illusion de confidentialité qui leur était « garantie » par les fournisseurs d'accès à internet (FAI) en tout genre et de l'existence de systèmes de plus en plus perfectionnés d'espionnage et de capture des données transmises via internet véhiculées au travers des réseaux sociaux.

Les mesures de surveillance de masse votées récemment en Grande Bretagne<sup>612</sup> en sont un exemple récent dont les conséquences sur la liberté des communication privées furent dénoncées dans des termes vifs par les représentants de groupements de défense des droits individuels. Jim Killock, directeur exécutif du Open Rights Group dénonçait « un système plus adapté à une dictature qu'une démocratie » (« *The UK now has a surveillance law that is more suited to a dictatorship than a democracy* ») et Renate Samson Chief executive de Big Brother Watch mettait l'accent sur le fait que tous les citoyens seront soumis aux même traitements que les criminels potentiels « *The state has unprecedented powers to monitor and analyse UK citizens' communications regardless of whether we are suspected of any criminal activity* »<sup>613</sup>.

**263.** A côté des systèmes d'écoutes de grande envergure qui selon les gouvernements qui les appliquent, trouvent leur justification dans des besoins de garantie de sécurité des populations civiles face aux actes de terrorisme, s'est développée une « industrie » très active de violation de l'intimité personnelle en tout genre, au travers de l'infiltration des bases de données d'entreprises et d'applications réseaux sociaux.

---

<sup>612</sup> V. GARCIA « Le Royaume-Uni instaure la surveillance de masse de sa population » 30 novembre 2016 L'express L'expansion [https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/le-royaume-uni-instaure-la-surveillance-de-masse-de-sa-population\\_1855595.html](https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/le-royaume-uni-instaure-la-surveillance-de-masse-de-sa-population_1855595.html)

<sup>613</sup> E. MACASKILL « 'Extreme surveillance' becomes UK law with barely a whimper » The Guardian 19 novembre 2016. <https://www.theguardian.com/world/2016/nov/19/extreme-surveillance-becomes-uk-law-with-barely-a-whimper>

**264.** Tout le monde a gardé en tête le scandale « Facebook - Cambridge Analytica » qui a défrayé la chronique dans le monde entier et secoué les classes politiques aux États-Unis à la suite des révélations, par le New York times<sup>614</sup> et The Guardian<sup>615</sup>, de la collecte de données personnelles sensibles concernant au moins 87 millions d'internautes utilisateurs du réseau social Facebook. Dans cette affaire, un programmeur de l'Université de Cambridge développa une application nommée « *thisisyourdigitallife*<sup>616</sup> », utilisée par la compagnie Cambridge Analytica pour effectuer des recherches dans les données Facebook de centaines de milliers d'utilisateurs, après que ceux-ci aient donné leur « consentement « éclairé » pour un sondage à visée purement académique. La conception du réseau Facebook permettait d'avoir aussi accès aux données personnelles de tous les contacts des utilisateurs ayant participé à cette étude. C'est ainsi que Cambridge Analytica pu acquérir les données sensibles d'au moins 50 millions d'utilisateurs qui furent utilisées ultérieurement par certains politiciens pour influencer l'opinion publique. Facebook fut condamné en juillet 2018 à payer une amende de 500 000 Livres sterling<sup>617</sup> (un peu plus de 560 000 Euros à l'époque) pour manque de transparence et incapacité d'assurer la protection des données personnelles des utilisateurs de son réseau<sup>618</sup>

**265.** Le nombre d'intrusions perpétrées dans les bases de données privées est assez effrayant<sup>619</sup> !

---

<sup>614</sup> M. ROSENBERG, N. CONFESSORE, C. CADWALLADR « How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions » New York Times 17 mars 2018

<https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>

<sup>615</sup> C. CADWALLADR, E. GRAHAM-HARRISON « Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach » The Guardian 17 mars 2018

<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>

<sup>616</sup> « *Ceci est votre vie numérique* »

<sup>617</sup> Les sanctions appliquées par le RGPD dans ce genre de situation sont définies à l'article 83 de règlement « *Conditions générales pour imposer des amendes administratives § 4. Les violations des dispositions suivantes font l'objet, conformément au paragraphe 2, d'amendes administratives pouvant s'élever jusqu'à 10 000 000 EUR ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu* »

<sup>618</sup> A. HERN, D. PEGG « Facebook fined for data breaches in Cambridge Analytica scandal » The Guardian 11 juillet 2018 <https://www.theguardian.com/technology/2018/jul/11/facebook-fined-for-data-breaches-in-cambridge-analytica-scandal>

<sup>619</sup> Selon le « Identity Theft Resource Center » le nombre de violations de données personnelles privées perpétrées aux USA dans les cinq secteurs industriels analysés par ce centre, pendant les trois premiers mois de l'année 2018 a déjà dépassé les 870 violations répertoriées en 2017 <https://www.idtheftcenter.org/2017-data->

Pratiquement tous les secteurs d'activité sont touchés. Nous n'en citerons brièvement que quelques exemples qui font partie des 10 plus importantes violations de données personnelles ayant eu lieu aux États-Unis en 2018<sup>620</sup>. On relèvera en particulier l'annonce du « JokerStash hacking syndicate<sup>621</sup> » proposant la vente de 5 millions de données volées concernant des cartes de crédits, le cas de United Armour<sup>622</sup> qui fut informé d'une intrusion dans les données de la plate-forme MyfitnessPal<sup>623</sup> qui suit les données de régime et d'exercices de ses membres, et l'intrusion dans la base de données médicales d'un centre régional de santé en Norvège<sup>624</sup> entraînant la corruption de plus de 3 millions de données médicales sensibles<sup>625</sup>.

**266.** L'exposition des données peut ne pas résulter d'intrusions dans les bases de données mais d'une mauvaise gestion ou d'erreurs de manipulation au niveau des centres de collecte et stockage des data.

**267.** On peut citer par exemple, la mise à jour des fichiers clients de centres de mise en forme physique utilisant l'application « PumpUp » (6 millions de données), l'accessibilité libre sur internet des coordonnées de clients de la chaîne de restaurants Panera (37 millions de données), les données déposées sur le centre de généalogie MyHeritage (92 millions de données) et le cas de Exactis un centre commercial d'agrégation de données qui laissa 340 millions de données publiquement accessibles<sup>626</sup>. Plus récemment, le National Health Service (NHS), système de santé publique du Royaume Uni, a reconnu avoir divulgué accidentellement les données personnelles de 150 000 patients qui n'avaient pas accepté que leurs données soient partagées<sup>627</sup>.

---

breaches/ ; voir aussi pour des statistiques couvrant plusieurs années, Techword Staff « The most infamous data breaches » 7 septembre 2018 <https://www.techworld.com/security/uks-most-infamous-data-breaches-3604586/>

<sup>620</sup> D. Bisson « The 10 Biggest Data Breaches of 2018... So Far » Juillet 2018 <https://blog.barkly.com/biggest-data-breaches-2018-so-far>

<sup>621</sup> L'un des syndicats de piratage aux États-Unis

<sup>622</sup> United Armour connected fitness <https://www.underarmour.com/en-us/ua-record>

<sup>623</sup> MyfitnessPal : « Perdez du poids grâce à MyFitnessPal : L'application la plus rapide et la plus simple d'utilisation parmi tous les compteurs de calories » <https://www.myfitnesspal.com/>

<sup>624</sup> Southern and Eastern Norway Regional Health Authority

<sup>625</sup> P. PAGANINI « Health South East RHF data breach exposed health records for half of Norway's Population » 8 janvier 2018 <https://securityaffairs.co/wordpress/67922/data-breach/health-south-east-rhf-databreach.html>

<sup>626</sup> *Ibid* D. Bisson « The 10 Biggest Data Breaches of 2018... So Far » juillet 2018 » <https://blog.barkly.com/biggest-data-breaches-2018-so-far>

<sup>627</sup> S. MATTHEWS « NHS admits it accidentally disclosed data on 150,000 patients who had opted against sharing their personal information » Daily MailOnline 2 juillet 2018 <https://www.dailymail.co.uk/health/article-5910005/NHS-admits-accidentally-disclosed-data-150-000-patients.html>

**268.** La situation n'est plus propre aux grands centres de stockage des données personnelles, mais touche également la transmission de données vers des réseaux sociaux par les téléphones mobiles téléphoniques, comme l'a montré récemment la violation de données personnelles d'environ 20 millions d'utilisateurs de l'application Timehop pour mobile, dont la particularité est qu'elle permet la collecte de vieilles photographies ou de vieux messages postés sur Facebook, Instagram, Twitter, et Dropbox.

La généralisation des violations de données personnelles laisse craindre que les données génétiques stockées dans les bases de données des compagnies de géotypage deviennent la cible de ces pirates informatiques avides de revendre à prix d'or leur « butin ».

## **Conclusion du Titre II**

**269.** La mise en place de textes internationaux a constitué un pas très important dans la recherche d'une position consensuelle d'États qui malgré leurs différentes conceptions nationales des droits de l'homme et de la vie personnelle exprimaient un désir commun de mieux protéger l'homme contre les intrusions dans divers aspects de sa vie privée. La signature, de la « Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales » en 1950, fut une grande étape, avec la création de la Cour européenne des droits de l'homme vers la reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée au niveau européen et de son application harmonisée dans les différents pays membres de l'Union Européenne.

**270.** L'article 8 de la Convention des Droits de l'Homme a été la pierre d'angle d'une volonté de normalisation européenne des droits au respect de la privée familiale et personnelle au sein des pays de l'union Européenne.

C'est au travers de l'application de cet article que la Cour exprima l'opinion suivant laquelle le concept de vie privée est trop large pour qu'on puisse en donner une définition exhaustive. Son acceptation large de la vie privée, est démontrée avec son élargissement, comme ce fut précédemment le cas aux États-Unis, d'une part à la vie sociale <sup>628</sup> et aux aspects psychologiques

---

<sup>628</sup> Niemietz c. Allemagne CEDH, 16 décembre 1992, n° 13710/88.

de la personnalité<sup>629</sup> et en reconnaissant par exemple, le droit au développement personnel avec le respect des orientations sexuelles, le droit à la protection familiale<sup>630</sup>, le droit à l'auto-détermination et à l'autonomie individuelles y compris en ce qui concerne le droit à la mort choisie<sup>631</sup>, le droit à la protection de certaines activités professionnelles, le droit à l'intégrité personnelle physique et psychologique<sup>632</sup>, la liberté de pensée de conscience et de religion<sup>633</sup>, la santé, physique aussi bien que mentale, qu'elle soit d'ordre pathologique ou normal<sup>634</sup>, le droit à l'intimité personnelle dans toute forme de communication avec autrui<sup>635</sup>

**271.** Pour ce qui touche plus particulièrement à la thématique de notre étude centrée sur la protection des données personnelles, le droit à l'identité sociale fut également reconnu par la CEDH avec la protection des caractéristiques physiques et de l'image<sup>636</sup>.

**272.** Il est intéressant d'examiner, à cet égard comment le concept d'image, donnée à caractère personnel révélatrice de caractéristiques physiques individuelles, a constitué à côté des autres données personnelles relatives à l'identification et à la reconnaissance de la personne, l'objet de traitements numériques visant à en maximiser la fiabilité et l'utilisation par les forces de police et l'administration judiciaire.

**273.** L'analyse des droits à l'image individuelle, largement commentée dans de très nombreux articles d'excellente qualité publiés dans des revues juridiques spécialisées, n'avait pas fait l'objet, à notre connaissance, d'une approche fondée sur le déterminisme génétique des caractéristiques physiques de l'individu. Cette approche a permis de poser les jalons

---

<sup>629</sup> Costello-Roberts c. Royaume-Uni, CEDH 25 mars 1993, 13134/87

<sup>630</sup> Wallova et Walla c. République Tchèque, 26 octobre 2006 n° 23848/04 ; Pini et autres c. Roumanie CEDH, Cour (Deuxième Section), 22 juin 2004, n° 78028/01 ; 78030/01

<sup>631</sup> Les affaires Pretty c. Royaume-Uni CEDH 29 juillet 2002 2346/02, Haas c. Suisse CEDH 20 janvier 2011 n° 31322/07, Koch c. Allemagne CEDH 19 juillet 2012 n° 497/09, illustrent les étapes suivies par la CEDH vers la création d'un droit individuel au suicide assisté

<sup>632</sup> Y. c. Slovaquie CEDH 28 juin 2015 n° 41107/10

<sup>633</sup> Karaahmed c. Bulgarie, CEDH 24 février 2015 n° 30587/13

<sup>634</sup> Les aspects médicaux seront abordés dans la seconde partie de ce travail.

<sup>635</sup> Voir à ce sujet Fiche thématique protection des données personnelles. Juin 2016. Cour Européenne des Droits de l'Homme. [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_FRA.pdf) ; R. BADINTER « le Droit à l'Écoute Électronique en Droit Français » (1971-1972) pp 17-28, Vol 1 Série « Publications » Ed. Faculté de Droit et Sciences Politiques et Économiques d'Amiens <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/1/badinter.pdf>

<sup>636</sup> V. *supra* n° 199



indispensables à la définition de l'identité phénotypique individuelle, encodée dans notre génome et d'aborder les problèmes liés à la dématérialisation des représentations graphiques et photographiques de caractéristiques individuelles jusqu'alors facilement destructibles.

Le remplacement des procédés classiques de diffusion des données, par des fichiers informatisés pouvant être créés grâce au traitement d'originaux fixés sur un support solide ou générés directement par les technologies du monde digital, a totalement bouleversé les règles de la protection des données qui, en devenant des « data » du langage informatique, échappaient au contrôle que l'individu pouvait exercer sur leur stockage et leur diffusion.

**274.** Avec la révolution portée par le développement de l'internet, sont également apparus des procédés de pistage des activités des internautes dans les aspects les plus intimes de leur vie personnelle par l'emploi généralisé des petits fichiers « mouchards » qui, déposés dans les navigateurs couramment utilisés par les internautes, permettent d'opérer un suivi et un fichage des habitudes et des préférences commerciales des usagers.

Le suivi des personnes, ainsi que la révélation, par E. Snowden, de techniques étatiques sophistiquées développées pour espionner les individus et les ficher, ont brusquement généré une prise de conscience collective du caractère illusoire de la confidentialité des communications et un climat de suspicion généralisée à l'égard de l'internet, devenu aux yeux de tous un outil permettant le viol de leur vie privée.

**275.** Les nombreuses intrusions dans la vie privée des internautes constatées par les autorités de régulation européennes en ce qui concerne la collecte et l'exploitation des données à caractère personnel, ainsi que leur rétention ou leur cession par les fournisseurs de services, ont conduit à une révision par l'application, en 2018, du nouveau règlement européen (RGPD) concernant les données à caractère personnel. Les principaux points clefs du nouveau règlement, dont l'étude détaillée dépasse le cadre de ce mémoire, sont au nombre de 7. L'extra territorialité et la portabilité des données impliquent que, dès l'instant où leur origine est européenne, elles sont maintenant régies par les mêmes textes. Leur titulaire peut exiger de se faire remettre toutes les données le concernant et les confier à l'hébergeur de son choix, en accord avec le concept de portabilité. Ce qui signifie en particulier que les grands fournisseurs de service Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft (GAFAM) devront appliquer les dispositions du RGPD à la

collecte, l'exploitation et la conservation de ces données personnelles. Il est de la responsabilité des organismes hébergeurs de données personnelles d'en assurer la sécurité par défaut et de signaler toute faille ou fuite de données. C'est le concept de « privacy by design ». Enfin la collecte, le traitement, l'exploitation et le stockage des données personnelles doivent répondre aux seules finalités pour lesquelles les détenteurs de données personnelles les confient aux organismes habilités, dans des conditions nécessitant le consentement éclairé des personnes concernées.

**276.** En apparence contradiction avec les considérables efforts normatifs déployés pour protéger la vie personnelle, on constate que la notion même de vie privée intime est aujourd'hui vivement chahutée par les utilisateurs de réseaux sociaux dont l'émergence a sans doute comblé un besoin de communication trop souvent annihilé par une société de repliement sur soi mais qui, paradoxalement, voit l'exhibitionnisme personnel exacerbé par la mode des « selfies », fameux autoportraits ou images artificielles de soi, mettant souvent en scène des espoirs refoulés dans une large diffusion d'aspects intimes de la vie la plus privée.

**277.** La circulation des données personnelles concerne également les données génétiques. La profusion des divers modes d'exploitation commerciale des données génétiques qui ont vu le jour au cours des dernières années, place ces caractéristiques au cœur d'un marché basé sur leur transmission électronique, aujourd'hui estimé à plusieurs millions de dollars. Pour bien appréhender les problèmes liés à ce phénomène qui a pris une ampleur prodigieuse au cours des dernières années et apprécier la valeur potentielle que représentent ces données, sur un plan commercial pour les entreprises de généalogie ou sociétal, par exemple dans le domaine judiciaire au titre des analyses de profils génétiques, il est nécessaire de définir avec précision leur place dans l'ADN humain, ainsi que leur nature physique et les propriétés qui font d'elles des identifiants uniques de la singularité individuelle, du « soi » biologique dont il est nécessaire de définir précisément les bases génétiques.

*PARTIE 2*  
*LE « SOI » ET L'IDENTITÉ GÉNÉTIQUE*

**TITRE I :**

**LE « SOI » : UN ENSEMBLE DE DONNÉES PERSONNELLES A PART ENTIÈRE**

**278.** La notion du « soi » a été et reste l'objet de nombreux travaux dans des domaines de la philosophie et de la psychanalyse qui dépassent très largement le cadre de notre étude. Nous nous limiterons ici à une présentation succincte d'un concept du soi en psychologie sociale, qui selon nous, partage avec la notion de soi en biologie un socle commun, à la fois dans sa démarche pragmatique inspirée des sciences naturelles et dans son positionnement de l'individu dans son environnement social.

**279.** La psychologie sociale est une science qui s'intéresse aux interactions des individus au sein de groupes ou de groupes entre eux<sup>637</sup>. Nous en retiendrons, sur un plan général, la définition de Gordon Allport<sup>638</sup> qui propose que la psychologie sociale s'attache à « comprendre et expliquer comment les pensées, les sentiments et les conduites des individus sont influencés par la présence réelle, imaginaire ou implicite d'autrui ». La méthodologie scientifique appliquée est mise en exergue par plusieurs auteurs<sup>639</sup>, dont certains allèrent même jusqu'à

---

<sup>637</sup> J.-P. DECONCHY écrit « *La psychologie-sociale trouve son identité dans l'analyse des jonctions et des disjonctions entre l'homme et les divers groupes sociaux - réels ou imaginaires, attestés ou contestés, existants ou en projet - dont il fait partie, dont il se retire ou qu'il contribue à mettre en place* » [I. Plivard Mini manuel de psychologie sociale, p3 Dunod (2012)], McGARTY et HASLAM la considèrent comme une branche de la psychologie qui s'intéresse aux aspects de la vie mentale qui concernent les interactions sociales et les phénomènes sociaux en général « *a branch of psychology that is concerned with those aspects of mental life which relate to social interaction and social phenomena in general* » McGARTY C, HASLAM SA « Introduction and a short history of social psychology ». In McGARTY C, HASLAM SA, Editors. *The Message of Social Psychology*. Oxford : Blackwell; 1997. pp. 1-19

<sup>638</sup> G. W. ALLPORT, 1985 « The historical background of social psychology », dans G. Lindzey, E. Aronson, *The Handbook of Social Psychology*, New York, Random House (p. 5) vol.I pp 1-46 ; première édition : G. W. Allport, 1954 « The historical background of social psychology », dans G Lindzey, Ed *The Handbook of Social Psychology*, Vol.I pp3-56 Cambridge Mass. Addison Wesley pp 3-56. C'est la définition qui est aujourd'hui la plus largement acceptée et dont la pertinence s'impose aujourd'hui encore (Encyclopedia Universalis)

<sup>639</sup> Pour E. R. SMITH et D. M. MACKIE, La psychologie-sociale est l'étude scientifique des effets des processus sociaux et cognitifs sur la manière dont les individus perçoivent, influencent et interagissent avec autrui. « *Social psychology studies the effects of social processes and cognitive processes on the way individuals perceive, influence, and relate to others, in a systematic way, using scientific methods, constructed with the awareness of possible error.* » pp 5-8 E. R. SMITH and D. M. MACKIE (2007) « *Social Psychology* » Third Edition, (First edition 1995). Psychology Press Taylor & Francis Group Hove, East Sussex, Great Britain

considérer la psychologie sociale comme la brique nécessaire à l'interaction entre la sociologie et la psychologie au même titre que la biochimie constitue le lien entre la biologie et la chimie<sup>640</sup>.

Si la psychologie sociale, née au 19<sup>ème</sup> siècle avec Rousseau, a été largement développée aux États-Unis, c'est avec les écrits de Gabriel Tarde que l'on voit poindre les premières considérations reliant la biologie et la sociologie<sup>641</sup>, puis avec ceux de Gustave Le Bon et Noram Triplett que cette discipline prend une dimension expérimentale<sup>642</sup>.

**280.** Le Bon étudia l'influence que les individus peuvent avoir les uns sur les autres dans des situations de rassemblements<sup>643</sup>. Il remarqua que les individus au sein d'une foule adoptaient des comportements plus émotionnels, moins rationnels, devenaient plus enclins à des actions extrêmes, et plus sensibles, au moins temporairement aux stimulations des meneurs. Le Bon interpréta comme une atténuation d'individualité, cette volonté de suivre les autres en manifestant une grande intensité émotionnelle. Nous verrons plus loin que ces phénomènes de « contagion, suggestion et perte d'identité » induits par les groupes expliquent aujourd'hui encore, un bon nombre de comportements extrêmes relevés au sein de réseaux sociaux.

---

<http://psypress.co.uk/smithandmackie/resources/topic.asp?topic=ch01-tp-01#The%20Scientific%20Study%E2%80%A6> ». BARON et BRANSCOMBE considèrent que la psychologie sociale est un domaine scientifique d'études visant à comprendre ce qui motive le comportement des individus ainsi que leur manière de penser, ressentir et agir dans le cadre de leurs relations sociales, qui impliquent la présence physique ou symbolique d'autres personnes « *Accordingly, we define social psychology as the scientific field that seeks to understand the nature and causes of individual behavior, feelings, and thought in social situations. Another way to put this is to say that social psychology investigates the ways in which our thoughts, feelings, and actions are influenced by the social environments in which we live—by other people or our thoughts about them* » R. A. BARON, N. R. BRANSCOMBE (2012) « Social psychology the science of the social side of life » Chapter 1- Social psychology 13th edition Pearson Education Inc. 2012

<sup>640</sup> B. KUPPUSWAMY « An introduction to social psychology » p 5 (1961) Media Promoters & Publishers Pvt Limited, 1980. « *Some look upon it as a discipline that engages itself in the study of those problems of social life which are not adequately studied by either sociology or psychology. It is asserted that it fills the gap between the two sciences and the analogy is put forward that social psychology is to sociology and psychology what bio-chemistry is to biology and chemistry.* »

<sup>641</sup> « *J'ai affirmé clairement que, si le fait social est un rapport d'imitation, le lien social, le groupe social, est à la fois imitatif et héréditaire.* » « *Les lois de l'hérédité, si bien étudiées par les naturalistes, ne contredisent donc en rien nos « lois de l'imitation* ». Elles les complètent plutôt, et il n'est pas de sociologie concrète qui puisse séparer ces deux ordres de considérations. » G. TARDE (1890) « Les lois de l'imitation » p15 Éditions Kimé Paris 2e édition 1895 disponible sur [http://classiques.uqac.ca/classiques/tarde\\_gabriel/lois\\_imitation/tarde\\_lois\\_imitation\\_1.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/tarde_gabriel/lois_imitation/tarde_lois_imitation_1.pdf)

<sup>642</sup> G. R. GOETHALS « A Century of Social Psychology, Individuals, Ideas and Investigations. In The SAGE Handbook of Social Psychology p4 (2003) M. A. HOGG and J. COOPER Eds 533 p SAGE Publications London GB, Thousand Oaks CA USA, New Dehli India

<sup>643</sup> G. LE BON (1895) « Psychologie des foules ». Ed Félix Alcan. Voir sur un sujet connexe, THALER et SUNSTEIN (2008) « Nudge » Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness Yale University Press. New Haven

**281.** Triplett analysa d'une manière expérimentale l'impact de facteurs sociaux sur les performances physiques et la stimulation des cyclistes lors de compétitions<sup>644</sup>. Les résultats obtenus indiquèrent que les cyclistes effectuaient de meilleures performances lorsqu'ils étaient en compétition directe avec d'autres individus que lorsqu'ils étaient seuls « contre la montre ». Triplett proposa que les individus en compétition avec d'autres libéraient une grande énergie qu'ils ne pouvaient produire lors d'un effort solitaire. La notion de « facilitation sociale » induite par la présence des autres fut proposée par Allport <sup>645</sup>, à la suite d'expériences dans lesquelles il étudia la capacité d'enfants à enrouler les fils de moulinets de pêche lorsqu'ils étaient seuls, ou en présence d'autres. Ce concept fut repris, développé et aménagé ultérieurement dans de nombreuses études dont il ressort que la personnalité individuelle est, plus que la complexité de la tâche à accomplir, un modérateur d'effet de la présence sociale. Ainsi, les individus ayant une orientation négative auront plus de mal à effectuer les tâches que ceux qui sont dans un mode d'orientation positif <sup>646</sup>.

**282.** Un autre aspect des interactions humaines sur le positionnement social de l'individu fut développé par C. Cooley, pour qui l'image que l'individu a de lui-même, est fondée sur l'idée qu'il se fait de sa perception par autrui. Selon cette théorie, l'appréciation que l'on a de soi dépend de l'image de soi qui est réfléchie lors de notre interaction avec les autres<sup>647</sup>, le « soi » se développe au travers de la perception de comment les autres nous perçoivent et nous reçoivent.

---

<sup>644</sup> Études effectuées à partir des résultats officiels enregistrés par la League of American Wheelmen au cours de l'année 1897. N. TRIPPLETT « The Dynamogenic Factors in Pacemaking and Competition » *Am J Psychol* (1898) 9: 507-533

<sup>645</sup> F. H. ALLPORT *Social Psychology* (1924) Chap 11 « Stimulation Response to Social Stimulation in the Group » Ed. Houghton Mifflin Boston, USA

<sup>646</sup> Voir par exemple les travaux originaux de R. B ZAJONC, « Social facilitation » *Science* (1965) 149 : 269-274). Pour des revues récentes et plus complète du sujet voir Liad UZIEL Individual differences in the social facilitation effect : A review and meta-analysis *J Res Pers* (2007) 41 : 579-601 et B. GUERIN J. M. INNES « Explanations of social facilitation : A review » *Current Psychology* (1984) 3 : 32-52

<sup>647</sup> « *As we see our face, figure, and dress in the glass, and are interested in them because they are ours, and pleased or otherwise with them according as they do or do not answer to what we should like them to be; so in imagination we perceive in another's mind some thought of our appearance, manners, aims, deeds, character, friends, and so on, and are variously affected by it.* » « De la même manière que nous voyons notre visage, notre silhouette et nos vêtements dans le miroir, et que nous y trouvons de l'intérêt parce qu'ils sont les nôtres, et que nous nous en sommes satisfaits ou non, selon qu'ils répondent ou non à l'attente que nous en avons; nous percevons de manière imaginaire dans l'esprit des autres les idées qu'ils peuvent avoir en ce qui concerne notre apparence, nos manières d'être, buts, actes, traits de caractère, amis etc. et nous en sommes affectés de diverses

C'est le concept du « soi réfléchi », le « self-looking glass »<sup>648</sup>.

Les individus sont très attachés à la manière avec laquelle les autres les perçoivent et tentent de contrôler, par leurs actes et attitudes, cette perception d'eux-mêmes.

Cette notion prend toute sa dimension lorsque l'individu souhaite modifier les caractéristiques physiques du « soi » qui lui est propre, pour ressembler aux autres.

E. Goffman proposa que la personnalité de l'individu se construit en fonction de la place qu'il occupe dans la société, où selon les situations qu'il vit et a vécues, il peut se situer en avant de la scène ou dans les coulisses<sup>649</sup> du grand théâtre social, évoqué dès le XVIe siècle par Shakespeare<sup>650</sup>.

## Chapitre 1. De la psychologie sociale à la biologie du « Soi »

**283.** Le modèle d'interactionnisme symbolique introduit au début du XXe siècle par l'école de psychologie sociale de Chicago (1), offre une plate-forme qui nous semble adaptée au concept du « soi » biologique sur lequel est basée notre approche du « soi » génétique (2)

### *Section 1. Le « soi » social*

**284.** En acceptant d'évoluer dans ce monde numérique (mais avait-il véritablement le choix ?), l'individu a considérablement modifié son rapport aux autres et à lui-même dans la société où il évolue mais également son rapport aux normes qu'elle institue.

Le modèle social des sociétés occidentales repose sur les trois piliers fondamentaux que sont la personnalité sociale, la structure sociale et la culture.

---

manières. » C. H. COOLEY « Human Nature and The Social Order » (1902) p152 Charles Scribner's Sons, New York, Chicago, Boston

<sup>648</sup> « *the kind of self-feeling one has is determined by the attitude toward this attributed to that other mind. A social self of this sort might be called the reflected or looking-glass self: Each to each a looking-glass Reflects the other that doth pass.* » C. H. COOLEY « Human Nature and The Social Order » p152 *Ibid* note 11

<sup>649</sup> E. GOFFMAN « The Presentation of Self in Everyday Life » p19 (1956) University of Edinburgh Social Sciences Research Center. Monograph N°2 Grande Bretagne.

<sup>650</sup> W. SHAKESPEARE « As you like it » (1603) Scene VII, Act II line 139-166 « *All the world is a stage, and all the men and women merely players: they have their exits and their entrances ; and one man in his time plays many parts* » « le monde entier est un théâtre, et les hommes et les femmes ne sont que des acteurs ; ils ont leurs entrées et leurs sorties. Un homme, dans le cours de sa vie, joue différents rôles »

La construction de l'identité sociale a été l'objet de nombreux travaux et théories tendant à conceptualiser les processus par lesquels l'humain civilisé se construit singulièrement à la fois par une surprenante individualité qui lui permet de se démarquer des autres au sein des groupes avec lesquels il interagit et par sa capacité à intégrer de manière très personnelle les relations uniques qu'il établit avec la société normative dans laquelle il évolue.

A la question de savoir si l'identité acquise résulte d'un conditionnement sociétal subi ou d'un ensemble d'interactions réciproque librement consenties, l'interactionnisme symbolique, courant sociologique proposé par l'école américaine de Chicago à la fin du XIXe et au début du XXe siècles, répond que l'identité sociale trouve ses fondements dans les interactions entre individus. Le sens donné aux choses par l'individu résulte à la fois de son interaction sociale avec les autres individus et d'un processus d'interprétation.

Au premier rang de ce courant de pensée, George Herber Mead<sup>651</sup>, champion de la dimension symbolique des conduites - les valeurs attribuées aux gestes des individus qui interagissent - se positionne en contre-pied des psychologues défenseurs du mouvement « behavioriste objectiviste » issu des études de psychologie animale conduites par Pavlov<sup>652</sup>, qui considéraient que les comportements humains résultaient de réflexes conditionnés. Il fut l'un des acteurs majeurs de la première école de sociologie de Chicago<sup>653</sup>.

## §1. Construction du soi

---

<sup>651</sup> George Herbert MEAD, philosophe, sociologue, et psychologue américain de la fin des années 1880 très célèbre pour sa théorie du Soi social, qu'il développa dans ses cours de Psychologie Sociale à Chicago et dont une série de notes furent publiées en 1934, après sa mort dans un ouvrage de 401 pages, intitulé « Mind, Self, and Society » (the University of Chicago Press), dirigé préfacé par Charles W. Morris, philosophe et sémioticien américain du XXe siècle ; A. Qribi « Socialisation et Identité : L'apport de G. H. Mead ou la conversation du « je » et du « moi » *Empan* (2005) N°58 p129-132

<sup>652</sup> Voir à ce sujet J. REINBOLD « Le behaviorisme et les psychologues sociaux » *Philosophiques* (1977) vol 4 p 335-340

<sup>653</sup> L'École de Chicago, fut constituée dans les années 1920-1930, autour d'un ensemble majeur de travaux précurseurs concernant la sociologie urbaine. Nels Anderson, Ernest Burgess, Ruth Shonie Cavan, Edward Franklin Frazier, Everett Hugues, Roderick D. MaKenzie, E. Park, Walter C. Reckless, Edwin Sutherland, W.I Thomas, Frederic Trasher, Louis Wirth, Florian Znaniecki sont avec George H. Mead les principaux chercheurs de la première école de Chicago. Une deuxième et troisième Écoles virent le jour à partir de 1940. Les principaux thèmes développés par les études conduites dans ces Écoles ont fortement influencé la sociologie urbaine, les mouvements migratoires, la criminalité, la culture et l'art associés au développement des grandes villes.

**285.** Les travaux de George H. Mead, sont aujourd’hui considérés comme la pierre d’angle d’une approche philosophique et scientifique originale du domaine de la psychologie sociale. Son approche pragmatique, qui prône l’importance de l’interactionnisme symbolique, dans les processus de socialisation, a créé un socle de réflexion concernant la place prépondérante des interactions individuelles dans la construction de l’identité sociale et de la personnalité socio-culturelle.

Malgré les influences considérables de la pensée de Mead à la fois sur les travaux de l’École de Chicago et au renouvellement de la théorie critique amorcée par l’École de Francfort en Allemagne<sup>654</sup>, elle demeura longtemps ignorée en France jusqu’à la parution des traductions françaises de l’ouvrage « *Mind, Self and Society* » de G. H. Mead<sup>655</sup> et à l’organisation d’un colloque international en 2011 sur le thème de la question de la socialisation chez Mead<sup>656</sup>

**286.** Selon la théorie de Mead la réalisation de la socialisation individuelle, le développement du « soi » social de l’individu, s’effectue au travers de l’observation et de l’interaction avec les autres, de ses réponses aux perceptions que les autres ont de lui et de l’intégration des opinions externes et des sentiments internes à son sujet.

Le « soi » n’est pas inné, il se développe avec le temps, à partir des interactions avec les autres et se modifie au cours des activités sociales. « Le « soi » est une structure sociale qui émane de

---

<sup>654</sup> La théorie critique, initialement préconisée par Marx en 1843 comme porteuse d’un projet émancipateur, fut profondément remaniée dans un premier temps par l’École de Francfort portée par Theodor Adorno et Max Horkheimer qui voyaient dans les travaux de Sigmund Freud, Karl Marx et Georg W.F. Hegel la source d’une critique de la société moderne. La seconde école de Francfort, est un courant dont Jürgen Habermas puis Axel Honneth sont les principaux acteurs. Voir à ce sujet : O. VOIROL « Quel est l’avenir de la théorie critique ? » *Questions de communication* (2012) 21 p107-122 ; J.L. LAVILLE « La théorie critique : de l’impasse au renouveau. Écoles de Francfort, sociologies pragmatique et publique, épistémologie du Sud »

<http://www.jeanlouislaville.fr/wp-content/uploads/2015/06/th%C3%A9orie-critique-postface.pdf>;

A. HONNETH, L. TAYLOR-CALLIER , C. EHRWEIN , T. FATH , « Héritage et renouvellement de la théorie critique », Cités 4/2006 (n° 28), p. 125-158

<sup>655</sup> G. H. MEAD « L’Esprit, le Soi et la Société » (2003) Traduction française. J. CAZENEUVE, E. KAELIN et G. THIBAUT PUF; G. H. MEAD « L’Esprit, le Soi et la Société » (2006) Traduction française. D. CEFAÏ et L. QUERE Ed. PUF, coll. « Le Lien social », Voir aussi C. BARRIER « Mead George Herbert, L’Esprit, le Soi et la Société ». [compte-rendu] (1963) numéro thématique : Problèmes noirs *Revue française de sociologie* 4:461-463

<sup>656</sup> Colloque international « George Herbert Mead et la question de la socialisation », 28 et 29 avril 2011 Paris Ouest Nanterre La Défense. <https://sophiapol.u-paris10.fr/archives-des-activites/2010-2011/colloque-international-george-herbert-mead-et-la-question-de-la-socialisation-28-et-29-avril-2011-370520.kjsp?RH=1314275579222>



l'expérience sociale »<sup>657</sup> et dans ce schéma, « la conversation par gestes est le commencement de la communication »<sup>658</sup> et il est essentiel que dans la communication les symboles utilisés suscitent les mêmes évocations chez les individus qui interagissent. Il doit y avoir une sorte d'universalité de ressenti pour toute personne se trouvant dans la même situation.

**287.** La prise du rôle d'autrui<sup>659</sup> est fondamentale dans la constitution du « soi » car elle est le fondement de l'appropriation des rôles qui caractérise les interactions mutuelles et les processus d'adaptation qui en découlent.

Mead distingue deux phases dans ce processus<sup>660</sup>, le jeu de rôle (A) et la prise de participation au jeu normalisé (B).

#### *A. Le jeu de rôle*

**288.** Dans la première phase, que l'on peut assimiler à un jeu libre de règle, l'individu s'approprie le « rôle » social d'autres, qui lui sont significatifs.

Tout comme les animaux jouent avec leurs petits, l'enfant « joue à la maman, au policier, à l'instituteur », il imite, copie et reproduit. Les enfants qui jouent ensemble « aux indiens » endossent délibérément des rôles qui déclenchent en chacun d'eux les mêmes stimuli que ceux qui poussent n'importe lequel des autres à répondre à un indien.

Des stigmates de cette première phase ou l'individu veut ressembler au groupe, sont encore apparents chez l'adulte, soumis journallement à l'apologie du corps parfaits véhiculé par la presse, les médias audiovisuels, des campagnes de publicité, les défilés de mode, les concours de beauté, et par la mise en valeur de ceux qui correspondent « aux normes ».

---

<sup>657</sup> « The self, as that which can be an object to itself, is essentially a social structure, and it arises in social experience. » G. H. Mead « Mind, Self, and Society » From the standpoint of a social behaviorist (1934). p140 The University of Chicago Press. (V. *supra* n° 284)

<sup>658</sup> « The conversation of gestures is the beginning of communication » *Ibid*

<sup>659</sup> En philosophie, le terme « autrui » « désigne l'autre homme, considéré non seulement comme un être différent, mais aussi comme une autre personne, dotée de qualités et de propriétés plus ou moins comparables aux miennes » ... « Le problème fondamental d'autrui est celui de la possibilité ou de l'impossibilité de le penser à partir de notre identité personnelle » O. DEKENS « Lexique de philosophie » (2002) Ellipses Ed. coll. Philo dirigée par J. P. Zarader. En droit, « La responsabilité du fait d'autrui est l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par les personnes dont on répond (enfant mineur, préposé) (Article 1384 du Code civil) »

<sup>660</sup> V. *infra* n° 288 et s.

On constate aujourd'hui un lissage des préférences de plastique corporelle que l'on peut attribuer aux campagnes publicitaires qui envahissent notre vie quotidienne et à la pression de normes éducatives qui semblent se plier aux exigences des marchés.

Ainsi depuis des années les individus de tout âge se sont lancés dans « une recherche frénétique de l'embellissement : ne pas grossir, ne pas vieillir suivre la mode, sentir bon, faire de l'exercice, être bronzé »<sup>661</sup> dans l'espoir de favoriser leur insertion sociale.

**289.** Les expériences de classement de visages et de corps humains réalisées il y a une trentaine d'années en France et dans les pays anglo-saxons ont révélé une uniformité des jugements de valeur concernant le concept de beauté, chez des individus de sexe, de catégorie sociale et de sexe différents <sup>662</sup>

Mise en évidence dans les années 1970 par des chercheurs d'Amérique du Nord<sup>663</sup>, l'association de la beauté à d'autres d'attributs socialement favorisant, illustre déjà la survivance et le renforcement de stéréotypes très anciens selon lesquels « la beauté était indissociable de la bonté <sup>664</sup> » et « la beauté physique est le signe d'une beauté spirituelle et morale intérieure<sup>665</sup> ». Les différentes perceptions déclenchées par les individus attirants concernaient essentiellement

---

<sup>661</sup> M. BRUCHON-SCHWEITZER « Ce qui est beau est bon ». L'efficacité d'un stéréotype social » *Ethnologie Française* (1989) 19 : 111- 117

<sup>662</sup> M. BRUCHON-SCHWEITZER « Ce qui est beau est bon ». *Ibid*

<sup>663</sup> K. DION, E. BERSCHIED, E. WALSTER « What is beautiful is good » *J Pers Soc Psychol* (1972) 24 : 285-290

<sup>664</sup> SAPPHO (630-570 av. J.-C.) « *L'être qui est beau à voir est bon, et l'être qui est bon, par la même, deviendra beau* », Fragment 101 (selon la numérotation de BERGK), p 54 de la « Traduction nouvelle, de Renée Vivien, en français avec le texte grec » (1904) Ed. Alphonse Lemerre, Paris. La traduction française du fragment 101 qui est souvent citée comme « *Ce qui est beau est bon* » correspond en fait à la traduction de l'article américain « what is beautiful is good » dans lequel les auteurs se réfèrent à la traduction de T.H. WHARTON « *He who is fair to look upon is good, and he who is good will soon be fair also* » dans la collection de 170 fragments « Sappho fragments » collectés par Wharton's (1895). Le fragment 101 fut également traduit avec de légères variations par plusieurs autres auteurs identifiés (cités par P. McPHARLIN « The Songs of Sappho » The Peter Puper press. Ed. Mount Vernon. New York.) ou présumés. Par exemple, « *Beauty, fair flower, upon the surface lies; But worth with beauty soon in aspect vies* » attribué à FELTON ; mais aussi : « *He that is fair is fair to outward show; He that is good will soon be fair also* » – fragment 58 par J. M. EDMONDS dans « *Lyra Graeca : Being the Remains of All the Greek Lyric Poets from Eumelus to Thimotheus Excepting Pindar* » p255 (1980) Ed. Harvard University Press ; « *He who is fair is good to look upon He who is good is fair, though youth be gone* » XIX Goodness, p35 par H. De VERE STACKPOOLE dans « Sappho A new Rendering » (1920) Ed. Hutchinson and Co. London ; « *He who is fair to look upon is good, and he who is good, will soon be fair also* » ou « *He should be good who is fair of face, And he will be fair whose soul has grace* » comme fragment 98 par E. M. COX « The Poems of Sappho », (1925) Transliterated by J. B. HARE (2000) Ed. Williams & Norgate, C. Scribner's, London & New York

<sup>665</sup> J. C. F. SCHILLER « Essays, esthetical and philosophical, including the dissertation on the « Connexion between the animal and the spiritual in man » (1882) p4 in Standard Works

leurs capacités à socialiser et leurs compétences intellectuelles<sup>666</sup>, le « what is beautiful is good<sup>667</sup> », bien ancré aux USA, se doublait d'une dimension liée à l'attrance physique.

**290.** Les effets de groupe concernant l'importance de la beauté dans l'établissement des relations humaines ont fait l'objet de nombreuses études, surtout aux États-Unis où l'attrance physique joue un rôle considérable dans une société qui, par ailleurs, se veut très permissive<sup>668</sup>. Ainsi des corrélations positives ont été établies par des élèves de lycée et adolescents, entre le bien être psychologique et le niveau d'attrance physique, estimé par la beauté du visage, la taille, ou par l'indice de masse corporelle<sup>669</sup> (IMC ou BMI en anglais). Parallèlement une corrélation négative fut établie en ce qui concerne la relation entre l'attrance physique et un état de détresse ou de dépression<sup>670</sup>.

**291.** Les « beaux » seraient -ils donc les seuls à pouvoir profiter pleinement d'une vie amicale, chaleureuse remplie de succès social et de confiance en soi ? Si ceux qui satisfont aux canons de la beauté semblent avoir une meilleure estime de soi, au moins en ce qui concerne la réussite sociale et amoureuse, on sait aussi que face à des échecs auxquels ils ne sont pas préparés, les individus qui jouent de leurs attraits peuvent se révéler extrêmement fragiles et émotionnellement vulnérables<sup>671</sup>.

---

<sup>666</sup> A. H. EAGLY et al. « What Is Beautiful Is Good, But ...: A Meta-Analytic Review of Research on the Physical Attractiveness Stereotype » *Psychol Bull* (1991) 110: 109-128

<sup>667</sup> *Ibid* K. DION, E. BERSCHIED, E. WALSTER « What is beautiful is good » (V. *supra* n° 289)

<sup>668</sup> A. W. BLOTE, A. C. MIERS, P. WESTENBERG « The Role of Social Performance and Physical Attractiveness in Peer Rejection of Socially Anxious Adolescents » *J Res Adolescence* (2014) 25 :189-200; A. FEINGOLD « Good-looking people are not what we think » *Psychol Bull* (1992) 111 : 304-341 Op. Cit. ; J. H. LANGLOIS et al. « Maxims or myths of beauty? A meta-analytic and theoretical review » *Psychol Bull* (2000) 126 : 390-423 ; A. M. GRIFFIN, J. H. LANGLOIS « Stereotype directionality and attractiveness stereotyping: Is beauty good or is ugly bad? » *Social Cognition* (2006) 24 : 187-206

<sup>669</sup> L'indice de masse corporelle est une donnée qui souvent utilisée pour évaluer des problèmes potentiels de surpoids. Il est calculé en divisant le poids de la personne (en kg) par le carré de sa taille. Chez les adultes on estime qu'un IMC inférieur à 18,5 traduit un état de malnutrition, alors qu'une valeur d' IMC supérieure à 30 traduit un état d'obésité. La « normalité » pour un individu de 20 ans se situe autour de 18,5 à 24,9, avec un surpoids détecté entre 25 et 29,9 (J. S. ANDERSON « Body Mass Index (BMI) » (2011) p 266-267 Encyclopedia of Child Behavior and Development)

<sup>670</sup> N. D. GUPTA, N. ETCOFF, M. M. JAEGER « Beauty in Mind : The effects of Physical Attractiveness on Psychological Well-Being and Distress *Journal of Happiness Studies* (2016) 17 : 1313-1325

<sup>671</sup> V. *supra* n° 288

**292.** Des expériences anciennes avaient déjà révélé que « l'estime de soi est fonction de l'attrait physique pour les deux sexes »<sup>672</sup>. Ces observations ont été renforcées plus récemment par les conclusions d'une étude concernant des effets de réciprocité sur l'attirance physique<sup>673</sup>. Dans un ordre d'idée similaire au modèle du self-looking glass<sup>674</sup>, le degré d'attirance d'un individu pour un autre dépend de la perception qu'a le premier du niveau d'attirance que le second a pour lui. Plus le premier individu a l'impression qu'il plait au second, plus il sera attiré par lui. Typiquement, les individus semblent plutôt attirés par ceux qui les aiment<sup>675</sup> et le visage est le « dénominateur commun à toutes les émotions »<sup>676</sup>.

**293.** La recherche incessante d'embellissement et du bien paraître, qui transparait dans la publication des « selfies » sur l'internet<sup>677</sup>, peut générer chez certains individus une insatisfaction profonde liée à un ressenti de non-conformité au groupe se traduisant par un sentiment de honte tel que l'individu n'acceptant plus son corps, ne voit d'autre issue que le recours à la chirurgie esthétique pour modifier une apparence dont il n'est pas satisfait. Les troubles psychologiques liés à ces problèmes de l'image<sup>678</sup> du corps sont exacerbés dans ce monde sans pitié, où la non-conformité peut avoir des conséquences dramatiques, comme l'on montré des exemples récents d'exclusion de groupe sur les réseaux sociaux.

---

<sup>672</sup> V. *supra* n° 288

<sup>673</sup> T. GREITEMEYER « Effects of reciprocity on attraction : The role of a partner's physical attractiveness. » *Pers Relationship* (2010) 17 : 317-330

<sup>674</sup> *Ibid* C.H. COOLEY (V. *supra* n° 282)

<sup>675</sup> A.W. GOULDNER « The norm of reciprocity - a preliminary statement » *Am Sociol Rev* (1960) 25 : 161-178

<sup>676</sup> M. SERRES « Apparition, apparence, appareil » (2009) p29 in 100 000 ans de Beauté - Préhistoire. Ed. Gallimard

<sup>677</sup> Lancée le 6 octobre 2010, et rachetée par Facebook en avril 2012, Instagram est à la fois une application, un service de partage de photos et de vidéos ainsi qu'un réseau social. Avec 600 millions d'utilisateurs en décembre 2016 (<http://www.boursier.com/actualites/economie/instagram-franchit-la-barre-des-600-millions-d-utilisateurs-33996.html?fil98>) Instagram revendique 400 millions d'utilisateurs en 2015 et un total de 40 milliards de photographies partagées. Bien qu'elle ait été accusée de censure, Instagram est l'application incontournable d'autopromotion qu'utilisent de très nombreux mannequins et pratiquement toutes les jeunes filles avides de diffuser sur internet leur image dans toutes les positions, angles de prise de vues, et situations valorisantes

<sup>678</sup> La psychologie comportementale et cognitive parle ainsi de « *trouble dysmorphique* » (Body Dysmorphic Disorder) pour désigner une préoccupation envahissante concernant un défaut (parfois imaginaire) de l'apparence physique. Plus largement, les études désignent l'ensemble des souffrances psychologiques liées à l'apparence physique sous les termes de trouble de l'image du corps (Body Image Disorder) ou encore d'insatisfaction liée à l'image corporelle (Body Image Dissatisfaction) S. CHEVAL « Comprendre les troubles de l'image corporelle » <http://www.sophiecheval-psy.fr/prob/comprendre-image-corporelle.html>

**294.** Fort heureusement, de nombreux exemples montrent que des individus qualifiés de « repoussants » à cause de malformations physiques acquises génétiquement ou accidentellement, arrivent à surmonter leur « handicap relationnel » et à s'investir dans des activités sportives ou intellectuelles qui leur permettent de conserver une estime de soi que leur environnement social ne favorise pas véritablement.

Tout compte fait, « pourquoi pas nous ? »<sup>679</sup>, car, en tout état de cause, « c'est pas la couleur de l'emballage qui compte mais ce qu'il y a dedans »<sup>680</sup>

### *B. Le jeu libre*

**295.** « Dans la période de jeu libre, l'enfant utilise ses propres réponses aux stimuli pour construire un soi. »<sup>681</sup>. C'est d'ailleurs le but visé par les jardins d'enfants qui, au travers des différentes activités collectives proposées, conduisent les enfants à faire une analyse des expériences empiriques auxquelles ils ont participé, ce qui favorise leur auto-socialisation.

C'est alors qu'intervient la période où l'enfant n'est plus spectateur des autres mais devient acteur. Il a intériorisé les relations qui existent entre les différents rôles et entre dans un jeu organisé dont il doit respecter les règles.

A ce stade, l'individu peut décider de modifier librement son apparence physique pour échapper à l'uniformité minimale d'un groupe et en renforcer son intégration et son appartenance.

Cependant, chez certains individus, le désir de ressembler aux autres se transforme en un besoin obsessionnel d'adapter leur apparence physique à celle que la mode du moment et le monde du paraître imposent au groupe, figeant la constitution du « soi » à un stade d'uniformité primaire.

**296.** Il est remarquable que dans les peintures de la tradition byzantine, les figures des personnages avaient des traits analogues. Il fallut « attendre que Giotto à Assise (1296-1299) peigne des hommes aux visages expressifs...la personne venait de naître dans la pensée

---

<sup>679</sup> P. CAUVIN « Pourquoi pas nous ? » (1978) Ed. J.C. Lattès.

<sup>680</sup> K. STOCKETT « The Help » (2009) Ed. Penguin Books Ltd, London. ebook p637 Chap 23 « *it ain't the color a the wrapping that count, it's what we is inside* » Extrait de: Kathryn Stockett. « The Help. » Traduit en français par P. Girard (2010) p 222 « La couleur des sentiments » Ed. BABEL

<sup>681</sup> « In the play period the child utilizes his own responses to these stimuli which he makes use of in building a self. » *Ibid* G. H. Mead, p150 (V. *supra* n° 285)

occidentale. Il importait que chaque face exprime une mimique différente afin de signifier que chacun avait une présence originale au monde. Au visage chargé de signes sociaux, il fallut rajouter des signes personnels »<sup>682</sup>.

C'est l'étape où le maquillage joue à la fois un rôle d'identification et de distinction individuelle. Les modifications de la couleur de la peau en sont une illustration.

Les stéréotypes abondamment diffusés par une presse spécialisée qui met en avant la femme à peau claire comme modèle universel de beauté ont conduit des populations d'Afrique, d'Inde, d'Amérique latine et d'Asie, à faire procéder à une dépigmentation de leur peau pour s'apparenter au modèle occidental<sup>683</sup>.

Sur un plan social, il ne faut pas négliger les problèmes psychologiques liés à la modification de l'identité. « *Au cœur d'enjeux socio-culturels où des forces de modernisation bousculent l'ordre traditionnel, le corps se fait l'objet d'une quête esthétique et le support d'une construction identitaire* »<sup>684</sup>.

Même si aujourd'hui ce phénomène tend à être un peu mieux contrôlé il reste cependant très aigu, surtout dans les populations de niveau moyen d'éducation. Et pendant que les uns souhaitent blanchir, les autres souhaitent brunir...

**297.** La différence fondamentale que Mead introduit « entre le jeu libre et le jeu normalisé est que dans le second cas, l'enfant doit avoir la même attitude que tous les autres enfants participant au jeu. La réponse de l'individu est contrôlée par l'ensemble organisé d'attitudes des autres qu'il a présumées et auxquelles il se réfère. »<sup>685</sup>. En illustrant son propos par l'exemple

---

<sup>682</sup> B. CYRULNIK « De la face au visage » (2009) p218 in 100 000 ans de Beauté - Préhistoire. Ed. Gallimard

<sup>683</sup> Les conséquences désastreuses de ces pratiques ont été dénoncées très tôt par les milieux médicaux. Dans un article intitulé « Blanchiment de la peau : la couleur de l'argent », P. TECIA écrivait déjà en 2002 « *Depuis plus d'un quart de siècle, les femmes noires de plusieurs pays d'Afrique s'éclaircissent la peau. Au Sénégal, la dépigmentation de la peau est une telle épidémie que le personnel médical, les médias et diverses associations montent au front pour déplorer cette pratique qui est devenue un problème de santé publique majeur* » (<https://voir.ca/societe/2002/10/09/blanchiment-de-la-peau-la-couleur-de-largent/>). Les effets néfastes des crèmes éclaircissantes, encore largement utilisées aujourd'hui, sont nombreux. Sur le plan médical, l'inhibition de la mélanogenèse supprime les fonctions protectrices de la peau dont le brunissement au soleil participe à la protection des effets néfastes des rayons ultraviolets et une dépendance aux composés présents dans les crèmes qui se manifeste en cas d'arrêt des applications par des anxiétés, dépressions et envies suicidaires.

<sup>684</sup> C. EMERIAU "S'éclaircir pour faire « peau neuve » ?" (2009) p 111-116 in Corps Ed. Dilecta. Voir aussi « Peut-on être « pour » le blanchiment de la peau ? » <https://panafricanbeauty.com/2015/12/12/peut-on-etre-pour-le-blanchiment-de-la-peau/>

<sup>685</sup> « *The fundamental difference between the game and play is that in the latter the child must have the attitude of all the others involved in that game. The attitudes of the other players which the participant assumes organize into*

de l'enfant qui, en intégrant une équipe sportive agit en fonction de l'assomption de ce que les autres vont faire, Mead propose que l'enfant prend alors conscience du fait que son jeu dépend des autres et qu'il appartient à un ensemble structuré et organisé dénommé « l'autre généralisé<sup>686</sup> » qui le conduit à développer une « l'unité du soi », le « soi total ». C'est sous la forme de l'autre généralisé que le processus social influence le comportement des individus.

L'enfant ne peut participer pleinement au jeu règlementé que lorsqu'il a intériorisé les liens qui existent entre tous les rôles, et assimilé les règles, les normes, qui valent pour tous les individus du groupe. La transition de la situation de spontanéité et d'improvisation vers celle où les règles et les normes du groupe social prévalent, s'effectue petit à petit<sup>687</sup>.

**298.** Si les individus du groupe construisent finalement leur « soi » au travers de processus communs, il n'en développent pas moins un soi individuel unique qui permet à chacun de rejoindre le groupe social d'une manière qui lui est propre.

Le processus de socialisation consiste, dès la plus petite enfance, à apprendre et internaliser les valeurs, les croyances, et les normes du groupe social dans lequel on s'intègre.

**299.** On voit que tout l'ensemble des processus sur lesquels Mead fonde sa théorie, s'appuie sur une communication interactive dont le rôle dans la socialisation devient primordial avec l'acquisition du langage et continue dans la vie adulte.

Pour reprendre une expression qui constitua le fil rouge d'un parcours scientifique riche en interactions et collaborations, « Communication is the key »<sup>688</sup>.

La capacité de deux personnes à communiquer est essentielle à la prise du rôle d'autrui. La communication peut se faire au travers d'une conversation par signes, une gestuelle qui, en elle-même, n'est pas significative, ou par le langage fondé sur un ensemble de gestes symboliques. La communication par gestes permet des ajustements dans le processus de comportement social.

---

*a sort of unit, and it is that organization which controls the response of the individual.* » Ibid G. H. Mead, p154 (V. supra n° 285)

<sup>686</sup> « *The organized community or social group which gives to the individual his unity of self may be called "the generalized' other."* » Ibid

<sup>687</sup> Au sujet de l'autonomie relationnelle voir N. MAILLARD « La vulnérabilité : Une nouvelle catégorie morale ? (2011) Labor et Fides, Genève. p95 « *En intériorisant les attentes de « l'autrui généralisé », l'individu apprend à se concevoir lui-même comme personne juridique. Il apprend non seulement quels sont ses devoirs et obligations à l'égard des autres mais aussi, inversement, quelles exigences individuelles il peut s'attendre à voir respecter de la part d'autrui. Il prend conscience de lui-même comme un sujet de droit.* » ,

<sup>688</sup> B. PERBAL « Communication is the key » *Cell Commun Signal* (2003) 27:3

**300.** Mead considère que « les gestes deviennent des symboles significatifs quand ils font naître implicitement chez celui qui les accomplit la même réaction qu'ils font naître explicitement chez ceux à qui ils s'adressent »<sup>689</sup>.

La gestuelle vocale, le langage, utilise des symboles qui font apparaître chez l'autre une réaction consciente et qui appellent la même réponse de la part de celui qui les émet et de celui qui les reçoit. Chacun des gestes a la même signification pour les deux interlocuteurs.<sup>690</sup>

Ainsi, selon Mead se construit le « soi ».<sup>691</sup>

## §2. Le « moi » et le « je », deux composantes du « soi »

**301.** Le processus de socialisation tel qu'il est envisagé ici ne se réduit pas à la seule organisation d'attitudes sociales<sup>692</sup> et ne conduit pas à un lissage produisant des « individus institutionnalisés », mais à des personnalités individuelles dont la spécificité est due, selon Mead, à l'interaction de deux aspects constitutifs du soi qu'il désigne le « je » et le « moi ».

Le « moi », conformiste, est la fraction du soi qui résulte de l'intériorisation des attitudes de « l'autre généralisé » et qui permet de s'identifier à la communauté. Il constitue la structure socialisée de l'individu, l'ensemble organisé des attitudes des autres que l'on endosse et assume.

Le « je » est ce qui contribue à la spécificité identitaire de l'individu au sein de la société. Il « donne le sentiment de liberté, d'initiative »<sup>693</sup>. Il est la force de créativité de l'esprit qui agit sur

---

<sup>689</sup> « *Gestures become significant symbols when they implicitly arouse in an individual making them the same responses which they explicitly arouse, or are supposed to arouse, in other individuals, the individuals to whom they are addressed* » *Ibid* G. H. Mead, p47 (V. *supra* n° 285)

<sup>690</sup> « *The vocal gesture becomes a significant symbol (unimportant, as such, on the merely affective side of experience) when it has the same effect on the individual making it that it has on the individual to whom it is addressed or who explicitly responds to it, and thus involves a reference to the self of the individual making it* ». *Ibid* G. H. Mead, p46 (V. *supra* n° 285)

<sup>691</sup> La théorie de Mead fut à la source de mouvements très importants en psychologie sociale et en philosophie, même si certains auteurs lui ont reproché certaines insuffisances. C'est un débat qui dépasse très largement le cadre de notre étude. Des références constituant un bon point de départ peuvent être trouvées dans la revue de A. QRIBI « Socialisation et identité. L'apport de G. H. Mead ou la conversation du « je » et du « moi » in *La Psychiatrie : qu'en pense le social. Empan* (2005) 58 : 129-132 <http://www.cairn.info/revue-empan-2005-2-page-129.htm> et l'ouvrage de D. MARTINOT « Le Soi, les autres et la société » (2008) Presses Universitaires de Grenoble

<sup>692</sup> « *the self does not consist simply in the bare organization of social attitudes* » *Ibid* G. H. Mead, p1175 (V. *supra* n° 285)

<sup>693</sup> « *The "I" gives the sense of freedom, of initiative.* » *Ibid* G. H. Mead, p177 (V. *supra* n° 285)



le « moi » et qui fait que le « soi » de l'un est différent du « soi » de l'autre<sup>694</sup>. Le « je » traduit la réaction propre à chaque individu lorsqu'il est confronté aux attitudes de ceux qui sont avec lui au sein du groupe, de la communauté, de la société à laquelle il appartient. Il est le propre des individus novateurs, qui par leurs actions, modifient et enrichissent la diversité de l'organisation sociale.

**302.** L'intégration productive dans le groupe social résulte de la manière avec laquelle l'individu gère la dualité d'une situation qui requiert à la fois son insertion mimétique au groupe et sa différence. Il doit éviter d'être marginalisé, en apparaissant semblable aux autres membres du groupe, tout en se démarquant par ses apports innovants<sup>695</sup>.

C'est la conversation entre le « je » et le « moi » qui constitue le soi<sup>696</sup>.

On voit que si le « soi » est façonné par un processus social commun, c'est l'équilibre du « je » et du « moi » propre à chaque individu qui consolide sa différence avec les autres et renforce son identité sociale<sup>697</sup>.

La nature spécifique du soi repose finalement sur une situation d'exclusivité réciproque.

Ce qui fait « moi », ce sont les autres.

---

<sup>694</sup> « *The "I" is the response of the organism to the attitudes of the others; the "me" is the organized set of attitudes of others which one himself assumes. The attitudes of the others constitute the organized "me," and then one reacts toward that as an "I."* » *Ibid* G. H. Mead, p175 (V. *supra* n° 285)

<sup>695</sup> On peut alors concevoir avec Mead que « Le contrôle social est l'expression du « moi » à l'encontre de celle du « je » - Il fixe les limites, autorise et donne la possibilité au « je », pour ainsi dire, d'utiliser le « moi » afin de mener à bien le projet auquel tout un chacun est intéressé *Social control is the expression of the "me" over against the expression of the "I."* *It sets the limits, it gives the determination that enables the "I," so to speak, to use the "me" as the means of carrying out what is the undertaking that all are interested in* »; ainsi « le contrôle social dépendra du degré avec lequel l'individu intériorise les attitudes de ceux qui dans le groupe sont impliqués avec lui dans ses activités sociales. » « *Social control, then, will depend upon the degree to which the individual does assume the attitudes of those in the group who are involved with him in his social activities.* » G. H. MEAD « *The genesis of the self and social control* » (1925) *Int J Ethics* 35 : 251-277 p274

<sup>696</sup> Dans son analyse des rôles respectifs des deux composantes à la fois antagonistes et complémentaires du soi que sont le je et le moi, J. Habermas introduit une distinction non considérée par G. H. Mead qui l'amène à voir deux orientations dans le dialogue entre le « je » et le « moi ». « de ce point de vue, le « je » apparaît d'une part comme la pression d'une nature pulsionnelle antérieure à la socialisation et de l'autre comme la poussée de l'imagination créatrice » « Habermas. §7 1988 *Parcours* (Tome 1) (1971-1989) Sociologie et théorie du langage. Pensée postmétaphysique NRF Gallimard (2018)

<sup>697</sup> « *The "I" both calls out the "me" and responds to it. Taken together they constitute a personality as it appears in social experience. The self is essentially a social process going on with these two distinguishable phases. If it did not have these two phases there could not be conscious responsibility, and there would be nothing novel in experience.* » « Le « je » appelle et répond au « moi » Il constituent à eux deux une personnalité telle qu'elle apparaît au cours de l'expérience sociale. Le soi est essentiellement un processus social qui va de pair avec ces deux phases indistinguables ; si nous n'avions pas ces deux phases, il n'y aurait pas de responsabilité consciente et l'expérience n'apporterait rien de nouveau » *Ibid* G. H. Mead, p178 (V. *supra* n° 285)

Je suis unique car je suis différent des autres.

## *Section 2. Le soi biologique*

### §1. Le « moi » et le « je » biologiques

**303.** La dualité du processus de constitution du « soi », constitué par les deux entités à la fois complémentaires et contradictoires que sont le « moi » et le « je », se décline également lors du développement humain.

#### *A. Le « moi » biologique*

**304.** Les êtres vivants tiennent leurs caractéristiques biologiques, physiques, physiologiques et psychiques de la présence dans le noyau de toutes leurs cellules d'un jeu de chromosomes porteurs de l'information génétique codant le développement et le fonctionnement des membres et organes de l'espèce considérée.

On peut considérer que le « moi » biologique humain est défini par des caractéristiques, qui prises dans leur ensemble, distinguent les Hommes des autres espèces du monde vivant animal, végétal ou microbiologique et en particulier de leurs cousins les plus proches dans la classification phylogénétique<sup>698</sup>.

Les études d'anthropogénie<sup>699</sup> ont permis d'identifier des critères, codés génétiquement, qui sont spécifiques à l'espèce humaine et qui font l'objet de plusieurs domaines d'études scientifiques<sup>700</sup>

---

<sup>698</sup> Les études de taxonomie (cladistique et phénétique) concernant la classification de l'espèce humaine ont placé l'homme dans l'ordre des primates, famille des hominidae, tribu homini, branche hominina (voir V. BARRIEL Planet-Vie, Jeudi 4 janvier 2007, <http://planet-vie.ens.fr/content/hominoides-hominides-hominines>). La comparaison des régions homologues des ADN de l'homme, du Chimpanzé, du Macaque, de l'Orang-outan, du Gorille et du Bonobo, permise par le séquençage des génomes entiers (A. SCALLY et al. « Insights into hominid evolution from the Gorilla genome sequence » *Nature* (2012) 483: 169-175), a permis de conclure que la divergence entre Chimpanzés et Homme s'est produite il y a 7 à 10 millions d'années, avec l'apparition de caractéristiques propres à l'espèce humaine. Voir aussi J.-C. HERVE « Apport de la génétique moléculaire à la connaissance de l'évolution humaine. Approche historique » (2012- MAJ N. Salamé 2015) <http://accs.ens-lyon.fr/evolution/evolution/accompagnement-pedagogique/accompagnement-au-lycee/terminale-2012/un-regard-sur-levolution-de-lhomme/Vue-densemble/genetique-et-evolution-humaine>. Une étude récente bouleverserait les cartes en plaçant l'origine des hominides non pas nécessairement en Afrique, mais dans les Balkans (J. FUSS, N. SPASSOV, D.R. BEGUN, M. BOHME « Potential affinities of Graecopithecus from the Late Miocene of Europe *PLOS ONE* (2017) 12(5) e0177127

<sup>699</sup> Selon la définition du CNRTL, l'anthropogénie est la science qui étudie l'origine et l'histoire de l'humanité. La matrice d'anthropogénie comparative (« Matrix of Comparative Anthropogeny – MOCA » anciennement « Museum of Comparative Anthropogeny » <https://carta.anthropogeny.org/moca>) est un projet international qui

Parmi ces caractéristiques humaines on peut relever plus particulièrement i) la bipédie permanente avec les conséquences anatomiques et biomécaniques de la position verticale sur l'architecture squelettique et la marche<sup>701</sup>, ii) un cerveau dont la taille moyenne (1350 à 1400 cm<sup>3</sup>) est à peu près trois fois celle d'un australopithèque<sup>702</sup> et qui gouverne des manifestations comportementales et cognitives très développées (réflexion, acquisition et de traitement d'information visuelle et auditive, apprentissage, mémorisation et interprétation). Les études récentes sont unanimes à considérer que la trajectoire évolutive du cerveau humain a constitué une contribution très importante au renforcement de nos capacités cognitives et linguistiques<sup>703</sup>. Le développement phylogénétique de la main, une autre caractéristique physique parmi les plus marquantes de l'Homme moderne, a généré un intérêt considérable dans les sciences biologiques et sociales. L'évolution anatomique remarquable de la main chez les vertébrés a inspiré de nombreux philosophes, biologistes, anthropologues<sup>704</sup> et l'interdépendance du cerveau

---

regroupe les informations différentielles collectées à la suite de comparaisons anthropologiques concernant les humains et les membres de famille des « grands singes » constituée par les Chimpanzés, Bonobos, Gorilles et Orang-Outans. Voir aussi A. VARKI, P. GAGNEUX « How Different Are Humans and "Great Apes"? A Matrix of Comparative Anthropogeny (2017) in On Human Nature p151-160. Michel Tibayrenc et Francisco J. Ayala (Eds). Academic Press-Elsevier; H. VAN LIER « Anthropogénie. Un darwinisme des sciences humaines. Homo est le primate anguleux (1998-2002) »

<http://www.anthropogenie.be> et « Anthropogénie, Constitution continue d'Homo comme état moment d'Univers » Tour de l'Homme en quatre vingt thèses. [http://www.anthropogenie.com/anthropogenie\\_succinte/theses.htm](http://www.anthropogenie.com/anthropogenie_succinte/theses.htm)

<sup>700</sup> Center for academic research and training in anthropogeny <https://carta.anthropogeny.org/moca/domains>

<sup>701</sup> Caractéristiques morphologiques : Bassin court évasé, trou occipital avancé et horizontal, fémur incliné, bipédie stricte et aptitude à la course supposant des modifications squelettiques concernant la colonne vertébrale qui acquiert de nouvelles courbures, face réduite et plate, mandibule parabolique. La capacité crânienne humaine d'environ 1100 à 1700 cm<sup>3</sup> [D. FALK « Hominin paleoneurology: Where are we now? »(2012) in Progress in Brain Research M. A. Hofman and D. Falk (Eds.), 195 : 255-272] est de loin la plus grande chez les primates

<sup>702</sup> L'examen de fossiles suggère que les Australopithecus soient fort probablement des ancêtres de Homo sapiens. Bipèdes partiels dotés d'un cerveau d'environ 450 cm<sup>3</sup> [D. FALK, et al. Early hominid brain evolution: A new look at old endocasts. *J Hum Evol* (2000) 38 : 695-717.], leurs mains avaient une structure proche de celle d'Homo erectus, qui ne permettait pas tous les mouvements de la main de l'homme moderne.

<sup>703</sup> Les modifications évolutives qui ont conduit au cerveau de l'homme moderne à partir du dernier ancêtre commun universel [C. BROCHIER-ARMANET et S. GRIBALDO « LUCA, dernier ancêtre commun universel » (2015) Museum Moodle. Enseigner Classification Evolution (ECEV) <http://edu.mnhn.fr/mod/page/view.php?id=336>] incluent avec la spécialisation de domaines neuro-anatomiques, un accroissement marqué des structures néocorticales et certaines caractéristiques biochimiques qui sont associées à une activité métabolique accrue et à une plasticité accrue des réseaux synaptiques. C. C. SHERWOOD, F. SUBIAUL, T. W. ZAWIDZKI « A natural history of the human mind: tracing evolutionary changes in brain and cognition » *J Anat* (2008) 212 : 426-454

<sup>704</sup> Très tôt, l'importance de la main dans la place unique qu'occupe l'homme parmi les vertébrés fut l'objet de débats philosophiques devenus classiques. Selon ANAXAGORE, « *L'homme est intelligent parce qu'il a une main* » car il pense que le faire (la main) précède le savoir (la raison). Pour ARISTOTE, qui propose, au contraire, que la main soit le prolongement de la raison, l'homme est intelligent parce qu'il a des mains. « *Anaxagore prétend que l'homme est le plus intelligent des êtres parce qu'il a des mains ; mais la raison nous dit, tout au contraire, que l'homme n'a des mains que parce qu'il est si intelligent. Les mains, en effet, sont un instrument ; et la nature sait*

et de la main a été très tôt l'objet d'études spécifiques<sup>705</sup>. Aujourd'hui, il est largement accepté que l'usage de cet organe complexe participe à la structuration du cerveau, du langage et de la culture humaine<sup>706</sup>.

**305.** Les caractéristiques physiques communes à tous les représentants de l'espèce *homo sapiens* sont transmises selon les lois de l'hérédité. Elles permettent d'identifier et de classer l'Homme dans le groupe auquel nous appartenons biologiquement.

---

*toujours, comme le ferait un homme sage, attribuer les choses à qui est capable de s'en servir* » ARISTOTE « Traité des Parties de Animaux » (384-322 av. J.C.), Livre IV, Ch. X §14 Traduit en français pour la première fois et accompagnés de notes perpétuelles par J. BARTHELEMY SAINT-HILAIRE, Ed. Hachette Paris 1885. Consultable sur University Libraires New York (<http://ia902700.us.archive.org/9/items/traitsdesparties00aris/traitsdesparties00aris.pdf>) ; G. CUVIER « Tableau élémentaire de l'histoire naturelle des animaux » (1798) « *les arts sont nés de la science ...et de l'adresse qui résulte de la conformation de nos mains et de nos doigts* » p 79 Ed. Baudouin Paris C. DARWIN. « L'origine des espèces au moyen de la sélection naturelle ou la lutte pour l'existence dans la nature » (1859). Morphologie p 508. Traduction française Ed. Alfred Costes Paris (1921). T. H. HUXLEY « Evidence as to Man's place in Nature » (1863) Ed. D. Appleton and Company New York. L'anthropologie moderne renforce la thèse d'Anaxagore. Au cours de l'évolution il apparaît que la main est passée de la fonction d'outil de locomotion à celle d'un outil préhensile et tactile extrêmement sophistiqué

<http://www.futura-sciences.com/sciences/dossiers/anthropologie-anatomie-comparee-homme-singe-694/page/6/> Voir aussi pour des articles plus récents et spécialisés R. L. SUSMAN (1998) « Hand function and tool behavior in early hominids » *J Hum Evol* (1998) 35 :23-46 ; H van DUINEN , S. C. GANDEVIA.« Constraints for control of the human hand » . *J Physiol* (2011) 589 : 5583-5593

<sup>705</sup> J. RAY dans « Works of the Creation » Part II (1714) » page 281 (en parlant des cornes, des griffes, des becs, des sabots) « *As Aristotle said well, man is weak and feeble and sent unarmed into the world – why a hand, with reason to use it, supplies the use of all these* » « Comme Aristote le disait bien, l'homme est fragile et faible, et fut envoyé désarmé sur terre, mais avec une main dont l'usage peut servir à tous ces usages » ; C. BELL dans « The Hand. Its mechanism and vital endowments » (1834) Ed. William Pickering London pp115-116 « *in a french book intended to teach young people philosophy, the pupil asks why the fingers are not equal length ?...The master wants to show him that the points of the fingers are then equal. It would have been better had he closed the fingers upon the palm and then have asked whether or not they corresponded... This difference in the length serves a thousand purposes...* » « dans un livre français utilisé pour enseigner la philosophie, l'élève demande pourquoi les doigts n'ont pas tous la même longueur. Il aurait été plus simple pour le maître de fermer les doigts dans sa paume et demander à l'élève s'ils étaient différents... En fait, cette différence permet de faire un millier de choses... » ; F. WOOD JONES dans « The principles of Anatomy as seen in the hand » (1920) Ed. J.A. Churchill London p 242 « *It is the hand and the eye that have given Man such intimacy with the external anatomy of his own body* » « c'est la main et l'œil de l'Homme qui lui ont donné autant d'intimité avec l'anatomie externe de son corps ».« ; Voir aussi J. NAPIER « The evolution of the hand » *Sci Am* (1962) 207: 56-62. ; J. NAPIER, R. H. TUTTLE "Hands" (1993) Princeton Science Library ; F. J. VALERO-CUEVAS « Why the Hand ? » *Adv Exp Med Biol* (2009) 629 : 553-557 ; E. GENTAZ « La main, le cerveau et le toucher » (2012) Ed. Dunod ; S. ALMECIJA, J. B. SMAERS, W. L. JUNGERS « The Evolution of Human and Ape Hand Proportions » *Nat Commun* (2015) 6 :7717-7727

<sup>706</sup> F. R. WILSON « The hand : How its use shapes the Brain, Langage and Human Culture » (1998) New York Pantheon books ; E. CARTMIL, S. BEILOCK, S. GOLDIN-MEADOW « A word in the hand : action, gesture and mental representation in humans and non-human primates » *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci* (2012) 367 :129-143

## *B. Le « je » biologique*

**306.** Une constellation de différences constitutionnelles, fonctionnelles, psychiques et comportementales fait de nous les êtres uniques que nous sommes par dessus le « moi » identifiant de l'espèce.

Elles résultent à la fois d'une variabilité génétique et des interactions de l'individu avec ses semblables et avec le milieu dans lequel il évolue que nous qualifierons d'épigénétiques.

L'ensemble de ces considérations nous conduit à une notion dynamique du « soi » biologique qui est la résultante des interactions entre un « moi » constitutionnel spécifique de l'espèce, commun au groupe et l'action d'un « je » qui fait notre différence biologique. En réponse aux stimuli extérieurs, le « je » façonne » notre personnalité physique et psychique par une modulation de l'expression d'un héritage génétique ancestral commun.

L'identité sociale biologique repose donc elle aussi sur des différences individuelles et des critères d'exclusion qui nous renvoient à notre définition :

Ce qui fait « moi », ce sont les autres.

Je suis unique car je suis différent des autres.

### §2. Un concept dominant en immunologie : la reconnaissance du « soi » et le rejet des autres

**307.** On doit aux travaux novateurs de Macfarlane Burnet<sup>707</sup> et à sa théorie de la distinction entre le « soi » et « non-soi », la propagation du concept suivant lequel un organisme vivant a la capacité de distinguer ses propres constituants de ceux qui ne sont pas les siens, qu'ils soient naturels ou non.

Appliqué aux mécanismes de la défense immunitaire, ce concept a constitué un socle sur lequel se sont appuyés de très nombreux travaux visant à comprendre les mécanismes moléculaires des différents aspects de l'immunité biologique et de la tolérance<sup>708</sup>. Il a eu un impact considérable dans de nombreux domaines, aussi bien scientifiques que philosophiques et juridiques.

---

<sup>707</sup> F.M. BURNET « The clonal selection theory of acquired immunity » (1958) Ed. Vanderbilt University Press

<sup>708</sup> Realm of Tolerance P. Ivanyi (Ed) (1989) Springer Verlag Berlin

**308.** L'existence d'un « soi » immunologique, expression des différences physiologiques individuelles, constitue un véritable rempart que l'organisme utilise pour se protéger des agressions extérieures. C'est la base même des réactions immunologiques, responsable par exemple, du rejet des greffes tissulaires hétérotypiques<sup>709</sup>, des problèmes de transfusion sanguine liés à l'incompatibilité de certains groupes sanguins<sup>710</sup>, et des réactions de défense contre les agents pathogènes tels que les bactéries, virus, ou autres parasites que l'homme rencontre dans son contexte environnemental.

Nous retiendrons ici qu'on appelle « antigènes » les molécules qui déclenchent des réactions immunitaires. L'antigénicité d'un composé étranger à l'organisme récepteur est liée à sa capacité de déclencher une réaction immunitaire visant à le détruire ou l'inactiver. Les antigènes se lient à des récepteurs spécifiques.

Il est fréquent que le grand public associe « réaction immunologique » à la seule « production d'anticorps » qui n'est en fait pas la plus importante manifestation immunitaire. En réalité, il

---

<sup>709</sup> L'importance de la diversité inter-individuelle dans la reconnaissance du soi, est illustrée par les réactions de rejet tissulaire associées à l'implantation de matériel biologique chez un hôte qui exprime un phénotype incompatible. A chaque panel d'expression génique correspond un phénotype particulier qui va se manifester au niveau cellulaire par la production de marqueurs spécifiques permettant à l'organisme de reconnaître ses propres cellules et d'éliminer grâce à des leucocytes tueurs (NK pour Natural Killer) celles qui lui sont étrangères. Les antigènes des leucocytes humains, dénommés HLA (Human Leukocyte Antigen), en référence à la première molécule d'histo-incompatibilité identifiée en 1958 par J. Dausset, (Prix Nobel de Médecine en 1980), constituent le Complexe Majeur d'Histocompatibilité (CMH) humain (voir J. DAUSSET « Clin d'œil à la vie : la grande aventure HLA » (1998) Paris, Ed. Odile Jacob et J.-P. SOULILLOU « An Interview with Jean Dausset » *Am J Transplant* (2004) 4 : 7. Les glycoprotéines membranaires du CMH jouent un rôle essentiel dans l'acceptation ou le rejet de cellules et tissus portant des déterminants de non-soi. Elles assurent une surveillance en temps réel des modifications du soi en présentant les antigènes peptidiques aux lymphocytes T

<sup>710</sup> Les groupes de compatibilité sanguine, définis par les antigènes exprimés à la surface des globules rouges, fournissent un autre exemple de reconnaissance du « soi » biologique. Actuellement on distingue un total de 36 systèmes de groupes sanguins, définis par la présence de ces antigènes qui déterminent la compatibilité sanguine entre individus et dont on connaît les gènes qui les encodent. Les plus connus du grand public sont les système ABO et Rhésus (Rh) (voir : Table of group systems v5.0 170205) sur le site de l'International Society of Blood Transfusion.

[http://www.isbtweb.org/fileadmin/user\\_upload/Working\\_parties/WP\\_on\\_Red\\_Cell\\_Immunogenetics\\_and/Table\\_of\\_blood\\_group\\_systems\\_v5.0\\_170205.pdf](http://www.isbtweb.org/fileadmin/user_upload/Working_parties/WP_on_Red_Cell_Immunogenetics_and/Table_of_blood_group_systems_v5.0_170205.pdf)

L'importance des groupes sanguins pour assurer le succès de transfusions sanguines fut reconnue grâce aux travaux de plusieurs médecins biologistes du début du XXe siècle. La découverte du système ABO, publiée en 1901 par K. LANDSTEINER lui valut le Prix Nobel de physiologie ou médecine en 1930 ; elle permit de comprendre les échecs rencontrés dans les transfusions qui mélangeaient des globules rouges de groupe incompatibles. Voir J.-P. AYMARD « Karl Landsteiner (1868-1943) et la découverte des groupes sanguins » *Transfusion Clinique et Biologique* (2012) 19 : 244-248

existe une grande variété de réponse immunitaires faisant intervenir différents mécanismes et types cellulaires spécialisés <sup>711</sup>.

**309.** Dans la théorie de Burnet, les déterminants antigéniques qui ne sont pas constitutifs du « soi » biologique sont qualifiés d'antigènes du « non-soi ».<sup>712</sup>

La production des anticorps par l'organisme repose sur une sélection clonale<sup>713</sup>. Au cours de ce processus, les lymphocytes B <sup>714</sup> qui lient les antigènes constitutifs du « soi » sont éliminés<sup>715</sup>, les autres subissent une maturation pour devenir des lymphocytes inactifs<sup>716</sup>. La plupart d'entre eux ne rencontre jamais l'antigène qui pourrait fixer le récepteur exprimé à leur surface. Ceux qui fixent un antigène qui n'appartient pas au répertoire du « soi » sont activés et donnent des clones de cellules toutes semblables qui produisent les anticorps contre l'antigène du « non-soi » qui s'est fixé sur le récepteur<sup>717</sup>.

Le « soi » immunitaire humoral est acquis.

---

<sup>711</sup> Voir par exemple le traité d'Immunologie Fondamentale et Immuno-pathologie (2013) rédigé par les enseignants de l'ASSIM (Association des collèges des enseignants d'immunologie des universités de langue française) Ed. Elsevier Masson ; ainsi que les cours de licence en ligne proposés par l'ASSIM sur le site <http://www.assim.refer.org/raisil/raisil/LO2.html>

<sup>712</sup> F. M. BURNET « Immunological recognition of the self » *Nobel Lecture* Dec 12, 1960 p1-13 [https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/medicine/laureates/1960/burnet-lecture.pdf](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/1960/burnet-lecture.pdf)

<sup>713</sup> Au cours de leur différenciation, les cellules souches du système hématopoïétique subissent des réarrangements de leur matériel génétique et produisent une large panoplie de lymphocytes B exprimant chacun à leur surface un récepteur antigénique propre.

<sup>714</sup> Les lymphocytes participent à la spécificité de la réponse immunitaire. Ils constituent une sous-population importante (environ 20%) des leucocytes (« globules blancs ») du sang. Les lymphocytes B sont responsables de la production des anticorps (immunité humorale), alors que les lymphocytes T sont impliqués dans l'immunité adaptative dite « cellulaire »

<sup>715</sup> Il est intéressant de noter que P. Ehrlich et collaborateurs écrivaient déjà en 1906 « *we pointed out that the organism possesses certain contrivances by means of which the immunity reaction, so easily produced by all kinds of cells, is prevented from acting against the organism's own elements and so give rise to autotoxins* » « nous avons fait remarquer que l'organisme dispose d'un système particulier grâce auquel la réaction immunitaire produite si facilement par tous les types de cellules, est incapable d'agir contre ses propres constituants en produisant des autotoxines » p82 P. EHRLICH and his Collaborators « *Collected Studies in immunity* » (1906), traduit en anglais par C. BOLDUAN. J. Wiley and Sons New York

<sup>716</sup> F.M. BURNET dans « *The clonal selection theory of acquired immunity* » proposait « *Self not- self recognition means simply that all those clones which would recognize (that is, produce antibody against) a self component have been eliminated in embryonic life. All the rest are retained.* » « la reconnaissance du soi et du non-soi signifie simplement que tous les clones qui reconnaîtraient un composant du soi (c'est à dire qui produiraient des anticorps contre lui) ont été éliminés au cours de la vie embryonnaire » p 59 Ed. Vanderbilt University Press.

<sup>717</sup> On voit que, au cours de ce processus, l'organisme reconnaît à la foi les déterminants antigéniques du « soi » et du « non-soi »

C'est la réponse individuelle, aspect fondamental du « je », aux pressions exercées par l'exposition à des déterminants du non soi lors du développement et qui se surimposent au « moi » génétique.

Bien qu'il puisse être critiquable à la lumière de résultats expérimentaux et problématiques scientifiques récentes<sup>718</sup>, ce concept est encore profondément ancré en immunologie où il perdure et ne pouvait être ignoré ici, car en posant des problèmes fondamentaux relatifs à l'identité biologique personnelle, il a été à la source d'un très ample mouvement de réflexion dont notre propos est inspiré.

## **Chapitre 2. L'identité génétique et la spécificité du « soi »**

### *Section 1. Bases génétiques de l'hérédité*

**310.** Selon notre modèle, le « soi » biologique est défini par les traits biologiques communs au groupe, que nous avons assimilés au « moi », façonnés tout au long du développement par l'expression de caractéristiques exprimées du plus profond de notre intimité physique, notre « je » biologique.

On peut donc considérer que le « soi », ainsi défini, correspond aux manifestations visibles de notre personnalité génétique intimement enfouie au plus profond de nous-même.

**311.** Transmises par notre héritage génétique, les bases de notre identité moléculaire qui détermine notre apparence et nos comportements, sont elles-mêmes soumises à l'impact et à la variabilité des composantes du microenvironnement et du milieu dans lequel l'organisme évolue.

L'exploitation de l'identité génétique étant aujourd'hui au centre d'enjeux commerciaux et sociétaux considérables, il sera intéressant à cet égard d'examiner comment les traits

---

<sup>718</sup> T. PRADEU « Critique des notions de soi et de non-soi en immunologie » in Une histoire critique de la biologie J-J Kupiec (Dir) Ed. Belin 2012. Accessible en ligne sur [http://thomaspradeu.com/wp-content/uploads/2011/11/Pradeu\\_Soi-et-non-soi\\_Kupiec.pdf](http://thomaspradeu.com/wp-content/uploads/2011/11/Pradeu_Soi-et-non-soi_Kupiec.pdf)



phénotypiques et leur fondement génétique, sont considérés au titre de la propriété et de la protection des données personnelles.

Sur un plan pratique, la variabilité et la spécificité de notre « soi » dépendent donc en premier lieu de l'expression de notre matériel génétique.

Afin de faciliter l'appréhension des problèmes juridiques posés par la propriété et la protection du « soi » génétique, nous nous arrêterons brièvement sur des notions fondamentales importantes concernant l'organisation structurale du génome<sup>719</sup> humain.

**312.** Après les premiers travaux concernant les fondements de l'hérédité, publiés par Gregor Mendel en 1865 et 1866<sup>720</sup>, la transmission des traits héréditaires fut associée à la présence de chromosomes présents dans le noyau des cellules<sup>721</sup>. Il fallut attendre les travaux de Morgan et collaborateurs<sup>722</sup> et ceux de Avery et collaborateurs<sup>723</sup> pour que les gènes<sup>724</sup> soient localisés sur

---

<sup>719</sup> On appelle génome l'ensemble du matériel génétique d'un organisme. La génomique est l'étude du fonctionnement des gènes à l'échelle du génome. La génétique concerne l'étude de la transmission des caractères héréditaires

<sup>720</sup> G. MENDEL « Versuche über Pflanzenhybriden ». (1865) Traduction de la Communication intitulée Recherches sur les hybrides végétaux [http://classiques.uqac.ca/collection\\_sciences\\_nature/mendel\\_gregor/Recherches\\_hybrides\\_vegetaux/Recherche\\_sur\\_les\\_hybrides\\_vegetaux.pdf](http://classiques.uqac.ca/collection_sciences_nature/mendel_gregor/Recherches_hybrides_vegetaux/Recherche_sur_les_hybrides_vegetaux.pdf) ; G. MENDEL « Versuche über Pflanzenhybriden » (1866). Verhandlungen des naturforschenden Vereines in Brünn, Bd. IV für das Jahr 1865, Abhandlungen, 3–47

<sup>721</sup> Les chromosomes ont été découverts en 1848 par W. Hofmeister lors des études qu'il réalisa sur le pollen des Tradescantia (communément appelées « misères ») et A. E. STRASBURGER fut le premier en 1875 à décrire leur comportement lors de la division cellulaire. C'est en 1879 que W. FLEMMING décrivit les modifications structurales des chromosomes lors de la division cellulaire et proposa les termes de « mitose » et « chromatine ». Ce n'est que plus tard, en 1888 que W. WALDEYER proposa le terme de « chromosomes ». Pour une présentation chronologique plus fournie voir « Chromosomes of Eukaryotic Cells : History, Structure, Types and Function » (2016) article proposé par Trisha sur Biology Discussion <http://www.biologydiscussion.com/eukaryotic-cell/chromosomes-of-eukaryotic-cells-history-structure-types-and-function/5944>; MARTY, H. MONIN « Le premier âge de l'ADN : Histoire d'une molécule de l'hérédité » (2003) Ed. Vuibert Paris ; V.K. JAIN, J. P. SHARMA « Comprehensive Objective Biology » (2004) p160 Golden Bells Laxmi Publications New Dehli

<sup>722</sup> T. H. MORGAN « Mechanism of Mendelian Heredity » (1915) New York, Holt ; T. H. MORGAN « The Physical Basis of Heredity » (1919) [Kindle edition], A. H. STURTEVANT, C. B. BRIDGES, and T. H. MORGAN "The Spatial Relations of Genes" *Proc Natl Acad Sci U S A* (1919) 5 : 168-173

<sup>723</sup> O. T. AVERY, C. M. MACLEOD, M. McCARTY. Studies on the Chemical Nature of the Substance Inducing Transformation of Pneumococcal Types Induction of Transformation by a Desoxyribonucleic Acid Fraction Isolated from Pneumococcus Type III - *J Exp Med* (1944) 79:137-58

<sup>724</sup> La notion de gène a beaucoup évolué avec la progression des connaissances apportée par la biologie et la génétique moléculaires. Aujourd'hui il est généralement admis qu'un gène est la base physique et fonctionnelle élémentaire de l'hérédité. Tous les individus possèdent deux copies de leurs gènes, chacune provenant de l'un des deux parents. On estime qu'environ 21000 gènes sont contenus dans l'ADN humain, alors que l'ADN du riz en contient entre 46 et 55000 et la souris entre 22500 et 30000.

A guide to your genome (2007). Comparing genomes p 13 [https://www.genome.gov/pages/education/allaboutthehumangenomeproject/guidetoyourgenome07\\_vs2.pdf](https://www.genome.gov/pages/education/allaboutthehumangenomeproject/guidetoyourgenome07_vs2.pdf)

les chromosomes et pour que l'ADN<sup>725</sup> soit identifié comme la base physique de l'hérédité. Ainsi, le génome de l'Homme contenu dans l'ADN nucléaire de toutes ses cellules est réparti sur 23 paires de chromosomes, dont l'organisation structurale et fonctionnelle de base, est spécifique à l'espèce *homo sapiens*<sup>726</sup>.

## Section 2. La personnalité moléculaire

**313.** Les molécules d'ADN sont constituées par un enchaînement de motifs élémentaires appelés nucléotides, eux-mêmes constitués par l'assemblage d'une base (il en existe 4 principales), d'un sucre et d'un résidu phosphate<sup>727</sup>. L'ordre (la séquence) des nucléotides dans l'ADN est le même dans toutes les cellules de l'organisme, ce qui permet d'effectuer des analyses génétiques sur n'importe quel type de tissu biologique, y compris, par exemple, la salive<sup>728</sup>, les phanères<sup>729</sup> et toute sécrétion et excrétion produite naturellement ou de manière pathologique.

---

<sup>725</sup> L'ADN fut découvert en 1869 par F. MIESCHER faisant état d'une « *mystérieuse nouvelle substance* » qui n'était pas une protéine et qu'il décrivit deux ans plus tard comme la « *nucléine* ». Voir R. DAHM « Friedrich Miescher and the discovery of DNA » *Dev Biol* (2005) 278 : 274-288

<sup>726</sup> On distingue les chromosomes sexuels et les chromosomes autosomaux. Les 2 chromosomes de chaque paire d'autosomaux contiennent globalement les mêmes gènes. Chaque chromosome est constitué par deux brins d'ADN complémentaires associés à des protéines pour former deux chromatides. Les gènes provenant des deux parents peuvent différer par des mutations. On appelle les deux copies de chaque gène des allèles. D'une manière générale, les allèles d'un gène sont les différentes versions qui en existent. Voir pour une description plus approfondie, le cours de Biologie Cellulaire de l'Université Pierre et Marie Curie en ligne : <http://www.snv.jussieu.fr/bmedia/sommaires/bc.htm>. Pour une description des mécanismes de reproduction animale accessible au grand public voir par exemple : J GENERMONT « Divisions cellulaires, réduction chromatique et seconde fonction universelle de la sexualité » (2014) Chap. 3 p73-86 in Une histoire naturelle de la sexualité Éd. Editions Matériologiques ; B. ANSELME « La cytologie de la méiose : la réduction chromatique » (2011) pp 155-158 in Maxi Fiches de Biologie Cellulaire Ed. Dunod

<sup>727</sup> Le nucléotide est l'élément unitaire de construction de l'ADN. Le résidu phosphate et le sucre sont identiques dans tous les nucléotides. Les quatre bases Adénine (A) Guanine (G) Thymine (T) et Cytosine (C) confèrent aux nucléotides leur spécificité. On a coutume de dire que l'assemblage des bases forme le code génétique.

<sup>728</sup> Par exemple, pour les tests en accès libre (thème qui sera abordé voir plus loin) un échantillon de salive est le plus souvent utilisé

<sup>729</sup> Base des analyses génétiques effectuées par la police scientifique dans le cadre de la criminalistique. Pour des aspects historiques voir V. DYEVE « Génétique et enquêtes policières » (2007) p 79-86 in Les tribunes de la santé. Ed. Presses de Sciences PO (P.F.N.S.P.)

Dans un contexte où les technologies d'analyse du génome deviennent de plus en plus fines et puissantes cette particularité remet en question certains aspects de la législation concernant l'utilisation des données génétiques<sup>730</sup>.

**314.** L'arrangement des nucléotides (donc des bases) sur les brins les brins d'ADN définit des régions codantes (correspondant aux gènes) et des régions intergéniques non codantes.

Il est vite apparu que sur les 3 milliards de paires de bases contenues dans une molécule d'ADN humain (totalité du génome) seule une petite fraction (1,5%) représente les gènes codant les protéines humaines qui participent à l'élaboration et au fonctionnement des cellules de l'organisme.

Nous verrons plus loin que ces considérations revêtent une grande importance dans la criminologie génétique actuelle.

Bien qu'un grand nombre de scientifiques ait suspecté qu'il joue un rôle très important dans l'expression des gènes, l'ADN non codant (98,5 % du génome) fut considéré pour un temps comme un reliquat évolutif qui n'avait aucune fonction. En fait, des études récentes ont indiqué que 80% du génome est impliqué dans des réactions biochimiques<sup>731</sup>.

**315.** Il est important à ce stade de bien réaliser que, sauf dans des cas pathologiques sur lesquels nous reviendrons, les génomes d'individus différents codent fondamentalement les mêmes protéines de base qui assurent la morphogénèse harmonieuse d'un organisme ayant les caractéristiques propres à l'espèce humaine. C'est ce qui permet aux individus de ressembler à des Hommes.

La comparaison globale des génomes individuels a permis l'identification de nombreuses différences constitutives structurales, des mutations, qui sont transmises de manière héréditaire. Le polymorphisme génique qui en résulte est responsable, au niveau moléculaire, des identités cellulaires et tissulaires individuelles.

L'ensemble de ces mutations participe la signature génomique individuelle et contribue à l'identité génétique des individus qui est depuis quelques années une nouvelle source du droit positif.

---

<sup>730</sup> V. *supra* n° 202 et s.

<sup>731</sup> « An Integrated Encyclopedia of DNA Elements in the Human Genome. » The ENCODE Project Consortium. *Nature* (2012) 489 : 57–74

La publication de la première séquence totale de l'ADN humain en 2001<sup>732</sup> a déclenché une véritable révolution scientifique et socio-culturelle, avec la promesse d'exploitations scientifiques, médicales et commerciales allant des plus sérieuses aux plus extravagantes. Elle a ouvert la voie à une comparaison fine des génomes humains individuels, dans les conditions normales et pathologiques et a fourni des bases solides pour l'utilisation de la génétique moléculaire dans l'identification individuelle des personnes, aussi bien au niveau médical et médico-légal qu'au niveau judiciaire.

### **Chapitre 3. L'exploitation du « soi » génétique par l'administration judiciaire**

#### *Section 1. Bases moléculaires des profils génétiques spécifiques*

**316.** L'identification des personnes est une problématique qui a revêtu une importance particulière depuis de très nombreuses années, aussi bien dans les cadres administratifs ou contractuels commerciaux qu'en médecine médico-légale ou lors des enquêtes judiciaires.

Bien que les méthodes et approches aient beaucoup évolué avec le développement des connaissances et des techniques de génétique moléculaire, la reconnaissance et l'identification biométriques qui sont basées sur une analyse des caractéristiques phénotypiques individuelles<sup>733</sup>, resteront des méthodes scientifiques de choix, tant que les avancées technologiques appliquées à l'identification des profils génétiques ne seront pas unanimement acceptées par la communauté scientifique et que les limites de l'analyse génétique ne seront pas plus largement maîtrisées par le corps juridique.

---

<sup>732</sup> J. C. Venter et al. « The sequence of the human genome » *Science* (2001) 291 : 1304 -1351 ; E. S. Lander et al. « Initial sequencing and analysis of the human genome » *Nature* (2001) 409 : 860 : 921. La séquence totale du génome humain fut terminée en 2003 et publiée en 2004. International Human Genome Sequencing Consortium. « Finishing the euchromatic sequence of the human genome » *Nature* (2004) 431: 931-945. Le projet « Human Genome », fut considéré comme « un des plus grands accomplissements historiques de l'exploration scientifique. Un véritable voyage à « l'intérieur », conduit par une collaboration internationale sans précédent (All About The Human Genome Project (HGP) <https://www.genome.gov/10001772/all-about-the--human-genome-project-hgp/>)

<sup>733</sup> Les mesures biométriques les plus utilisées sont, de fait, des manifestations physiques de l'identité génétique personnelle

La problématique de la variabilité génétique humaine est très complexe. Pour bien en appréhender les aspects qui sont indispensables à leur approche juridique, il est nécessaire de faire un bref point sur ce que l'on sait aujourd'hui des bases génétiques de la diversité phénotypique individuelle et des différences structurales des génomes qui peuvent constituer des outils essentiels de distinction et de reconnaissance en criminologie.

#### §1. Variabilité génétique dans les régions codantes.

**317.** Les différentes étapes de la construction automobile nous semblent constituer une métaphore particulièrement adaptée à un aspect essentiel de la variabilité au sein de l'espèce humaine, celui qui concerne les gènes spécifiques à l'espèce, car il sous-tend les concepts d'adaptation au milieu et d'évolution.

**318.** La fabrication d'un véhicule courant<sup>734</sup> repose sur l'assemblage d'environ 30 000 pièces. Toutes les étapes du processus sont définies dans un plan détaillé qui fixe le cahier des charges : ainsi toutes les voitures doivent avoir un châssis, un moteur, des portières, des roues, des systèmes d'éclairages, un habitacle, des organes de direction, etc.

Pour chacun des différents composants de la voiture, plusieurs outils et lignes de fabrication permettent la production d'une gamme de produits ayant des caractéristiques qui permettent de les différencier par exemple sur la base de leurs formes, leurs couleurs, leurs performances.

Tout se passe comme si lors de l'assemblage d'une voiture, les parties qui la constituent soient prises au hasard dans les stocks variés provenant des différentes lignes de production.

L'assemblage peut aussi être dépendant d'une adaptation à la demande de la clientèle. Toyota précise ainsi, que l'assemblage des voitures est effectué en respectant les choix des consommateurs qui de cette manière ont des véhicules uniques<sup>735</sup>.

**319.** Des erreurs de fabrication peuvent se produire et se manifester au sein d'une chaîne par la production d'éléments ayant des caractéristiques légèrement ou très différentes de celles qui

---

<sup>734</sup> « How many parts is each car made of ? » Toyota Children's Question Room <http://www.toyota.co.jp/en/kids/faq/d/01/04>

<sup>735</sup> « Since Toyota makes cars exactly the way customers order them, each car is unique »

sont attendues. Certaines erreurs conduiront à des véhicules inutilisables, d'autres à des véhicules offrant des caractéristiques, ou des performances nouvelles acceptables.

Dans le cadre de notre comparaison, si lors de la construction des pièces d'une voiture, une chaîne produit une roue triangulaire qui est utilisée lors de l'assemblage, le véhicule résultant ne sera guère fonctionnel car les trois autres roues auront du mal à compenser le défaut. Par contre, si une roue un peu plus petite, est produite et utilisée lors de l'assemblage, la différence peut être compensée par les trois autres, au dépend d'une diminution possible des performances du véhicule. Enfin, si pendant l'assemblage quatre roues plus petites se retrouvent sur le même châssis, un nouveau type de voiture de la gamme sera produite. Il aura conservé des caractéristiques de base communes aux autres véhicules mais pourra montrer des performances meilleures.

Pour illustrer les conséquences que peuvent avoir les conditions du milieu, nous pouvons envisager le cas d'une chaîne de montage de voitures dans lesquelles deux types de moteur seraient co-assemblés, l'un des deux fonctionnant uniquement à l'électricité, l'autre uniquement avec de l'essence. Imaginons maintenant que la pénurie de pétrole soit telle que plus aucun véhicule ne puisse fonctionner à l'essence. Seules les voitures ayant la possibilité d'utiliser l'électricité seraient en mesure de fonctionner. La sélection qui en résulterait conduirait à l'élimination progressive des véhicules fonctionnant à l'essence.

**320.** Comme nous l'avons vu plus haut, le séquençage du génome humain a identifié environ 25 000 gènes. Pour être reconnu comme un être humain, l'individu doit posséder plusieurs caractéristiques anthropologiques définies précédemment<sup>736</sup>. Le plan d'assemblage des différentes parties entrant dans la constitution du corps est contenu dans l'ADN de l'individu. Le respect du « cahier des charges » qu'il contient est assuré par l'expression des 25 000 gènes humains contenus dans l'ADN humain.

Ils peuvent exister sous diverses formes que l'on appelle « alléliques ».

Pour tous les gènes constituant son génome, un individu a reçu lors du processus de fécondation, deux allèles parentaux, mâle et femelle, qui peuvent ne pas être tout à fait identiques. On dit qu'ils sont polymorphiques. Les allèles polymorphiques expriment des produits pouvant être peu ou très différents les uns des autres.

---

<sup>736</sup> V. *supra* n° 304

**321.** Pour chaque gène, le nombre d'allèles peut être petit (2 à 5) ou très grand (plusieurs centaines, voire plusieurs milliers). Certains codent pour des produits dont les fonctions peuvent être altérées, augmentées, ou légèrement modifiées. L'étude des bases génétiques des prédispositions à certaines maladies a permis d'identifier de nombreux allèles<sup>737</sup>.

Un grand nombre de ces formes alléliques sont générées au moment de la formation des gamètes humains.

Lors de la fécondation de l'ovule, le gamète mâle (spermatozoïde), transfère son matériel génétique dans le gamète féminin (l'ovule). Afin que le nombre de chromosome reste constant et équilibré dans l'espèce (maintien de la diploïdie, symbolisée par  $2n$ ) au fur et à mesure des nouvelles générations, les gamètes ne contiennent qu'un seul lot de chromosome ( $1n$ ). Ils sont haploïdes, contrairement à toutes les autres cellules de l'organisme qui sont diploïdes.

Leur production, génératrice d'une grande variabilité génétique, suit un processus complexe qu'il est utile de connaître dans les grandes lignes afin de mieux mesurer la portée des modifications génétiques qui peuvent être introduites aux différents stades de la maturation des gamètes et leur portée éthique que nous aborderons plus loin.

Les cellules germinales mâles (spermatogonies) et femelles (ovogonies) sont diploïdes et possèdent  $2n$  chromosomes (23 paires) d'origine parentale. Ces cellules subissent des cycles de divisions cellulaires qui aboutissent à la génération de quatre cellules haploïdes ( $1n$  chromosomes) à partir de chaque type de cellules germinales. Lors de ces divisions, les

---

<sup>737</sup> On connaît par exemple une centaine d'allèles différents pour chacun des 6 gènes classiques du système HLA (V. *supra* n° 308) et trois allèles A, B et O sont responsable du polymorphisme du système sanguin ABO chez l'Homme (V. *supra* n° 308). De nombreuses variations polymorphiques sont également associées à des phénotypes morbides. Par exemple, plus de 2000 mutations ont été caractérisées dans le gène codant pour le canal ionique transmembranaire CFTR dont des altérations conduisent à la fibrose kystique (cystic fibrosis mutation database 2017 <http://www.genet.sickkids.on.ca/cftr/StatisticsPage.html>, et 880 variants distincts associés à des modifications de la bêta globine dont le déficit est responsable de bêta thalassémies (The Globin Gene Server, Leiden Open Variation database). [https://lovd.bx.psu.edu/home.php?select\\_db=HBB](https://lovd.bx.psu.edu/home.php?select_db=HBB)). Plusieurs bases de données rassemblent les informations les plus récentes sur les polymorphismes génétiques susceptibles d'être utilisés dans des études cliniques et pour la mise au point de tests diagnostiques ou de médecine personnalisée (voir par exemple P. D. Stenson et al. « The Human Gene Mutation Database : building a comprehensive mutation repository for clinical and molecular genetics, diagnostic testing and personalized genomic medicine » *Hum Genet* (2014) 133 : 1-9 et les liens vers d'autres bases qui sont fournis dans l'article)

chromosomes provenant des deux parents s'apparient et subissent des échanges réciproques d'ADN qui génèrent un brassage génétique important<sup>738</sup>.

**322.** Lors de la réplication de l'ADN qui se produit au moment de la méiose, des modifications ponctuelles peuvent se produire au niveau nucléotidique, aussi bien dans des régions codantes qu'intergéniques.

Une paire de base peut être remplacée par une autre. Il en résulte un polymorphisme important (Single Nucleotide Polymorphism ou SNP) puisqu'il est responsable d'environ 90% de la variabilité génétique humaine<sup>739</sup>.

Les spermatozoïdes et ovules créés lors de ce processus possèdent un assemblage de gènes qui leur est propre et unique.

Les gamètes générés de cette manière chez tous les individus, s'assemblent au hasard et donnent naissance à des embryons dont le contenu génétique partage à la fois des similitudes et des différences avec celui des parents.

La variabilité phénotypique très grande qui est observée au niveau des populations d'individus, résulte en partie des brassages génétiques qui ont eu lieu lors de la formation des gamètes.

Les effets que peuvent avoir certaines combinaisons d'allèles sur l'expression du phénotype final revêtent une importance capitale pour les analyses criminelles des phénotypes, les approches de génétique personnalisée et les études de maladies génétiques héréditaires.

## §2. Notion de récessivité et de dominance

---

<sup>738</sup> Lors de la première division, appelée méiose, les 23 paires de chromosomes parentaux contenus dans les spermatogonies et ovogonies sont dupliquées. Les cellules résultantes (spermatocytes I, et Ovocytes I) ont donc  $4n \times 2C$  chromosomes (46 paires). C'est à ce stade que le brassage génétique commence à se produire entre les chromosomes parentaux d'origine mâle et femelle). Au cours de la division suivante sont produits les spermatocytes et les ovocytes II (qui ont 1 lot de paires de chromosomes  $1n \times 2C$ ) et enfin, une dernière division donne naissance aux spermatozoïdes et ovules qui ont 1 lot de chromosomes uniques ( $1n =$  haploïdie)

<sup>739</sup> Ces modifications ne modifient pas la longueur de l'ADN et leur association à certains traits normaux ou morbides est établie par des études « d'association au niveau génomique global » (Genome Wide Association Studies GWAS en anglais). Avec plus de 10 millions par génome, on dénombre 1 SNP toutes les 100 ou 300 paires de bases. Un catalogue des SNP identifiés par GWAS au niveau européen est mis à jour régulièrement et consultable sur <http://www.ebi.ac.uk/gwas/>. Pour chaque position sur l'ADN, quatre bases, donc quatre allèles sont possibles. L'exploitation des données individuelles à partir des SNP nécessite la mise en œuvre de techniques de séquençage pour être informative. C'est la raison pour laquelle ce type d'approche n'est pas encore utilisée de manière généralisée en médecine médico-légale ou en criminologie, mais devient un outil de plus en plus attrayant



**323.** Dans les cas simples, certains traits phénotypiques humain peuvent être exprimés à partir d'un gène unique, dont les deux allèles hérités des parents peuvent être fonctionnellement identiques ou différents.

L'altération d'un allèle peut alors aboutir à l'absence d'expression du gène (par exemple pas de protéine produite) ou à l'expression d'une forme inactive du produit qu'il code.

Si la cellule reçoit un allèle actif et un allèle inactif, deux cas peuvent être envisagés.

1) La présence d'un allèle actif suffit à l'expression du phénotype normal. On dit alors que le caractère actif est dominant et que l'altération de l'autre allèle est récessive.

Dans ce cas, si la cellule reçoit deux allèles récessifs, le produit n'est pas formé et le défaut s'exprime. Dans ce cas on appelle « sauvage » l'allèle « normal » qui code le produit actif.

L'expression de l'altération physique ou physiologique requiert deux allèles récessifs

2) L'expression de l'allèle défectueux est dominante. Le produit défectueux empêche le produit actif d'agir correctement. La présence d'une seule copie de l'allèle altéré provoque le défaut.

A titre d'exemple, le « lobe attaché » de l'oreille est un trait génétiques récessif. La couleur claire de l'iris est un trait récessif, alors que la présence de taches de rousseur ou la couleur brune des cheveux sont des traits génétiques dominants<sup>740</sup>. Sur un plan pathologique, la maladie de Huntington<sup>741</sup> ou la beta thalassémie sont liées à la présence d'un seul allèle morbide dominant, alors que la phénylcétonurie et la mucoviscidose sont des maladies dites à caractère récessif.

**324.** Au-delà de ces « cas d'école » simples, il est vite apparu que de nombreux autres mécanismes de régulation de l'expression génétique sont impliqués dans l'expression des traits, visibles ou non, propres à chaque individu. Ainsi, la couleur des yeux, est codée par une famille multigénique. Le phénotype final, la couleur apparente, dépend d'associations aléatoires des différents gènes impliqués.

---

<sup>740</sup> La couleur de la peau, de l'iris ou des cheveux est un trait polygénique qui met en jeu de nombreux loci identifiés chez l'homme par l'occurrence de mutations telle que l'albinisme oculaire ou le syndrome de Hermansky-Pudlak. Voir R. A. STURM « Molecular genetics of human pigmentation diversity » *Hum Mol Genet* (2009) 18 : 9-17

<sup>741</sup> Maladie neurodégénérative héréditaire du système nerveux central, avec troubles du comportement et démence. « maladie de Huntington » sur le site Orphanet <https://www.orpha.net/data/patho/Pub/fr/Huntington-FRfrPub118v01.pdf>

On connaît également des cas où l'expression d'un phénotype particulier repose sur une « codominance génétique ». C'est le cas des personnes de groupe sanguin AB, qui expriment à la fois l'allèle A et l'allèle B.

La complexité génétique sous-jacente à l'expression de traits phénotypiques simples constitue un obstacle à l'établissement des portraits robots génétiques établis à partir des traces ADN collectées sur les lieux de crimes ou agressions<sup>742</sup>

**325.** Enfin il ne faut pas oublier que le milieu environnant joue un rôle important dans la régulation de l'expression des gènes et dans la sélection adaptative des individus aux modifications des conditions environnementales.

On sait par exemple que les vrais jumeaux qui possèdent le même génome, n'ont pourtant pas les mêmes empreintes digitales. On attribue ces différences à l'influence du microenvironnement maternel lors de la morphogénèse des différentes couches de la peau.

Des études très récentes ont établi que certains aspects de la forme du nez chez l'Homme, ont été déterminés par une adaptation au climat local de la largeur des narines au degré d'humidité du milieu environnant<sup>743</sup>.

La très grande variabilité rendue possible par le brassage génétique dont nous avons évoqué les grandes lignes, suggère que l'adaptation des formes de narines au milieu, soit au même titre que la distribution géographique de la pigmentation de la peau, la drépanocytose<sup>744</sup> ou l'intolérance au lactose, le résultat d'une sélection Darwinienne opportuniste de combinaisons géniques compatibles avec la pression exercée par les conditions locales, tout comme dans notre exemple de voitures à deux moteurs, la carence en une source d'énergie favorisait l'émergence de celles qui avaient été doublement équipées.

Ces observations constituent autant de critères importants qui doivent entrer en ligne de compte lors de l'interprétation criminalistique des profils génétiques.

---

<sup>742</sup> V. *infra* n° 1056

<sup>743</sup> A. ZAIDI, et al. « Investigating the case of human nose shape and climate adaptation » *PLOS Genetics* (2017) 13 : 1-31

<sup>744</sup> La drépanocytose, également connue sous le nom d'anémie falciforme, est une maladie à transmission héréditaire de type récessif, fréquente dans les populations antillaises et africaines (voir « La drépanocytose » sur le site Orphanet ; <https://www.orpha.net/data/patho/Pub/fr/Drepanocytose-FRfrPub125v01.pdf>)

**326.** Ce que nous avons évoqué avec ces exemples concerne la variabilité fonctionnelle résultant de modifications des gènes codant pour les caractères spécifiques de l'espèce. Les mutations ayant des conséquences délétères sont le plus souvent corrigées ou éliminées par les processus de réparation de l'ADN. Si elles échappent aux processus de surveillance elles sont la source de pathologies diverses.

A côté de cette variabilité fonctionnelle qui va se traduire par des particularités phénotypiques propres à chaque individu, il existe aussi un très important polymorphisme des séquences non codantes de l'ADN dont la grande variabilité structurale confère à chaque individu un profil génétique unique.

## *Section 2. Le profil génétique au tribunal*

### §1. L'ADN normal contient des régions répétées polymorphiques

**327.** Une quantité importante de séquences répétées a été identifiées chez les eucaryotes et chez l'Homme. On distingue des segments d'ADN hautement répétitif et moyennement répétitif. Certaines séquences répétées peuvent être dispersées sur le génome<sup>745</sup> alors que d'autres sont constituées par un nombre variable de répétitions en tandem (VNTRs)<sup>746</sup>. La digestion de l'ADN par des enzymes de restriction et la séparation par électrophorèse des fragments obtenus permet de calculer leur taille<sup>747</sup> et de mettre en évidence les polymorphismes des VNTRs. Les points faibles de cette approche dans le cadre d'une application généralisée tiennent à l'utilisation

---

<sup>745</sup> Ce sont les éléments appelés SINE (Short Interspersed Nuclear Elements ou courts éléments nucléaires intercalés, dont la taille est de 130 à 150 paires de bases), les longs éléments nucléaires intercalés (LINE pour Long Interspersed Nuclear Elements de 6 à 7000 paires de bases) de séquences terminales longues répétées (LTR pour Long Terminal Repeats, similaires à celles qu'on trouve aux extrémités des rétrovirus intégrés dans l'ADN), les transposons et les rétrotransposons. Pour une description de l'organisation et la distribution des différentes familles de répétitions. Voir M. SINGER et P. BERG « Gènes et Génomes » (1992) Traduit de l'américain par J. BRECHET, R. CUNIN, N. GLANSBORFF et A. PIERARD, sous la direction de B. PERBAL. Ed Vigot Paris

<sup>746</sup> Également dénommées minisatellites les VNTRs sont hautement polymorphiques et sont situées à l'intérieur des séquences codantes des gènes (les exons). Les VNTRs sont constitués par la répétition de motifs de 10 à 100 paires de bases (communément 15). Ils ont une taille comprise entre 500 à 30 000 paires de bases et sont situés dans l'euchromatine riche en gènes actifs. (<http://www.bio.miami.edu/dana/dox/vntr.html>). Les VNTRs étant hérités de chacun des parents, personne n'aura exactement la même panoplie de VNTRs que ses parents. La digestion de l'ADN par des enzymes de restriction et la séparation par électrophorèse des fragments obtenus permet de calculer leur taille et de mettre en évidence les polymorphismes des VNTRs

<sup>747</sup> B. PERBAL (1988) « A Practical Guide to Molecular Cloning » Second Edition Ed. J. Wiley & Sons New York, USA ; traduction en français mise à jour « Clonage Moléculaire – Guide pratique (1991) Ed Vigot Paris, France

d'enzymes de restriction qui fragmentent l'ADN, et au temps nécessaire pour obtenir les fragments assez longs qui identifient les VNTRs.

**328.** Comme nous l'avons indiqué précédemment<sup>748</sup> une grande partie du génome est constituée d'ADN extragénique qui joue très probablement des rôles essentiels encore inconnus et qui est le siège d'évènements mutationnels fréquents. Il est généralement admis que de nombreuses mutations dues à des erreurs de copie lors de la duplication de l'ADN échappent aux processus de réparation, car leur localisation au sein de séquences non codantes fait qu'elles ne sont apparemment pas « critiques ».

Des milliers de courtes répétitions en tandem (Short Tandem Repeats, STR) ont été identifiées dans l'ADN humain, où elles comptent pour 50% de l'ADN contenant des séquences répétées et pour environ 3% de la totalité du génome.

Leur organisation, leur longueur et leur nombre sont variables. Il en existe très probablement des centaines de milliers réparties dans tout le génome, distantes d'environ 10 000 nucléotides<sup>749</sup>. Elles sont localisées dans l'ADN nucléaire « non codant » situé à proximité du centromère<sup>750</sup>. Également dénommées « microsattellites » elles ont une taille comprise entre 100 et 400 paires de bases et sont constituées par des unités de 2 à 7 paires de bases qui peuvent être répétées jusqu'à 100 fois. Il est possible de les identifier en effectuant des réactions d'amplification de type PCR<sup>751</sup> utilisant des amplimères complémentaires de séquences flanquant ces STR<sup>752</sup>.

---

<sup>748</sup> V. *supra* n<sup>os</sup> 313

<sup>749</sup> J.M. BUTLER, (2010) « Fundamentals of Forensic DNA Typing ». Elsevier Academic Press, San Diego

<sup>750</sup> Le centromère est la région située au milieu de chaque chromosome et qui sépare le chromosome en deux bras. Un long (q) et un court (p). Lors de la mitose, sa migration sur le fuseau chromatique permet la séparation des chromosomes dupliqués et leur répartition égale dans les cellules filles

<sup>751</sup> La méthode de PCR (Polymerase chain reaction) inventée par K. Mullis (K Mullis et al. « Specific enzymatic amplification of DNA in vitro: the polymerase chain reaction. » *Cold Spring Harb Sym* (1986) 1:263-273 ; R. K. Saiki et al. « Enzymatic amplification of beta-globin genomic sequences and restriction site analysis for diagnosis of sickle cell anemia » *Science* (1985) 230:1350-1354.), lui valut l'attribution du prix Nobel de Chimie en 1993, tant l'application de cette méthode ouvrit des champs nouveaux d'investigation dont les applications potentielles étaient énormes, car elles permettaient d'obtenir des quantités manipulables d'ADN, à partir d'échantillons en contenant des traces. La technique originale et ses modifications ultérieures qui ont permis l'amplification de molécules uniques d'ADN sont décrites dans B. PERBAL Clonage Moléculaire -Guide pratique V. *supra* n<sup>os</sup> 327

<sup>752</sup> La première démonstration de l'importance de l'hypervariabilité de ces répétitions dans la genèse du polymorphisme de l'ADN fut établie avec la région intergénique séparant les loci codant pour les chaînes delta et beta de la globine et une région intronique (non codante) du gène codant l'actine cardiaque. Les deux régions choisies contiennent respectivement un segment de 17 et de 25 répétitions des bases GT. Compte tenu des résultats publiés précédemment, l'utilisation d'une amorce complémentaire des bornes de ces segments devait amplifier deux fragments de 168 et 129 nucléotides. L'expérience réalisée avec de l'ADN provenant de 6 individus

**329.** Dans l'état actuel de nos connaissances, il est admis que les répétitions étant situées dans les régions intergéniques n'ont pas d'impact majeur sur la biologie des individus<sup>753</sup>, mais il est possible que lorsque le rôle des séquences non codantes sera mieux compris, on doive également reconsidérer cet aspect.

A ce stade, il est important de bien réaliser que l'ensemble des mutations qui différencient les individus les uns des autres ne représente qu'environ 0,3% du génome<sup>754</sup> et que les efforts conduits en médecine médico légale et en criminologie pour identifier et différencier les individus les uns des autres ont essentiellement porté sur une très petite fraction du génome.

## §2. Le polymorphisme génétique en criminologie

### *A. De l'usage des RFLP aux minisatellites*

**330.** Dans les années 1980, les méthodes utilisées pour identifier et confondre les suspects de crimes reposaient sur l'analyse d'empreintes digitales et de protéines polymorphiques ou sur des marqueurs de groupes sanguins<sup>755</sup> lorsque des prélèvements étaient disponibles.

Avec le développement de la biologie moléculaire, l'analyse des traces de sang ou de sperme laissées par des ravisseurs ou des violeurs, allait prendre une autre dimension avec la caractérisation des molécules d'ADN présentes dans les échantillons prélevés sur le site de crimes. Une technique couramment utilisée à cette époque dans les laboratoires de recherche consistait à dresser une carte de polymorphisme des longueurs de fragments de restrictions

---

(trois de différentes générations de la même famille, et trois non apparentés) a confirmé que des fragments de tailles différentes, étaient très distinctement amplifiés, montrant ainsi que le polymorphisme des régions contenant des STR pouvait être résolu et mis en évidence par cette méthode. D. TAUTZ (1989) « Hypervariability of simple sequences as a general source of polymorphic DNA markers » *Nucleic Acids Res* 17 : 6463-6471

<sup>753</sup> On connaît cependant certaines pathologies liées à la présence de répétitions de triplets situés dans des régions intragéniques. C'est le cas par exemple du syndrome de l'X fragile ([http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC\\_Exp.php?Lng=FR&Expert=908](http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?Lng=FR&Expert=908)), de la dystrophie myotonique de type 1 ([http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC\\_Exp.php?Expert=273&Lng=FR](http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?Expert=273&Lng=FR)), et de la chorée de Huntington ([http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC\\_Exp.php?Lng=FR&Expert=399](http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?Lng=FR&Expert=399))

<sup>754</sup> Ce qui représente tout de même 9 millions de paires de bases sur un total de 3 milliards

<sup>755</sup> V. *supra* n° 308

(RFLP en anglais) générés par la variabilité individuelle des bases dans l'ADN qui peut créer ou détruire des sites de coupure spécifiques pour les enzymes de restrictions <sup>756</sup>.

Aux États-Unis, la comparaison du profil de RFLP générés à partir d'un frottis vaginal de la victime d'un viol avec le profil dérivé des cellules sanguines d'un suspect conduisit à la condamnation de T. L. Andrews par la Cour d'Appel de Floride en 1988<sup>757</sup>. Ce fut le premier exemple américain de condamnation fondé sur l'acceptation d'un profil de digestion d'ADN comme preuve à charge.

L'année suivante, un autre violeur en série, arrêté à Richmond en Virginie, et reconnu coupable de plusieurs meurtres fut finalement le premier condamné à la peine capitale<sup>758</sup> sur la base d'analyses de profils de fragments de restriction d'ADN effectué des échantillons de sang, de salive et de sperme retrouvés sur les victimes.

Étant donné que la cartographie des RFLP repose sur une digestion enzymatique conduisant à une destruction de la matrice utilisée, elle se révéla être d'un usage limité dans un domaine où l'échantillon initial servant de preuve doit être conservé autant que possible.

**331.** Quelques années auparavant, en Europe, l'identification des individus grâce à leurs empreintes génétiques avait acquis ses lettres de noblesse, quand Jeffreys et coll.<sup>759</sup> établirent en 1985 que l'analyse moléculaire les répétitions en tandem contenues dans l'ADN permettait d'obtenir plus aisément un profil génétique hautement spécifique de chaque individu.

De fait, la caractérisation des spécificités individuelle du génome humain a été considérablement simplifiée par l'analyse des régions hypervariables identifiées dans l'ADN<sup>760</sup>.

---

<sup>756</sup> A. JEFFREYS « DNA sequence variants in the g-gamma, A gamma, delta and beta globin genes of man » *Cell* (1979) 18 :1-10 ; D. N. COOPER, J. SCHMIDTKE « DNA restriction fragment length polymorphisms and heterozygosity in the human genome » *Human Genet* (1984) 66 :1-6

<sup>757</sup> *Andrews v. State* No. 87-2166. 533 So.2d 841 (1988)

<sup>758</sup> *Spencer v. com.* 385 S.E.2d 850 (1989) Record Nos. 890579, 890580; Timothy W. SPENCER, Petitioner-appellant, v. Edward W. MURRAY, Director, Respondent-appellee U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit - 5 F.3d 758 (4th Cir. 1993)

<sup>759</sup> A. J. JEFFREYS, V. WILSON, S. L. THEIN « Individual-specific "fingerprints" of human DNA » *Nature* (1985) 316 :76-79

<sup>760</sup> Les quantités d'ADN requises et les techniques de détection se sont considérablement améliorées et permettent aujourd'hui d'obtenir un profil génétique sur un seul cheveu. Voir : R. HIGUCHI, C. H. von BEROLDINGEN, G. F. SENSABAUGH, H. A. ERLICH « DNA typing from single hairs. » *Nature* (1988) 332 :543-546 ; Oliva HANDT, Adrian LINACREA. « The end of bad hair days » *Forensic Sci Int : Genetics Supplement Series* 5 (2015) e146–e148

La méthodologie proposée par Jeffreys *et al.*, permettait de dresser un relevé des répétitions d'un individu et de comparer le profil obtenu à celui obtenu avec le matériel biologique prélevé sur les lieux du crime ou le coupable avait sévi. Des fragments de peau, des cheveux, du sang et autres fluides biologiques étaient ainsi traités pour en extraire l'ADN qui était analysé comme celui des suspects.

Cette approche qui avait déjà permis en 1985 de résoudre une affaire de filiation d'immigrants<sup>761</sup>, fut appliquée avec succès dans une affaire intéressante par plusieurs aspects. D'une part les analyses génétiques effectuées lors de la comparaison d'échantillons de sperme sur les cadavres de deux jeunes filles violées ont permis d'innocenter un suspect<sup>762</sup> et, d'autre part, ont permis d'établir un peu plus tard, en 1988 que C. Pitchfork était le véritable coupable de ces deux agressions mortelles.

Le profil génétique du premier suspect retenu l'ayant disculpé et la police en charge de l'enquête se trouvant sans coupable, il fut décidé de procéder pour la première fois, à un test d'ADN à « grande échelle » sur un groupe de 45 000 hommes demeurant dans les environs proches des lieux des crimes qui furent « invités » à donner de leur sang afin que leur profil génétique puisse être établi et comparé à celui du criminel recherché.

Cette approche, originale pour l'époque, ne permit cependant pas d'identifier un coupable.

Ce n'est qu'un an plus tard qu'un collègue boulanger livra la piste du coupable en racontant dans un pub, avoir donné son sang à la place d'un de ses amis.

Le fait relaté à la police conduisit à l'interpellation de Pitchfork qui avait fourni une fausse pièce d'identité à son ami pour participer au test organisé par la police. La comparaison des profils d'ADN put enfin aboutir. Pitchfork fut condamné à la prison à perpétuité et son ami à 18 mois de prison avec sursis.

---

<sup>761</sup> Un jeune Ghanéen, né en Grande Bretagne, parti pour rejoindre son père au Ghana, souhaite retourner seul dans son pays natal pour y vivre avec sa mère, son frère et ses deux sœurs. Envisageant une possible substitution, les services d'immigrations procédèrent à des analyses conventionnelles de marqueur génétiques qui confirmèrent que la mère et l'enfant était biologiquement apparentés mais ne permirent pas d'établir si la femme était la mère ou la tante du jeune garçon. L'établissement des profils génétiques apporta une preuve irréfutable du lien de parenté existant entre la mère et l'enfant qui fut finalement autorisé à rester avec sa famille. (A. J. JEFFREYS, J. F. Y. BROOKFIELD, R. SEMEONOFF «Positive identification of an immigration test-case using DNA fingerprints » *Nature* (1985) 317 : 818-819

<sup>762</sup> S. ELVIGE « Forensic Cases: Colin Pitchfork, First Exoneration Through DNA » (2016) Explore Forensic <http://www.exploreforensics.co.uk/forensic-cases-colin-pitchfork-first-exoneration-through-dna.html>

**332.** La démarche consistant à rechercher dans une vaste population d'individus un profil pouvant coïncider avec les profils établis à partir des traces laissées par les coupables, ouvrirait la voie à la création et la comparaison de bases de données dans lesquelles seraient consignés d'une part les profils génétiques établis à partir d'échantillons anonymes collectés sur les scènes des crimes et d'autre part, les profils d'individus reconnus coupables de crimes<sup>763</sup>.

Jusqu' alors les méthodes utilisées ne pouvaient permettre, au mieux, que des exclusions.

Il est essentiel de rappeler ce que l'on entend dans ce contexte par la notion de "base de données" (database en anglais) qui s'applique à un ensemble de profils d'ADN, alors qu'une "banque de données" (databank en anglais) contient une collection d'échantillons<sup>764</sup>.

**333.** Ce fut une très grande avancée pour l'identification personnelle, d'une part en criminologie mais également dans un cadre civil plus général, par exemple pour régler des problèmes de filiation ou d'identification des personnes disparues, blessées ou égarées et souffrant de troubles de la mémoire n'ayant sur elles aucun document d'identité.

#### *B. Les microsatellites et les premières bases de données génétiques*

**334.** La mise au point de systèmes multiplexes permettant l'analyse simultanée de plusieurs marqueurs et les améliorations apportées conjointement à la méthode de PCR, ont largement contribué à l'adoption généralisée des sondes microsatellite de type STR dans l'établissement des profils génétiques individuels<sup>765</sup>. Les échantillons biologiques prélevés sur les sites des agressions contenant souvent des ADN dégradés, les méthodologies ont évolué vers l'utilisation d'allèles STR de petites tailles, de manière à ce que leurs produits d'amplification soient facilement détectés et séparés lors des étapes ultérieures<sup>766</sup>.

---

<sup>763</sup> *Ibid* P. GILL, A. J. JEFFREYS, D. J. WERRETT V. *supra* n° 253

<sup>764</sup> Pour une présentation plus complète des utilisations des bases de données ADN et des problèmes qui y sont associés, voir J. M. BUTLER « DNA databases : Uses and Issues » (2012) p 213-270 in *Advanced Topics in Forensic DNA Typing : Methodology*. Elsevier Academic Press, San Diego

<sup>765</sup> R. DUMACHE, V. CIOCAN, C. MURESAN, A. en *Molecular DNA Analysis in Forensic Identification*. Clin Lab (2016) 62 : 245-248, J. M. BUTLER, C.R. HILL. « Biology and Genetics of New Autosomal STR Loci Useful for Forensic DNA Analysis. » *Forensic Sci Rev* (2012) 24 :15-26

<sup>766</sup> Les concepts de base relatifs à la transmission héréditaire des STR sont décrits dans « Genetics of STR Inheritance » Blackett Family DNA Activity 2 [http://www.biology.arizona.edu/human\\_bio/activities/blackett2/str\\_inheritance.html](http://www.biology.arizona.edu/human_bio/activities/blackett2/str_inheritance.html)



## 1. L'approche criminalistique aux États-Unis

**335.** Le FBI a tiré parti de cette méthode pour développer un logiciel intégré (Combined DNA Index System, CODIS)<sup>767</sup> permettant la comparaison dynamique des profils ADN d'échantillons collectés sur les sites de crimes avec ceux de coupables dont le profil avait été conservé. Le logiciel pilote desservant 14 États et laboratoires locaux fut mis en place dès 1990<sup>768</sup>.

La vocation du CODIS est aujourd'hui de collecter et comparer les profils d'ADN de 20 sites polymorphiques situés dans des régions non-codantes d'ADN représentant différents chromosomes<sup>769</sup>. Plus de 190 laboratoires de police judiciaire situés dans différents États des USA participent, à ce jour, au système d'indexation nationale (National DNA Index System, NDIS) pour lutter contre la criminalité mais aussi pour l'identification d'individus inconnus ou disparus<sup>770</sup>.

Les méthodologies et les pratiques suivies par les laboratoires participant au typage des ADN furent strictement standardisées afin de répondre aux "tests d'admissibilité légale de preuves scientifiques" dont les résultats conditionnent la reconnaissance et la prise en compte des résultats génétiques par les instances juridiques<sup>771</sup>.

---

<sup>767</sup> Combined DNA Index System (CODIS) <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>

<sup>768</sup> Légalisé par le DNA Identification Act of 1994. Public Law 103-322-Sept. 13, 1994 Subtitle C – DNA Identification. [http://library.clerk.house.gov/reference-files/PPL\\_%20103\\_322\\_ViolentCrime\\_1994.pdf](http://library.clerk.house.gov/reference-files/PPL_%20103_322_ViolentCrime_1994.pdf)

<sup>769</sup> Lors de la mise au point du CODIS seulement 13 marqueurs étaient utilisés

<sup>770</sup> Le système de recherche est hiérarchisé. Chaque État possède un laboratoire local (State Database Index System, SDIS) qu'il entretient et gère, à côté de plusieurs autres laboratoires public et fédéraux (Local Database Index System, LDIS) qui communiquent des données entre eux et partagent leurs informations avec le SDIS. Le FBI gère la base nationale (NDIS). Quand les profils collectés par les SDIS répondent aux critères édictés par le NDIS, ils peuvent être utilisés pour effectuer des recherches inter-états. Compte tenu des législations spécifiques aux différents États, certains profils conservés dans les SDIS ne sont pas utilisés au niveau national. Des demandes spécifiques de recherche peuvent être adressées aux SDIS. Les recherches sont effectuées sur les différentes bases LDIS et SDIS de manière routinière. Les recherches et les transmissions de données sur le NDIS sont effectuées selon un programme hebdomadaire préétabli de manière à éviter tout engorgement. Les bases de données gérées par le CODIS concernent les profils établis à partir des évidences prélevées sur les scènes de crimes, les profils d'individus condamnés pour crimes, et quand la législation locale des États le permet, les profils établis à partir de personnes arrêtées. A côté de ces bases, le CODIS est aussi utilisé pour les recherches de bases concernant les personnes disparues, les restes humains non identifiés, et les parents de personnes disparues qui ont donné leur ADN de manière volontaire

<sup>771</sup> Il existe deux types de tests. Le test FRYE énoncé à l'occasion de l'affaire *Frye v United States* 421 U.S. 542 (1975) (<http://cases.justia.com/florida/second-district-court-of-appeal/2D97-4559.pdf?ts=139611722>) dans laquelle il fut décidé que l'opinion d'un expert fondée sur une technique scientifique n'est admissible que si cette technique est considérée comme fiable par l'ensemble de la communauté scientifique pertinente en la matière. C'est un principe d'acceptation générale. Si la fondation scientifique est faible l'argumentation n'est pas retenue

En 1997, le FBI annonça que 13 loci STR localisés sur des chromosomes autosomaux <sup>772</sup> avaient été sélectionnés pour constituer le référentiel de la base de données nationale des États-Unis. Leur utilisation en multiplexage permet d'obtenir en une seule étape le profil génétique recherché.

Grâce aux financements fédéraux et au support légal apporté par le « DNA Fingerprint Act of 2005 », le nombre de profils rentré dans le CODIS est en constante augmentation <sup>773</sup>.

Pour parer au risque de concordances fortuites de profils qui augmente avec le nombre des profils stockés, 7 nouveaux loci STR ont été ajoutés dans le test standard utilisé aux États-Unis à partir du 1<sup>er</sup> Janvier 2017<sup>774</sup>.

**336.** Les calculs indiquent que la probabilité de rencontrer une coïncidence fortuite de profils établis avec le panel des sondes STR disponibles, est extrêmement faible et que lorsqu'une correspondance est établie pour l'ensemble des marqueurs de référence, elle doit pouvoir être retenue comme significative. A l'opposé, toute divergence d'un profil par rapport à celui auquel il est comparé doit être considéré comme facteur possible d'exclusion absolu.

---

Le standard DAUBERT qui tire son nom de l'affaire Daubert v. Merelle Dow Pharmaceuticals 509 U.S. 579 (1993) (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.html>) examine les méthodes et les principes qui sous-tendent l'opinion des experts. De cette manière, si l'opinion d'un expert repose sur une fondation scientifique solide, elle peut être retenue, même si elle n'a pas été largement acceptée. Dans les faits, les deux standards donnent des résultats cohérents. Les juridictions d'un grand nombre d'États ont choisi le standard DAUBERT. La Californie, l'État de Washington, l'Utah, le Minnesota, l'Illinois, l'Alabama et la Pennsylvanie reconnaissent encore à cette date le standard FRYE. Le North Dakota, La Caroline du Sud et la Caroline du Nord ont adopté des standards qui leurs sont propres. Voir Daubert and Frye in the 50 States (<https://jurilytics.com/50-state-overview>)

<sup>772</sup> Le nom des STR est indiqué avec leur localisation chromosomique entre parenthèse TPOX (2) ; D3S1358 (3) ; FGA (4) ; CSF1PO (5) ; D5S818 (5) ; D7S820 (7) ; D8S1179 (8) ; THO1 (11) ; vWA (12) ; D13S317 (13) ; D16S539 (16) ; D18S51 (18) ; D21S11 (21). Deux STR spécifiques d'une région de l'amélogénine absente sur le chromosome X permettent de discriminer les profils masculins et féminins.

<sup>773</sup> Selon les statistiques publiées au mois de janvier 2017 par le FBI en ce qui concerne le National DNA Index (NDIS) (<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>) le CODIS a produit plus de 362 000 indices qui se sont avérés utiles dans 347 240 enquêtes. Le fichier national contient à ce jour 752 508 profils criminalistiques d'ADN ainsi les profils génétiques de 12 732 925 personnes ayant commis une infraction dont 2 608 768 ont été arrêtées

<sup>774</sup> Il s'agit des STR D1S1656, D2S441, D10S1248, D12S391, et D22S1045 qui font partie du kit multiplex utilisé depuis 2009 en Europe, auxquels s'ajoutent deux autres STR D2S1338 (2) and D19S443 (19) qui sont très utilisés dans le monde entier. La nomenclature utilise la lettre D pour DNA, un numéro pour identifier le chromosome porteur des allèles STR, la lettre S pour indiquer qu'il s'agit d'une séquence unique (single) et un numéro de série spécifique du locus unique considéré. Pour un individu donné, les deux allèles d'un même STR sont nommés à partir du nombre d'éléments répétés qu'ils contiennent. Par exemple, on écrit D3S1358(15,18) pour indiquer que les allèles du locus STR D3S1358 sont constitués par 15 répétitions sur un chromosome et 18 sur l'autre chromosome homologue

Pour évaluer correctement la signification de cette conclusion au regard des conséquences importante qu'elle implique sur le plan juridique, il est essentiel de bien en appréhender les bases<sup>775</sup>.

En effet, l'exclusion est fondée sur une certitude alors que l'inclusion est estimée en terme de probabilité.

Cependant, comme nous le reverrons un peu plus loin, ces considérations doivent être modulées en fonction du nombre de STR analysés et de la taille de la population considérée<sup>776</sup>

**337.** En ce qui concerne les cas d'agression sexuelle, les investigations font également appel à la caractérisation de Y-Short Tandem Repeat (Y-STR) spécifiques du chromosome Y<sup>777</sup> qui est

---

<sup>775</sup> Une illustration simple des concepts qui sous-tendent d'utilisation des 13 STR en criminologie a été fournie par l'analyste Bob Blackett dans le cadre du Biology Project de l'université d'Arizona (The Biology Project - Blackett Family DNA Activity 2 -What are the 13 core CODIS loci?

[http://www.biology.arizona.edu/human\\_bio/activities/blackett2/str\\_codis.html](http://www.biology.arizona.edu/human_bio/activities/blackett2/str_codis.html) et

[http://www.biology.arizona.edu/human\\_bio/activities/blackett2/act\\_probability1.html](http://www.biology.arizona.edu/human_bio/activities/blackett2/act_probability1.html)). Dans un premier temps, B. Blackett a déterminé le type d'allèle que son ADN contient pour les 13 marqueurs du CODIS. Par ailleurs, on connaît, au sein de la population globale, la fréquence à laquelle chacun des deux allèles (porté par chacun des deux chromosome) pour chaque STR est exprimée. Par exemple, 8,2% de la population donne une réponse positive pour la combinaison des allèles «15 et 18 » détectés chez B. Blackett avec la sonde STR D3S1358 et 4,4 % de la population répond positivement pour les allèles «16 et 16 » détecté chez B. Blackett avec la sonde vWA. Lorsque ces marqueurs seront testés isolément, on a dans la population testée ici 82 chances sur 1000 personnes testées de trouver une positivité pour les allèles 15,18 avec D3S1358 et 44 chances sur 1000 de trouver une positivité pour les allèles 16,16 avec vWA. Sur les chromosomes, la répartition des 13 marqueurs utilisés est telle qu'on peut considérer qu'ils sont indépendants. Par conséquent, la probabilité de retrouver le même profil chez deux individus est égale au produit des probabilités de trouver chacun des marqueurs. Donc, si on veut calculer la probabilité de trouver une positivité simultanée pour les deux marqueurs choisis, on doit effectuer le produit des deux probabilités élémentaires soit 8,2 % x 4,4%. Le résultat obtenu traduit une probabilité, de co-détection égale à 36 pour 10 000. Pour les marqueurs D3S1358, VWA et FGA, la fréquence tombe à  $6 \times 10^{-5}$  soit 1 chance pour 10 000. Lorsque le même calcul est appliqué aux 13 puis aux 20 marqueurs STR utilisés aujourd'hui, la probabilité théorique de trouver le même profil de manière aléatoire est infiniment petite de l'ordre de  $10^{-15}$ , soit une chance sur un million de milliards. Cependant ces valeurs sont purement théoriques et doivent être reconsidérées dans le contexte de la biologie humaine (voir plus loin). En tout état de cause, la probabilité d'avoir deux concordances totales de profils est infime. Il a été estimé que des américains pris au hasard partagent en moyenne un à deux allèles.

<sup>776</sup> V. *infra* n° 399 et s.

<sup>777</sup> Le marqueur sexuel le plus couramment utilisé est le gène AMEL codant pour l'amélogénine, protéine de la matrice extracellulaire qui est le composant majeur de l'émail dentaire. L'amélogénine est exprimée à partir de deux loci AMELX et AMELY. Le locus masculin AMELY possède 6 paires de bases qui ne sont pas représentées dans le troisième intron de AMELX. L'utilisation d'amplimères appropriés permet de distinguer les produits d'amplification du gène AMEL des chromosomes Y et X, permettant ainsi une distinction rapide des ADN d'origine mâle ou femelle. Cependant plusieurs cas de grandes délétions du chromosome Y ayant pour effet de perturber l'interprétation des résultats ont été décrits et ont mis l'accent sur le besoin d'autres marqueurs plus spécifiques. Parmi eux les gènes males impliqués dans la détermination du sexe (SRY), la synthèse d'une protéine testiculaire (TSPY), la sulfatase stéroïdienne (STS), ainsi que le marqueur microsatellite DYS156 semblent être de meilleurs

seulement présent chez les individus mâles. Cela permet d'identifier des composés males dans un mélange de liquides des deux sexes lors de viol, ainsi que les violeurs vasectomisés<sup>778</sup> ou souffrant d'azoospermie<sup>779</sup>. Cependant, le chromosome Y étant transféré directement de père en fils, une corrélation entre le profil d'un suspect et l'ADN d'une pièce à conviction peut provenir des parents masculins directs de l'individu (père, frère, oncle ou cousin paternel), ce qui fait de cette technique une approche complémentaire au profil STR.

Lors de l'analyse d'échantillons pour lesquels on suspecte que l'ADN chromosomique soit dégradé ou en mauvais état, il est fréquent d'utiliser les méthodes basées sur l'amplification d'ADN mitochondrial maternel<sup>780</sup>, dont il existe 100 000 à 200 000 copies par oocyte<sup>781</sup> et qui est transmis par le cytoplasme de l'ovule qui sert de support au développement des premières cellules embryonnaires. La puissance de cette technique fut discutée lors de l'authentification controversée du Tsar Nicholas II et de Georgij Romanov qui avait été effectuée sur des restes osseux<sup>782</sup>.

La tendance actuelle qui vise à identifier plus précisément les personnes disparues, est à l'inclusion de techniques additionnelles incluant l'identification de petites répétitions en tandem spécifiques du chromosome Y et des très petites répétitions en tandem (mini-short Tandem repeat miniSTR) et le développement de techniques.

La base NDIS qui avait pour but initial la collecte des ADN de délinquants sexuels condamnés a été étendue depuis sa création. Son utilisation par plus de 50 pays au niveau international,

---

candidats pour une identification différentielle des ADN masculins et féminins. (E. Butler, R. Li « Genetic Markers for Sex Identification in Forensic DNA Analysis » *J Forensic Investigation* (2014) 2 :10-20.

<sup>778</sup> Aux États-Unis, le Affordable Health Care for America Act of the US ne couvre pas la vasectomie. En France la vasectomie, qui consiste en une ligature des canaux déférents transportant les spermatozoïdes, est autorisée depuis 2001 comme méthode contraceptive lorsque les autres méthodes disponibles ont échoué.

<sup>779</sup> Environ 1% des individus mâles sont atteints d'azoospermie. A. GUDELOGLU, S. J. PAREKATTIL « Update in the evaluation of the azoospermic male »(2013) *Clinics* DOI: 10.6061/clinics/2013(Sup01)04

<sup>780</sup> Il existe entre 1 à 3 molécules d'ADN par mitochondrie (R. J. WIESNER, J. C. RUEGG, L. MORANO « Counting target molecules by exponential polymerase chain reaction : copy number of mitochondrial DNA in rat tissues » *Biochem Biophys Res Commun* (1992) 183 : 553-559; S. ANDERSON et al. « Sequence and organization of the human mitochondrial genome » *Nature* (1981) 290 : 457-465

<sup>781</sup> J. CUMMINS « Mitochondrial DNA in mammalian reproduction » *J Reprod Fertil* (1998) 3: 172-182; P. REYNIER et al. « Mitochondrial DNA content affects the fertilizability of human oocytes » *Mol Hum Reprod* (2001) 7: 425-429

<sup>782</sup> P. L. IVANOV, M. J. WADHAMS, R. K. ROBY, M. M. HOLLAND, N. V. WEEDN, T. J. PARSONS « Mitochondrial DNA sequence heteroplasmy in the Grand Duke of Russia Georgij Romanov establishes the authenticity of the remains of Tsar Nicholas II » *Nat Genet* (1996) 12 : 417-420; L. A. ZHIVOTOVSKY « Recognition of the remains of Tsar Nicholas II and his family: a case of premature identification? » *Ann Hum Biol* (1999) 26 : 569-577

contribue à consolider sa valeur pour l'établissement de profils génétiques dans des affaires juridiques complexes.

**338.** L'application de la méthodologie STR en criminologie, facilitée par la mise au point de plusieurs trousseaux commerciaux largement utilisés aux USA et en Europe<sup>783</sup>, a conduit à l'inculpation et la condamnation de nombreux criminels dont les traces génétiques ont été retrouvées sur les lieux des agressions, mais aussi à la disculpation d'un très grand nombre de détenus qui avaient été condamnés sur la base de témoignages oculaires ou des résultats d'analyses biologiques qui n'étaient pas solides ou insuffisantes.

**339.** En septembre 2018, le registre national américain des disculpations<sup>784</sup> (The National Registry of Exonerations) comptabilisait 2267 cas de condamnés qui furent finalement innocentés.

Depuis sa création aux USA en 1992, «The Innocence Project»<sup>785</sup> a joué un rôle essentiel dans les disculpations fondées sur les analyses de profils ADN.

Une brève analyse des statistiques disponibles au début de 2017, révélait que 70% des individus innocentés après avoir été reconnus coupable d'agression sexuelle, avaient été condamnés sur la base d'un témoignage défaillant<sup>786</sup>. Entre 2004 et 2015, 29 % des affaires furent closes sur la base de preuves détruites.

Parmi les 362 personnes innocentées sur la base d'analyses génétiques, 70% avaient été condamnées sur la bases d'identifications oculaires défaillantes et 45 % à cause d'analyses scientifiques défectueuses. Les condamnations reposant sur la base d'indices fournis par un informateur représentaient 17% des 362 cas. Des faux aveux avaient été utilisés dans 28% des

---

<sup>783</sup> *Ibid* J. M. BUTLER; C. R. HILL et J. M. BUTLER (V. *supra* n° 335)

<sup>784</sup> The National Registry of Exonerations consulté le 30 septembre 2018.

<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=4640>;

<sup>785</sup> The « Innocence Project » est une association légale à but non lucratif qui représente les clients désireux de subir un test ADN pour prouver leur innocence à la suite d'une condamnation qu'ils jugent illégitime. Jusqu'à présent, 350 individus ont été disculpés sur la base de tests ADN demandés par The Innocence Project. Vingt d'entre eux ont été condamnés à mort.

Voir <https://www.innocenceproject.org/about/>

<sup>786</sup> S. R. GROSS « What We Think, What We Know and What We Think We Know about False Convictions » *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 14, No. 2, 2017 (Forthcoming). University of Michigan Public Law Research Paper No. 537. 36 Pages Posted: 23 Feb 2017 Last revised: 8 Mar 2017

cas<sup>787</sup>. Enfin, dans un peu plus de 50% des cas où l'accusé fut innocenté sur la base de son profil génétique, le véritable coupable a été identifié<sup>788</sup>, dont certains avaient été inculpés de plusieurs crimes supplémentaires qu'ils avaient commis pendant que les condamnés purgeaient des peines qui n'étaient pas méritées<sup>789</sup>.

S'il apparaît que les condamnations injustifiées portent atteinte à la prévention des crimes<sup>790</sup>, il faut prendre conscience que pour la grande majorité des condamnés innocents, il n'existe aucun espoir d'obtenir une disculpation sur la base d'une analyse génétique qui requiert l'existence d'ADN dans les éléments de preuves tels que ceux qui sont considérés par la Cour dans des affaires de viol ou de meurtres<sup>791</sup>.

**340.** Un document publié en 2010 par The Innocence Project, révélait la mauvaise conduite de 36 à 42% des procureurs dans les 255 premiers cas où la disculpation de condamnés avait été permise, aux États-Unis par l'analyse de leur ADN<sup>792</sup>.

Il faut garder présent à l'esprit que la décision des procureurs est très importante dans un pays où 97% des cas sont résolus sans procès. Il leur est demandé d'être loyal, non pas de seulement gagner. Bien que ceci ait été intronisé par l'arrêt *Brady v. Maryland*<sup>793</sup>, il existe selon le juge A.

---

<sup>787</sup> <https://www.innocenceproject.org/causes/false-confessions-admissions/>

<sup>788</sup> Les statistiques relevées au 22 août 2018 révèlent que 180 véritables coupables ont été identifiés. <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>

<sup>789</sup> Les 147 crimes commis par les vrais coupables se décomposent en 77 agressions sexuelles, 35 meurtres et 35 autres crimes violents. *Ibid* The Innocence Project ; B. FORST, C. R. HUFF « Preventing Violent Crimes by Reducing Wrongful Convictions » In A.T. Vazsonyi, D. Flannery, and M. DeLisi (eds.), *Cambridge Handbook of Violent Behavior and Aggression* (2nd edit.). New York: Cambridge University Press, 2017 sous presse

<sup>790</sup> *Ibid* B. FORST, C. R. HUFF

<sup>791</sup> Voir à ce sujet R. ROOTS « How Often Does The Criminal Justice System Get it Wrong ? » The latest statistics from the Innocence Project - <http://caught.net/innoc.htm>

<sup>792</sup> E. WEST « Court Findings of Prosecutorial Misconduct Claims in Post-Conviction Appeals and Civil Suits Among the First 255 DNA Exoneration Cases » 2010

[http://caught.net/Innocence\\_Project\\_Pros\\_Misconduct.pdf](http://caught.net/Innocence_Project_Pros_Misconduct.pdf)

<sup>793</sup> *Brady v. Maryland* 373 U. S. 83 (1963) « In *Brady v. Maryland*, the Supreme Court held that the suppression by the prosecution of evidence favorable to an accused upon request violates due process where the evidence is material either to guilt or punishment, irrespective of the good faith or bad faith of the prosecution ». Subsequent Supreme Court decisions have held that the government has a constitutionally mandated, affirmative duty to disclose exculpatory evidence to the defendant to help ensure the defendant's right to a fair trial under the Fifth and Fourteenth Amendments »

Dans *Brady v. Maryland*, la Cour suprême a jugé « que la rétention par le procureur d'une preuve favorable à un accusé viole la procédure régulière lorsque la preuve est déterminante pour l'établissement de la culpabilité ou de la peine à appliquer, indépendamment de la bonne ou mauvaise foi de l'accusation. Dans les décisions subséquentes, la Cour suprême a déclaré que le gouvernement a un devoir constitutionnel de révéler au défendeur les indices disculpatoires, pour l'assurer qu'il a le droit à un procès équitable en vertu des cinquième et

Kozinski, une « épidémie de violations à l'arrêt Brady sur tout le territoire<sup>794</sup>».

Confronté à ce problème<sup>795</sup>, le Gouverneur de l'État de New York Andrew Cuomo a signé le 20 août 2018, une loi<sup>796</sup> qui institue une commission d'enquête ayant le pouvoir d'examiner les plaintes déposées contre les procureurs. La décision du gouverneur Cuomo a été applaudie par The Innocence Project<sup>797</sup> car elle répondait à une demande très vive de la population<sup>798</sup>. Cette commission n'a pas le pouvoir de punir les juges mais elle pourra les contraindre à témoigner et les avertir des sanctions pouvant être prises à leur égard. Son organisation est calquée sur celle de la New York State Commission on Judicial Conduct<sup>799</sup> qui instruit les plaintes déposées contre les juges de New York.

**341.** A la suite de ces évènements, The Innocence Project a déposé le 30 août une plainte auprès de la Cour Suprême de Pennsylvanie<sup>800</sup>, contre Melle B. Kirn, procureur adjoint du district de Philadelphie, accusée d'avoir violé les règles déontologiques de la profession, en omettant de faire état d'un faux témoignage lors du procès de M. Wright, qui, en 1991, fut condamné à 25 ans de prison pour un crime qu'il n'avait pas commis, comme l'ont démontré les analyses d'ADN qui ont conduit à sa disculpation en 2016.

---

quatorzième amendements » Treatment of Brady v. Maryland Material in United States District and State Courts Rules, Orders, and Policies Report to the Advisory Committee on Criminal Rules of the Judicial Conference of the United States L.L. Hooper, J. E. Marsh, B. Yeh Octobre 2004 Federal Judicial Center

[http://www.uscourts.gov/sites/default/files/bradymat\\_1.pdf](http://www.uscourts.gov/sites/default/files/bradymat_1.pdf)

<sup>794</sup> « There is an epidemic of Brady violations abroad in the land » repris de l'article du Times « Rampant Prosecutorial Misconduct » Editorial Board du New York Times, 4 janvier 2014

<https://www.nytimes.com/2014/01/05/opinion/sunday/rampant-prosecutorial-misconduct.html?action=click&module=RelatedLinks&pgtype=Article>

<sup>795</sup> L'analyse des 2268 disculpations enregistrées au niveau national a révélé qu'un tiers des 250 disculpations de l'État de New York était associé à une mauvaise conduite du procureur en charge ou de ses services. « Browse the National Registry of Exonerations »

<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/browse.aspx?View=%7BB8342AE7-6520-4A32-8A06-4B326208BAF8%7D&FilterField1=State&FilterValue1=New+York>

<sup>796</sup> Bill S2412D/A5285C qui amende la loi judiciaire en établissant un article établissant une commission d'État sur la conduite du ministère public. « The judiciary law is amended by adding a new article to read as follows : Article 15-A State Commission On Prosecutorial Conduct »

<sup>797</sup> The Innocence Project "We applaud Governor Cuomo for approving this groundbreaking legislation to address prosecutorial misconduct." <https://www.innocenceproject.org/innocence-project-applauds-gov-cuomo-for-approving-landmark-legislation-to-combat-prosecutorial-misconduct/>

<sup>798</sup> « New York Times Editorial Explains Why Prosecutors Require Oversight Commission » 15 août 2018 <https://www.innocenceproject.org/editorial-explains-why-prosecutors-require-oversight-commission/>

<sup>799</sup> New York State Commission on Judicial Conduct <http://www.scjc.state.ny.us/>

<sup>800</sup> Bridget Kirn Bar Complaint final 083018

[https://www.innocenceproject.org/wp-content/uploads/2018/09/Bridget-Kirn-bar-complaint\\_final\\_083018.pdf](https://www.innocenceproject.org/wp-content/uploads/2018/09/Bridget-Kirn-bar-complaint_final_083018.pdf)

Il ne fait aucun doute que les répercussions de cette affaire seront très importantes pour une meilleure prise en compte des preuves génétiques au tribunal.

## 2. *L'approche criminalistique en Europe*

**342.** Des revues et historiques très complets concernant la mise en place des fichiers de police et l'utilisation des méthodes d'analyse des profils d'ADN en criminologie sont disponibles par ailleurs <sup>801</sup> .

La situation ayant beaucoup évolué récemment, à la fois sur le plan scientifique et sur le plan judiciaire au niveau international, il nous a semblé utile de nous arrêter brièvement ici sur les étapes marquantes de l'implantation et du développement de ces méthodes scientifiques d'une part, au Royaume Uni (a) où la première base de données génétiques européenne créée en 1995 a longtemps été considérée comme la plus conséquente au niveau mondial et d'autre part en France (b), ou le fichier national des empreintes génétiques (FNAEG) crée depuis 1998, pourrait subir dans un proche avenir l'influence des orientations prises par les pays anglo-saxons et d'autres États d'Europe en ce qui concerne un élargissement nouveau des bases de données génétiques. Ces considérations sont importantes car elles concernent des aspects relatifs au droit de regard que les individus souhaitent conserver sur leurs données personnelles intimes et au respect de leur vie privée quotidienne.

L'utilisation des données à caractère personnel dans le secteur de la police avait fait l'objet, dès 1987, d'une recommandation<sup>802</sup> aux États Membres de l'Union Européenne dans laquelle le Comité des Ministres évoquait d'une part, les principes de contrôle extérieur à la police, les modalités, les limites de la collecte et de l'enregistrement des données, ainsi que leur utilisation, et d'autre part les modalités de la communication des données au sein de la police, à d'autres organes publics et à des personnes privées.

---

<sup>801</sup> V. GAUTRON « Fichiers de police » (2015-actualisé Février 2017) La base de données juridique des Éditions Dalloz; F. R. PEINADO « Les fichiers d'empreintes génétiques: les systèmes français et espagnol à l'égard de la Convention européenne des droits de l'Homme » (2014) *La Revue des Droits de l'Homme* <http://revdh.revues.org/965> Consulté le 20 mai 2015;

C. CABAL « La valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire » (2001) <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rap-off/i3121.asp>

<sup>802</sup> Recommandation N°R (87) 15 du Comité des Ministres aux États membres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police



**343.** C'est sur la base de ces principes qu'en 1992, le Comité des Ministres, après avoir pris en compte la Convention des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, et de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, énonça aux États Membres, une série de recommandations concernant l'utilisation de l'ADN dans le cadre du système de justice pénale<sup>803</sup>. Le Comité faisait en particulier ressortir l'importance des analyses d'ADN pour établir l'innocence aussi bien que la culpabilité d'un individu, en tenant pleinement compte des principes fondamentaux de « la dignité de l'individu et du respect du corps humain ».

Le texte de cette recommandation est intéressant car il fixe déjà les règles concernant les limites et le respect de la finalité des prélèvements qui constitue un des piliers de la directive européenne 2016/680 relative à la protection des données personnelles.

Il suggère également que les circonstances autorisant les prélèvements doivent être déterminées par le droit interne et que « le recours aux analyses d'ADN doit être autorisé dans tous les cas appropriés, quel que soit le degré de gravité de l'infraction », recommandation qui sera l'objet ultérieurement de nombreuses oppositions.

a. United Kingdom National DNA database

**344.** La base nationale de données génétiques du Royaume Uni<sup>804</sup> est depuis 2012 sous la responsabilité du ministère de l'intérieur (Home Office) qui a pris la suite du National Policing Improvement Agency (NPIA)<sup>805</sup> (Organisme national de perfectionnement des services policiers), établissement public créé en 2006 par le « Police and Justice Act 2006 »<sup>806</sup> et devenu opérationnel en avril 2007 pour faire profiter la police de ses compétences dans des domaines concernant les technologies de l'information et du recrutement. Moins de 30 personnes habilitées par le ministère de l'intérieur y ont accès au contraire des forces de police bien qu'elles soient le propriétaire légal des profils conservés dans la base.

---

<sup>803</sup> Recommandation N°R (92) 1 du Comité des Ministres aux États membres sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de justice pénale

<sup>804</sup> UK National Criminal Intelligence DNA Database aussi connu sous le nom de United Kingdom National DNA database (NDNAD)

<sup>805</sup> P. NEYROUD « The National Policing Improvement Agency: central to change »

<https://www.crimeandjustice.org.uk/sites/crimeandjustice.org.uk/files/09627250608553106.pdf>

<sup>806</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/48/contents>

La gouvernance de la base est assurée par un Comité stratégique (NDNAD strategy board) dont le statut a été fixé en 2013<sup>807</sup>. Le Comité comprend un représentant permanent du National Police Chiefs' Council, du ministère de l'intérieur et d'un Commissaire de l'Association of Police and crime. Le Président du Groupe d'Éthique, des représentants des services biométriques et de sciences juridiques ainsi que des représentants d'Ecosse et d'Irlande sont aussi invités à siéger dans le Comité.

**345.** En ce qui concerne les aspects technologiques, la base de données a été fondée sur l'utilisation du système multiplex SGM, puis SGM Plus qui avait été introduit en 1999<sup>808</sup>. Depuis juillet 2014, le système européen harmonisé (DNA17) a remplacé ces systèmes pour générer les données produites devant les instances judiciaires<sup>809</sup>.

**346.** A l'heure actuelle, les profils d'ADN sont établis à partir de prélèvements effectués sur des individus ou à partir des traces recueillies sur les lieux d'infractions criminelles. La police prélève sur tous les individus arrêtés, un échantillon d'ADN cellulaire généralement d'origine salivaire, qui représente le génome entier de l'individu. Sur ces échantillons, envoyés au service d'analyse génétique légale (Forensic Service Provider FSP) sont effectuées les analyses de STR. Les profils ainsi obtenus ne donnent aucune information concernant les individus sur lesquels les échantillons ont été prélevés.

---

<sup>807</sup> Section 63AB of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) comme inscrit dans la section 24 de la loi Police et Criminal Evidence de 1984 [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/pdfs/ukpga\\_19840060\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/pdfs/ukpga_19840060_en.pdf)

<sup>808</sup> Pour des détails supplémentaires concernant les sondes des troussees SGM et SGMPlus utilisées en Grande Bretagne, voir « STR profiling in the UK » University of Leicester <http://www2.le.ac.uk/departments/emfpu/to-be-deleted/explained/str-uk>

<sup>809</sup> Les trousse DNA 17 permettent l'identification des dix régions détectées dans le système SGM Plus, plus 6 régions supplémentaires et un marqueur de sexe qui correspondent au standard adopté par l'Europe (European Standard Set (ESS)). Elles sont plus sensibles et permettent d'obtenir des profils à partir du matériel isolé de quelques cellules. Les marqueurs polymorphiques utilisés sont D1S1656, D2S441, D2S1338, D3S1358, D8S1179, D10S1248, D12S391, D16S539, D18S51, D19S433, D21S11, D22S1045, FGA [FIBRA], TH01 [TC11], SE33 et vWA, ainsi que le marqueur genre-spécifique Amelogenin. Pour les protocoles détaillés communiqués par les sources commerciales disponibles, voir <https://www.qiagen.com/cn/resources/download.aspx?id=fa14883c-662c-4670-bfc6-4a9aedc82170&lang=en>; PowerPlex ESI 17 Fast System Technical Manual - [powerplex-esi-17-fast-system-protocol.pdf](https://france.promega.com/-/media/files/resources/protocols/technical-manuals/101/powerplex-esi-17-fast-system-protocol.pdf) <https://france.promega.com/-/media/files/resources/protocols/technical-manuals/101/powerplex-esi-17-fast-system-protocol.pdf>; AmpFISTR® NGM SElect™ PCR Amplification Kit User Guide (Pub. no. 4458841 Rev. F) - [cms\\_089008.pdf](https://tools.thermofisher.com/content/sfs/manuals/cms_089008.pdf) ; [https://tools.thermofisher.com/content/sfs/manuals/cms\\_089008.pdf](https://tools.thermofisher.com/content/sfs/manuals/cms_089008.pdf)

**347.** A la date du 30 juin 2018, la base de données génétiques contenait 6 252 205 profils d'ADN<sup>810</sup> établis à partir d'échantillons humains prélevés sur des individus volontaires. A la même date, la base contenait 599 834 profils provenant d'échantillons recueillis sur les lieux de crimes<sup>811</sup>.

Initialement créée pour conserver les profils de criminels condamnés ou en attente de jugement, la base de données fut élargie en 2001 à tout individu inculpé, même s'ils n'étaient pas reconnus coupable ultérieurement<sup>812</sup> et avec le Criminal Act 2003<sup>813</sup>, les profils d'ADN pouvaient être établis dès qu'un individu était arrêté, avant même qu'il soit inculpé.

Entre 2004 et 2012 des échantillons d'ADN furent collectés pour tous les types de délits autres que les infractions les plus légères. Les profils génétiques conservés indéfiniment dans la base permirent l'identification des auteurs de 422 homicides et 645 viols, rien que pour la période 2005-2006.

Par son arrêt du 4 décembre 2008<sup>814</sup>, la CEDH décida que la conservation des données génétiques de deux individus après un acquittement et une décision de classement sans suite constituait une violation de l'article 8 de la Convention concernant le respect de la vie privée. En réponse à cette décision, le ministère de l'intérieur proposa, après consultation, que le profil ADN de tout individu coupable d'une infraction emportant inscription dans un fichier de police, soit conservé indéfiniment, et que les autres profils soient effacés de la base nationale après une période variant de 6 à 12 ans en fonction du type de délit commis. La pratique concernant des prélèvements d'échantillons opérés en vue d'établir un profil génétique dès l'arrestation n'était pas affectée.

---

<sup>810</sup> Soit 9% des 66 054 972 habitants du Royaume-Uni au 30 septembre 2018 (source du nombre d'habitat: département des affaires économiques et sociales des Nations Unies). En 2015, les 5 231 849 profils contenus dans la base NDNAD représentaient 8% de la population

<sup>811</sup> National DNA Database statistics - DNA database documents, Crime statistics, and Policing - Home Office and The Rt (Right Honorable) Hon Lord Taylor of Holbeach CBE First published: 23 April 2013 Last updated: 30 juin 2018 Home Office and The Rt Hon Lord Taylor of Holbeach CBE

<sup>812</sup> Criminal Justice and Police Act 2001. Significantly, the act amends the Police and Criminal Evidence Act to allow fingerprints and DNA samples to be retained indefinitely where they "were taken from a person in connection with the investigation of an offence" The Guardian - 19 janvier 2009

<https://www.theguardian.com/commentisfree/libertycentral/2009/jan/14/criminal-justice-police-act>

<sup>813</sup> [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga\\_20030044\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga_20030044_en.pdf)

<sup>814</sup> S. et Marper c. Royaume-Uni CEDH (2008) n° 30562/04 et 30566/04

**348.** Le Crime and Security Act 2010<sup>815</sup> précisa que les profils obtenus à partir de prélèvements effectués lors de l'arrestation seraient conservés pour une période de 6 ans, reconductible dans le cas où l'individu concerné était à nouveau arrêté.

L'entrée en vigueur du Protection of Freedom Act 2012, légalisait la destruction des profils génétiques des individus reconnus non coupables<sup>816</sup>.

Pendant plusieurs années, le Forensic Science Service (FSS)<sup>817</sup>, agence gouvernementale née du laboratoire Aldermaston<sup>818</sup>, a été le fournisseur de services d'analyses légales pour l'Angleterre et le Pays de Galles jusqu'en 2012, date de sa fermeture effective.

Officiellement, ce sont les pertes financières d'environ 2 millions de livres sterling par mois engendrées par ce service qui ont conduit le gouvernement à en décider la clôture en décembre 2010 et de faire appel au secteur privé pour effectuer les analyses d'empreintes.

Lors de la fermeture, les données, les échantillons biologiques et le matériel monté pour observations microscopiques ont été conservés pour un éventuel usage ultérieur.

Grace au FSS plus d'un million de profils génétiques avaient été établis en 2000 et en 2007, la base de données ADN était la plus grande du monde avec 4,5 millions d'échantillons prélevés sur les scènes de crimes.

**349.** A la suite des problèmes de gestion défectueuse des échantillons par les services de police impliqués dans les processus de collecte et d'analyse de traces servant à établir les profils génétiques, une base de données a été établie avec les profils génétiques des officiers de police et autres membres des forces de l'ordre (Police Elimination Database, PED) de manière à identifier les contaminations éventuelles d'échantillons par les personnels en charge de leur manipulation. A chaque fois qu'un représentant des forces de police suspecte qu'un prélèvement

---

<sup>815</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/48/contents>

<sup>816</sup> Plus de 1 766 000 profils d'ADN provenant d'adultes innocents et d'enfants ont été éliminés de la base en même temps que 1 672 000 empreintes digitales. De plus 7 753 000 prélèvements d'ADN (dont 480 000 d'enfants) contenant du matériel « sensible » auraient été également détruits. Voir "Is it ethical to have a national DNA database?" <http://www.yourgenome.org/debates/is-it-ethical-to-have-a-national-dna-database>. Pour la période de 2015-2016, un total de 205 977 profils d'individus ont été éliminés de la NDNAD ainsi que 4 547 profils provenant d'analyse de prélèvements effectués sur les lieux de crimes

<sup>817</sup> Le FSS avait 7 principaux laboratoires dont 1 localisé à Chepstow (Pays de Galles) et 6 en Angleterre: 2 à Birmingham, 1 à Huntingdon, 1 à Londres, 1 à Leeds, 1 à Chorley, et 1 à Aldermaston

<sup>818</sup> Également connu sous le nom de Central Research and Support Establishment, le Aldermaston Laboratory faisait partie du ministère de l'intérieur dont il est devenu une agence officielle en 1991. Devenu un Trading Fund (fonctionnant sur un type privé de gestion et de comptabilité) en 1999, il est devenu une compagnie privée gouvernementale en 1999

ait pu être contaminé par un membre de la police, il peut demander que l'ADN prélevé soit comparé à la base d'élimination de profils PED.

Le service du ministère de l'intérieur responsable de l'administration du NDNAD : le National DNA Database Delivery Unit (NDU), est actuellement en train de mettre au point une base centralisée d'élimination de données génétiques (Centralized Elimination Database, CED) répondant aux recommandations du Forensic Science Regulator (FSR)<sup>819</sup>. Cette base de données a pour but d'éliminer de la base centrale NDNAD tous les profils présentant des signes de contamination d'origine policière.

Les données de la base PED sont ainsi transférées dans la base CED après avoir été testées sur la base NDNAD. A la date du 31 mars 2016, 57 493 vérifications de ce type avaient été réalisées. La complétion du programme nécessitant l'enregistrement des profils génétiques de tous les membres de la police, il était estimé que le fichier CED puisse être complété au mois d'avril 2017<sup>820</sup>.

Tous les États utilisant des bases de données génétiques devraient prendre pour exemple cette initiative originale qui permet de s'affranchir des critiques soulevées en ce qui concerne les contaminations de bases résultant de mauvaises pratiques de collectes d'échantillons.

#### b. Le Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques (FNAEG)

**350.** Dès 1997, le Conseil de l'Europe encourageait les membres de l'Union à échanger les données de leurs bases de données génétiques<sup>821</sup> tout en précisant des limites en particulier en ce qui concernait la nature des résultats concernés<sup>822</sup>.

---

<sup>819</sup> Le Forensic Science Regulator, placé sous l'autorité du ministère de l'intérieur, est le régulateur officiel des activités de science légale dans le cadre du système légal du Royaume Uni. Il est conseillé par le Forensic Science Advisory Council. La création du CED est dans la ligne d'application du rapport "The Management and Use of Staff Elimination DNA Databases (FSR-P-302)" (2014)

<sup>820</sup> Le rapport annuel 2016/17 fait état, à la page 26, de 1084 contaminations ayant conduit à l'élimination de 332 cas non résolus. Le projet sera poursuivi jusqu'à complétion

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/724596/040718\\_new\\_CCS0518718592\\_National\\_DNA\\_Database\\_Strategy\\_Board\\_AR\\_2016-17\\_updates\\_NEW.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/724596/040718_new_CCS0518718592_National_DNA_Database_Strategy_Board_AR_2016-17_updates_NEW.pdf)

<sup>821</sup> Résolution du Conseil du 9 juin 1997 relative à l'échange des résultats des analyses d'ADN (97/C 193/02)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0624%2802%29:fr:HTML>

<sup>822</sup> « L'échange des résultats des analyses d'ADN à des fins d'enquêtes pénales doit se limiter à l'échange de données provenant des segments non codants de la molécule d'ADN »; I §2 Les États « sont encouragés à constituer ces bases de données selon des normes identiques », II §2 « de préférence sur la base de marqueurs d'ADN identiques. » III §3 « La législation nationale en matière de données à caractère personnel devra être conforme à la convention européenne n° 108 » (Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé

Le fichier national automatisé des empreintes génétiques français (FNAEG) fut créé en 1998<sup>823</sup>, pour faciliter l'identification la recherche des auteurs de « meurtre ou d'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou de barbarie, ou pour l'une des infractions visées aux articles 222-23 à 32 et 227-22 à 27 du Code pénal<sup>824</sup> » qui fixent les peines relatives à ces infractions.

Ce fichier est sous l'autorité de la direction centrale de la police judiciaire et du ministère de l'Intérieur<sup>825</sup>. La préservation et la conservation des prélèvements biologiques pendant une durée maximale de 40 ans, est assurée par un service central de la gendarmerie nationale à Pontoise dans les conditions fixées par l'article R53-20 du Code de procédure pénale<sup>826</sup>.

L'article 553-19 du Code de procédure pénale dispose que « Le fichier national automatisé des empreintes génétiques ne peut faire l'objet d'aucune interconnexion ni de rapprochement ou de mise en relation avec un autre traitement automatisé d'informations nominatives »

Les résultats des analyses effectuées par les laboratoires nationaux et privés agréés<sup>827</sup>, sont transmis par voie électronique et saisis en double aveugle, avec les données nominatives qui les

---

des données à caractère personnel Strasbourg, 28.I.1981 <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b39>

<sup>823</sup> Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs dont l'article 28 crée au livre IV du Code de procédure pénale un Titre XIX « De la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes ». Art. 706-54 : « *Il est créé un fichier national automatisé destiné à centraliser les traces génétiques ainsi que les empreintes génétiques des personnes condamnées pour l'une des infractions visées à l'article 706-47* » <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000556901>

<sup>824</sup> Les infractions relevées par ces articles couvrent tout acte de viol consistant en une pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise; sur un mineur de quinze ans, sur une personne vulnérable, par un ascendant ou toute autre personne ayant autorité sur la victime, par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complices, avec usage ou menace d'une arme, en concours avec plusieurs autres viols, par le conjoint ou la concubine de la victime, par une personne en état d'ivresse, ou sur une personne se livrant à la prostitution de manière régulière ou occasionnelle

<sup>825</sup> Art R. 53-9 du Code de procédure pénale. Modifié par Décret n°2004-470 du 25 mai 2004 - art. 2 JORF 2 juin 2004. « *Le traitement, au moyen du fichier national automatisé des empreintes génétiques, des informations mentionnées aux premier, deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 706-54 est mis en œuvre par la direction centrale de la police judiciaire du ministère de l'intérieur. Ce fichier est placé sous le contrôle d'un magistrat du parquet.* »

<sup>826</sup> Article R53-20 Modifié par Décret n°2010-773 du 8 juillet 2010 - art. 1- §1. « *...les scellés relatifs aux traces et échantillons mentionnés aux 1°, 3° et 4° de l'article R. 53-10 et ayant fait l'objet d'un conditionnement normalisé selon des modalités fixées par arrêté conjoint du ministre de la justice, garde des sceaux, et du ministre de l'intérieur sont adressés au service central de préservation des prélèvements biologiques en vue de leur conservation.* » §2 Ces scellés sont accompagnés des informations mentionnées à l'article R. 53-11. Ils sont conservés pendant le délai de quarante ans prévu par l'article R. 53-14. Il est procédé à leur destruction à l'expiration du délai

<sup>827</sup> L'Institut national de recherches criminelles de la gendarmerie nationale (IGRCGN), qui annonçait le 8 février 2017 la mise au point du GendSAG : un outil de collecte innovant permettant une analyse génétique directe et

accompagnent, par les opérateurs du centre d'Écully qui abrite la sous-direction de la police technique et scientifique depuis le 1er septembre 1996.

La nature des traces donnant lieu à des résultats enregistrés au FNAEG est précisée dans l'article R53-10 du Code de procédure pénale<sup>828</sup>. On y relève en particulier les traces issues de personnes inconnues, de personnes pour lesquelles il existe des indices suggérant qu'elles aient commis une ou plusieurs des infractions retenues, d'échantillons biologiques prélevés sur des cadavres non identifiés ou susceptibles d'avoir appartenu à des personnes disparues, et des échantillons prélevés sur des ascendants ou descendants de personnes disparues.

En application de l'article 5.53-11<sup>829</sup> du Code de procédure pénale, ces informations sont accompagnées d'informations personnelles dont la nature dépend des cas considérés dans l'article R.53-10.

**351.** En plus des informations administratives relatives aux prélèvements et compte tenu de la décision éventuelle concernant l'effacement des données prévues à l'article R.53-14, sont consignés le nom, prénom, date et lieu de naissance et filiation des personnes dont les empreintes génétiques sont enregistrées. Cela concerne donc les échantillons prélevés dans le

---

rapide; (<http://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/ircgn/L-Expertise-Decodee/Identification/GendSAG-element-cle-de-l-ADN-rapide>); l'Institut National de la police scientifique (INPS) à Lyon (<http://www.police-nationale.interieur.gouv.fr/Organisation/Etablissements-publics/INPS>); le laboratoire d'analyses de biologie médicale CODGENE à Strasbourg (<https://www.pagesmed.com/fr/laboratoires-d-analyses-de-biologie-medicale/strasbourg-67000/laboratoire-codgene--2>) Institut Génétique Nord Atlantique (<http://www.igna.fr/empreintes-genetiques/>)

<sup>828</sup> Article R53-10 Modifié par Décret n°2004-470 du 25 mai 2004 - art. 3 JORF 2 juin 2004 « ...§1° Des traces biologiques issues de personnes inconnues, recueillies dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'une enquête pour crime ou délit flagrant, ou d'une instruction préparatoire, relatives à l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 ; §2° Des échantillons biologiques prélevés dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'une enquête pour crime ou délit flagrant, ou d'une instruction préparatoire sur les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 ; §3° Des échantillons biologiques prélevés sur des cadavres non identifiés et des traces biologiques issues de personnes inconnues, recueillies dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes de la mort ou pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte prévue par les articles 74, 74-1 ou 80-4 ; §4° Des échantillons biologiques issus ou susceptibles d'être issus d'une personne disparue, recueillis dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte prévue par les articles 74-1 ou 80-4 ; §5° Des échantillons biologiques prélevés, avec leur accord, sur les ascendants et descendants d'une personne disparue, dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte prévue par les articles 74-1 ou 80-4... »

<sup>829</sup> Article R53-11 Modifié par Décret n°2004-470 du 25 mai 2004 - art. 4 JORF 2 juin 2004. A retenir en particulier « §2-II, ...Les données mentionnées aux 2° et 4° du I et au II de l'article R. 53-10 sont en outre accompagnées des nom, prénoms, date et lieu de naissance et filiation des personnes dont les empreintes génétiques sont enregistrées. Celles visées au 2° du I sont, le cas échéant, complétées par les informations relatives à la décision prévue au quatrième alinéa de l'article R. 53-14. »

cadre d'une enquête pour crime ou délit flagrant, aussi bien que celles qui ont été prélevées sur des individus pour lesquels des indices sérieux de commission d'une infraction grave.

Initialement restreint à la centralisation des traces relatives à violences et meurtres à caractère sexuel, le champ d'action du FNAEG a été considérablement élargi par touches successives, ce qui n'a pas été sans déclencher des réactions assez vives dans la presse et le grand public.

Les premiers élargissements ont été introduits par le décret du 18 mai 2000 créant l'article R53-10 du Code de procédure pénale. « *Les résultats des analyses d'identification par empreintes génétiques des traces de matériel biologique issu de personnes inconnues (§1)* » et « *sur une personne définitivement condamnée (2)* », « *recueillies dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'une enquête pour crime ou délit flagrant, ou d'une instruction préparatoire concernant l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47* » faisaient dès lors « *l'objet d'un enregistrement au fichier* ».

**352.** Les dispositifs nécessaires au fonctionnement du fichier ne furent pas mis en place immédiatement. Dans son rapport au Sénat, C. Cabal impute ces long délais « *à la parution tardive (mai 2000)<sup>830</sup> du décret d'application* » mais aussi aux « *délais nécessaires à la réalisation des infrastructures nécessaires au fonctionnement fiable du fichier<sup>831</sup>* ».

Un nouvel élargissement significatif du champ d'action du FNAEG fut introduit en 2001<sup>832</sup>, afin qu'il couvre les actes de torture ou de barbarie et violences volontaires<sup>833</sup> ainsi que les « *crimes de vols, d'extorsions et de destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes<sup>834</sup> et les actes de terrorisme<sup>835</sup>* ».

---

<sup>830</sup> Décret n° 2000-413 du 18 mai 2000 modifiant le Code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État) et relatif au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques. JORF n°116 du 19 mai 2000 page 7544 texte n° 16 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000399349&categorieLien=id>; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629387>

<sup>831</sup> *Ibid* C. CABAL (V. *supra* n° 342). Dans le paragraphe 4.4 qui décrit les modes de « conservation des prélèvements biologiques et des profils génétiques »

<sup>832</sup> Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (dite Loi Vaillant) dont l'article 56 modifie l'article 706 55 du Code de procédure pénale. (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000222052>)

<sup>833</sup> Prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-8, 222-10 et 222-14 (1° et 2°) du Code pénal

<sup>834</sup> Prévus par les articles 311-7 à 311-11, 312-3 à 312-7 et 322-7 à 322-10 du Code pénal

<sup>835</sup> Prévus par les articles 421-1 à 421-4 du Code pénal



**353.** Les crimes contre l'humanité furent ajoutés en 2003, avec la loi pour la sécurité intérieure<sup>836</sup> qui introduisit des modifications majeures puisque les modifications apportées à l'article 706-55 incluent pour la première fois, les simples délits au titre des infractions centralisées au FNAEG.

Sont également introduits, en autres, des crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de proxénétisme, d'exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs<sup>837</sup>, d'atteintes aux biens<sup>838</sup>, d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation<sup>839</sup>, et des crimes et délits liés à la détention d'armes ou de munitions de guerre<sup>840</sup>.

Le délit d'exhibition sexuel prévu à l'article 222-32 du Code pénal est également susceptible d'un relevé d'empreintes génétique depuis 2004<sup>841</sup>. L'article 706-54 du Code de procédure pénale, modifié en 2003, étend le fichage aux personnes mises en cause<sup>842</sup> et aux personnes décédées dont l'identification n'a pas été possible<sup>843</sup>.

Enfin, après adoption d'un amendement présenté par le Gouvernement<sup>844</sup>, l'article 80 de la loi du 3 juin 2016<sup>845</sup> relative à la lutte contre le crime organisé et le terrorisme a modifié le Code de

---

<sup>836</sup> Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (1) dite Loi Sarkozy II. (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000412199>)

<sup>837</sup> Prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18, 222-34 à 222-40, 224-1 à 224-8, 225-4-1 à 225-4-4, 225-5 à 225-10, 225-12-1 à 225-12-3, 225-12-5 à 225-12-7 et 227-18 à 227-21 du Code pénal

<sup>838</sup> Prévus par les articles 311-1 à 311-13, 312-1 à 312-9, 313-2 et 322-1 à 322-14 du Code pénal

<sup>839</sup> Prévus par les articles 410-1 à 413-12, 421-1 à 421-4, 442-1 à 442-5 et 450-1 du Code pénal

<sup>840</sup> Prévus par l'article 2 de la loi du 24 mai 1834, l'article 3 de la loi du 19 juin 1871

<sup>841</sup> LOI n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1) Art. 45. 5e. JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567 texte n° 1

<sup>842</sup> Article 706-54 Modifié par Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 - art. 29 JORF 19 mars 2003 §3 « *Les officiers de police judiciaire peuvent également, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée.* »

<sup>843</sup> Le fichier prévu par le présent article contient également les empreintes génétiques issues des traces biologiques recueillies à l'occasion des procédures de recherche des causes de la mort ou de recherche des causes d'une disparition prévues par les articles 74, 74-1 et 80-4 ainsi que les empreintes génétiques correspondant ou susceptibles de correspondre aux personnes décédées ou recherchées

<sup>844</sup> Projet de loi-Lutte contre le crime organisé et le terrorisme (1ère lecture)  
(n° 445 ) N° COM-150 21 mars 2016 Amendement présenté par Le Gouvernement

Article additionnel après Article 31bis [http://www.senat.fr/amendements/commissions/2015-2016/445/Amdt\\_COM-150.html](http://www.senat.fr/amendements/commissions/2015-2016/445/Amdt_COM-150.html)

<sup>845</sup> Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (1) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032627231&categorieLien=id>

procédure pénale pour y ajouter un article consacrant l'existence des recherches en parentèle dans le FNAEG<sup>846</sup>.

**354.** Les conditions de prélèvements d'échantillons biologiques à destination usage de profilage génétique sont définies par l'article 706-56 du Code de procédure pénale. L'alinéa 1 du II dispose « *Le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». Lorsque ces faits sont commis par une personne condamnée pour crime, la peine et le montant de l'amende sont doublés.

L'article A38 du Code de procédure pénale<sup>847</sup> fixe la nature des segments d'ADN (STR) sur lesquels les analyses destinées à l'identification génétique peuvent porter.

A la date du 30 juin 2015<sup>848</sup>, un total de 3 006 991 profils, étaient enregistrés au FNAEG et 472 505 d'entre eux correspondaient à des personnes condamnées. Le total de traces inconnues enregistrées s'élevait à 254 038 et 73 462 rapprochements de profils avaient permis la résolution d'une affaire.

Le ministre de l'intérieur n'était pas en mesure, à cette époque de préciser le nombre de cas dans lesquels des accusés ont pu être innocentés sur la base de leur profil génétique<sup>849</sup>

---

<sup>846</sup> Article 80 : Le titre XX du livre IV du Code de procédure pénale est complété par un article 706-56-1-1 ainsi rédigé : « Art. 706-56-1-1. - *Lorsque les nécessités d'une enquête ou d'une information concernant l'un des crimes prévus à l'article 706-55 l'exigent, le procureur de la République ou, après avis de ce magistrat, le juge d'instruction, peut requérir le service gestionnaire du fichier afin qu'il procède à une comparaison entre l'empreinte génétique enregistrée au fichier établie à partir d'une trace biologique issue d'une personne inconnue et les empreintes génétiques des personnes mentionnées aux premier et deuxième alinéas de l'article 706-54 aux fins de recherche de personnes pouvant être apparentées en ligne directe à cette personne inconnue* »

« *Le nombre et la nature des segments d'ADN non codants nécessaires pour qu'il soit procédé à cette comparaison sont fixés par arrêté du ministre de la justice et du ministre de l'intérieur.* »

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032627231&categorieLien=id>

<sup>847</sup> Relatif au fichier national automatisé des empreintes génétiques. Modifié par arrêté du 10 Août 2015 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&idArticle=LEGIARTI000006514628>

<sup>848</sup> Données fournies par le gouvernement en réponse à la question N° 79728 de M. Sergio Coronado au ministre de l'intérieur concernant le nombre d'empreintes génétiques contenues dans le fichier du FNAEG. Question publiée le 19/05/2015 réponse publiée le 08/12/2015. <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-79728QE.htm>

<sup>849</sup> *Ibid* S'agissant du nombre de « personnes innocentées », la direction d'application du fichier, qui n'est pas destinataire des suites judiciaires survenues après l'enregistrement des profils dans le fichier, n'est pas en mesure de comptabiliser le nombre d'empreintes contenues dans la base appartenant à des personnes ayant bénéficié d'une mesure de relaxe ou d'acquittement devenue définitive

Deux ans plus tard<sup>850</sup>, le nombre total de profils enregistrés était passé à 3 899 482 provenant de 536 868 condamnés, 2 965 382 suspects et 397 232 traces. A la même date, un total de 212 065 rapprochements se décomposant en 31 376 de type trace/trace et 180 689 de type trace/individu ont été effectués.

#### **Chapitre 4. L'élargissement controversé des bases de données génétiques**

**355.** A partir des années 90, l'établissement des profils génétiques a provoqué un bouleversement des pratiques légales dans plusieurs pays en fournissant aux juges et jurés une nouvelle approche dans l'évaluation de la culpabilité ou de l'innocence des accusés.

**356.** Deux aspects, qui posent des questions à la fois juridiques et éthiques retiendront notre attention ici. D'une part, les vives discussions et oppositions relatives à l'admissibilité des profils génétiques comme élément de preuve, à charge ou à décharge qui ont animé les milieux juridiques et journalistiques dans les pays anglo-saxons ont atteint leur paroxysme et pris une nouvelle dimension criminalistique avec le développement des progrès techniques permettant l'analyse de quantités infinitésimales d'ADN (1) et d'autre part certaines orientations, prises pour l'instant essentiellement aux États-Unis et en Grande Bretagne, en ce qui concerne l'utilisation de bases de données très larges pouvant être ultimement générées sur la base d'un profilage général de la population soulèvent des questions fondamentales en ce qui concerne les atteintes potentielles à la protection du soi (2).

##### *Section 1. La fiabilité des profils génétiques à l'épreuve de la validation juridique*

**357.** L'introduction de nouvelles méthodes scientifiques dans les plus intimes aspects de nos sociétés a toujours été accompagnée d'une réticence d'un grand nombre d'individus confrontés au changement, mais surtout à une peur de l'inconnu. Cette problématique a été très largement abordée dans une multitude d'ouvrages traitant des conséquences sociétales du progrès scientifique, aussi bien sur les plans psychologique que sociologique.

---

<sup>850</sup> Données aimablement communiquées par M. P. Fanardjian (Laboratoire de Police Scientifique de Paris)

Les oppositions aux progrès des sciences du vivant déclenchent souvent des réactions de rejet irrationnelles<sup>851</sup>, pondérées ultérieurement par une évaluation plus sereine de leurs tenants et aboutissants. Il est également aisé de comprendre le sentiment désagréable, que peuvent ressentir nombre d'individus, mis face à la nécessité de devoir abandonner « quelque chose qui fonctionne » pour des innovations dont les avantages, réels ou non, ne sont pas toujours clairement expliqués par un trop grand nombre de correspondants de presse spécialisés, plus avides de sensationnalisme que soucieux de diffuser une information scientifique de qualité. Jean Rostand<sup>852</sup>, dont les travaux ont jeté les fondations de nouvelles approches dans le domaine de la fécondation, considérait qu'il n'est de bonne « vulgarisation » scientifique, dans son acception la plus noble, que celle qui est effectuée par des personnes compétentes<sup>853</sup>.

**358.** Les nouvelles idées ont du mal à percer et à faire leur niche dans des sociétés où la libre pensée est malheureusement grignotée de toute part. L'histoire des sciences en a fourni de nombreux exemples qui dépassent largement le cadre de notre étude. Ils traduisent la difficulté de mise en œuvre et la diffusion de nouvelles avancées techniques bouleversant des concepts bien ancrés, car elles ne peuvent s'opérer et avoir de sens que de manière consensuelle<sup>854</sup>.

Au sein de la communauté scientifique la consensualité s'acquiert sur des faits et l'utilisation des analyses ADN en criminalistique n'a évidemment pas échappé à la critique.

---

<sup>851</sup> Voir à ce sujet l'article de Edouard H. "Les promesses de l'utérus artificiel" paru le 1er mai 2017 dans la série Sujets de Société de Contrepoints. « *Comme avec beaucoup de technologies nouvelles ayant trait au vivant ou avec certaines pratiques comme le travail sexuel, une grande partie de l'opposition est liée non pas à un raisonnement calme et réfléchi mais à des sentiments. Un sentiment de scandale moral se crée chez la personne, qui essaie ensuite de trouver des manières de rationaliser sa réaction.* »

[https://www.contrepoints.org/2017/05/01/288161-promesses-de-luterus-artificiel?utm\\_source=Newsletter+Contrepoints&utm\\_campaign=b3c43e4a7a-Newsletter\\_auto\\_Mailchimp&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_865f2d37b0-b3c43e4a7a](https://www.contrepoints.org/2017/05/01/288161-promesses-de-luterus-artificiel?utm_source=Newsletter+Contrepoints&utm_campaign=b3c43e4a7a-Newsletter_auto_Mailchimp&utm_medium=email&utm_term=0_865f2d37b0-b3c43e4a7a)

<sup>852</sup> Biologiste, philosophe, écrivain, et historien des sciences, J. Rostand entra à l'Académie Française en 1959.

<sup>853</sup> J. ROSTAND à B. PERBAL lors d'un entretien scientifique personnel en 1965. J. Rostand reçu en 1959 le Prix UNESCO Kalinga de vulgarisation scientifique créé en 1951. <http://www.unesco.org/new/fr/natural-sciences/science-technology/sti-policy/global-focus/science-popularization/prizes/kalinga-prize/>

<sup>854</sup> Conservatisme qui n'est pas l'apanage des Sciences ... « *Car si les faits bousculent le droit, la doctrine s'évertue souvent à montrer et à démontrer que les vieux concepts sont les mieux à même de répondre effectivement aux défis d'aujourd'hui et de demain. L'intention est alors cependant de "conserver" ou de préserver ce qui est connu, théorisé, et qui semble fonctionner, d'où parfois certaines résistances dogmatiques à l'évolution, au changement* ». F. SIIRIAINEN « L'appropriation de l'information » (2001) p128, Immatériel, Nouveaux concepts Dir. J. DE BANDT et G. GOURDET Economica, Paris

**359.** A la lecture de ce que nous avons présenté dans les paragraphes précédents, on aurait pu être tenté de penser que les conclusions d'une analyse criminalistique de l'ADN qui reposerait sur une base scientifique solide et largement adoptée allait permettre aux juges et au jurés d'être informés de manière objective afin qu'ils puissent délibérer en toute connaissance de cause.

Le Committee on DNA Technology in Forensic Science recommandait ainsi en 1992<sup>855</sup> que l'utilisation des analyses d'ADN à visées médico légales et criminalistiques soit poursuivie et qu'il n'y avait pas lieu d'imposer un moratoire général concernant l'utilisation des résultats de profilage d'ADN, aussi bien lors des investigations en laboratoire qu'à la Cour<sup>856</sup>. Quatre ans plus tard, le même Comité publiait un rapport dans lequel il déclarait que « la technologie de profilage d'ADN et les méthodes utilisées pour estimer les fréquences statistiques avaient progressé et atteint un point où la fiabilité et la validité des résultats obtenus avec de l'ADN correctement prélevé et analysé ne devrait pas être mise en doute »<sup>857</sup>.

Très rapidement, les analyses ADN ont été présentées comme la solution miracle, virtuellement infaillible, pour confondre les coupables et disculper les innocents faussement accusés et bien avant que le phénomène prenne forme en France, plusieurs États d'Amérique du Nord s'engagèrent dans la voie du renouveau juridique porté par la génétique moléculaire.

**360.** Malheureusement, alors que l'âge d'or de l'ADN juridique prenait son essor, la réalité judiciaire révéla ses faiblesses face à l'absence d'un consensus scientifique suffisant vis à vis de nouvelles techniques performantes et à la pollution des conclusions expérimentales par des mauvaises pratiques humaines.

---

<sup>855</sup> « A Statement by the Committee on DNA Technology in Forensic Science. On April 14, 1992, The New York Times printed an article on this report. That article seriously misrepresented the findings of the committee; in an article on April 15, the Times corrected the misrepresentation. To avoid any potential confusion engendered by the April 14 article, the committee provides the following clarifying statement: We recommend that the use of DNA analysis for forensic purposes, including the resolution of both criminal and civil cases, be continued while improvements and changes suggested in this report are being made. There is no need for a general moratorium on the use of the results of DNA typing either in investigation or in the courts. » Committee on DNA Technology in Forensic Science, National Research Council « DNA Technology in Forensic Science » (1992) National Academy Press Washington D.C.

<sup>856</sup> Cette déclaration confirmait l'intérêt exprimé par le Comité de Biologie en 1988 vis à vis de l'apport de la technologie de typage basé sur l'analyse d'ADN dans le cadre des sciences judiciaires et mettait fin ainsi à la polémique injustifiée initiée puis rétractée par le New York Times (éditions du 14 et du 15 avril 1992)

<sup>857</sup> « The technology for DNA profiling and the methods for estimating frequencies and related statistics have progressed to the point where the reliability and validity of properly collected and analyzed DNA data should not be in doubt. » Committee on DNA Technology in Forensic Science, National Research Council. « The Evaluation of Forensic DNA Evidence » p2 (1996) National Academy Press Washington D.C.

En effet, la communauté scientifique ne s'exprimait pas à l'unisson vis à vis de la valeur accordée par les juges et les jurés lors des audiences à la Cour, aux calculs statistiques des profilages génétiques et un débat très vif, largement commenté dans la presse spécialisée<sup>858</sup> eut à l'époque, des répercussions importantes sur l'admissibilité des résultats d'analyse ADN dans les délibérations de plusieurs Cours<sup>859</sup>.

Il est essentiel, pour dédramatiser les polémiques nées de ce type situation, de bien évaluer les forces et les incertitudes des nouvelles techniques et des éléments qu'elles apportent aux jurés et aux juges pour les aider dans leur décision (1), avant d'aborder les aspects qui peuvent remettre en cause l'infailibilité des tests génétiques (2).

### §1. Les espoirs et les déconvenues de la criminalistique génétique

**361.** Dans un contexte social et judiciaire où l'utilisation des profils génétiques prend un importance grandissante, il est essentiel de bien cerner dans la chaîne de raisonnement conduisant ultimement à la condamnation ou à la disculpation des accusés, les questions dont les réponses doivent guider la démarche analytique des juges et des jurés qui ont la charge de déterminer si les évidences génétiques qui leur sont présentées peuvent être considérées comme éléments de preuve à charge ou à décharge.

Si on peut comprendre aisément que toute erreur doive être évitée, il est également essentiel que lors de l'interprétation et de la présentation des résultats aux membres de la Cour, aucune place ne soit laissée à l'exagération<sup>860</sup>, qu'elle soit négative ou positive.

---

<sup>858</sup> Ce débat de spécialistes, qui dépasse très largement le cadre de notre étude, portait sur la signification des calculs statistiques concernant les répétitions en tandem en nombre variable (VNTR) et leur utilisation dans un cadre légal pour des individus de différentes origines ethniques. L. ROBERTS « Fight erupts over DNA fingerprinting » *Science* (1991) 254 :1721-1725; R.C. LEWONTIN and D. L. HARTL « Population genetics in forensic DNA typing » *Science* (1991) 254 :1745-1752

<sup>859</sup> *Ibid* ROBERTS; Par exemple, dans l'affaire *People v. Barney* (No. A048789. First Dist., Div. Three. Aug. 5, 1992) le juge J. Chin déclara que l'une des raisons pour lesquelles les résultats d'analyse ADN ne pouvaient être prises en compte tenait au fait que les calculs statistiques utilisés dans cette technique ne faisaient pas l'unanimité dans le monde scientifique « We conclude the admission of the DNA analysis evidence in the present cases was error for two reasons: (1) the absence of general scientific acceptance as to the statistical calculation process and (2) lack of the third-prong inquiry » La question est de savoir si ces erreurs furent préjudiciables ou sans conséquences graves « The remaining question is whether the errors were prejudicial or harmless »; Voir également R. S. KRAMER « Admissibility of DNA statistical Data : A Proliferation of Misconception » (1993) *California Western Law Review* 30: 145-178

<sup>860</sup> J. J. KOEHLER « Error and Exaggeration in the Presentation of DNA Evidence at Trial » *Jurimetrics* (1993) 34: 21-39 <http://www.jstor.org/stable/29762319>

Deux questions fondamentales auxquelles des réponses objectivement étayées par les analyses d'ADN doivent permettre de répondre concernent A) l'origine des traces et la certitude que les empreintes génétiques analysées proviennent bien du suspect et B) la force de la corrélation établie entre le profil ADN du suspect et la base de données lorsque les quantités d'ADN prélevées sont infinitésimales.

#### *A. L'authenticité des traces*

**362.** La méthodologie d'établissement des profils génétiques basée sur l'utilisation des marqueurs STR ayant connu un succès grandissant auprès des différents services de police scientifique aux États-Unis et en Europe, le besoin d'un accroissement de sensibilité se fit de plus en plus pressant. Cependant, c'est dans un contexte scientifique tendu que furent envisagées des modifications techniques visant à établir des profils génétiques à partir de traces contenant des très faibles quantités d'ADN.

L'établissement de profils génétiques reposant sur la visualisation de fragments polynucléotidiques amplifiés à partir d'une matrice d'acide nucléique, la sensibilité de la technique est conditionnée par plusieurs facteurs expérimentaux critiques dont l'un d'entre eux est la quantité initiale d'ADN présent dans les échantillons prélevés<sup>861</sup>.

La technique désignée communément LCN (Low copy Number) qui permet d'analyser des échantillons contenant un très faible nombre de copies d'ADN, fit une entrée remarquée dans l'arène des tests génétiques à vocation juridique car elle fut au centre d'une vive polémique concernant le poids à accorder aux rapports d'experts présentés lors des audiences devant les tribunaux.

---

<sup>861</sup> Le processus d'amplification par PCR nécessite, comme toute réaction enzymatique, la mise en présence pendant un temps donné, de concentrations spécifiques de substrat et d'enzyme, dans un milieu réactionnel de pH et salinité définis. Dans la réaction décrite ici, le substrat est constitué par l'ADN cible ayant subi une dénaturation thermique préalable pour permettre son association (hybridation) avec les amorces (amplimères) spécifiques des différents STR. La copie des deux brins dénaturés hybridés aux amorces est réalisée par ajout en une seule fois au début de l'amplification, d'une quantité bien déterminée d'enzyme thermostable telle que la Taq polymérase. A chaque cycle, l'ADN est copié et la quantité de produit double. Cela signifie que la quantité de produit obtenu après n cycles d'amplification est égale à  $2^n$

**363.** L'analyse LCN<sup>862</sup> fut développée en 1999 par le FSS britannique pour établir des profils génétiques à partir de traces ne donnant pas de résultat significatif avec le système SGMPlus. Elle reposait sur l'utilisation d'un plus grand nombre de cycles de PCR et la modification des conditions réactionnelles<sup>863</sup>, qui conduisaient ainsi à la production de quantités suffisantes d'ADN pouvant être analysées par électrophorèse et photométrie.<sup>864</sup>

L'augmentation de 8 cycles dans la procédure devait aboutir à une augmentation considérable de l'ADN produit puisqu'en passant des 28 cycles de l'analyse SGMPlus, à 34 cycles dans le cas de méthode LCN, le nombre de copies générées à partir de la matrice initiale croissait de 268 435 456 (2<sup>28</sup>) à 17 179 869 184 (2<sup>34</sup>). Il devenait ainsi possible d'amplifier les STR contenus dans des quantités d'ADN de l'ordre de quelques dizaines de picogrammes<sup>865</sup> qui pouvaient être retrouvées dans les cas où les quantités de traces laissées sur différents objets collectés sur les lieux d'infractions criminelles ne permettaient pas une identification STR classique<sup>866</sup>.

La technique d'analyse LCN, employée avec succès dès le début des années 2000<sup>867</sup>, avait fait naître l'espoir que les quantités minimales d'ADN contenu dans certaines traces ne constituent plus un frein dans l'établissement des profils génétiques.

---

<sup>862</sup> Low Copy Number (LCN) DNA analysis

<sup>863</sup> Les modifications apportées peuvent concerner une diminution de la concentration saline, la pureté de produits, la réduction des volumes réactionnels, etc. Voir C. WORD « What is LCN ? Definitions and Challenges » (2010) Promega Corporation <https://france.promega.com/resources/profiles-in-dna/2010/what-is-lcn-definitions-and-challenges/>

<sup>864</sup> Selon New England Biolabs, il est recommandé d'utiliser entre 1 nanogramme et 1 microgramme d'ADN génomique pour une réaction de PCR au cours de laquelle 25 à 30 cycles sont effectués <https://www.neb.com/tools-and-resources/usage-guidelines/guidelines-for-pcr-optimization-with-taq-dna-polymerase>

<sup>865</sup> On admet en général que 100 à 200 pg d'ADN cellulaire constituent une quantité optimale de matrice. Pour mémoire, 200 picogrammes d'ADN correspond à la quantité contenue dans environ 33 cellules humaines nucléées. Les trousseaux commerciaux validés par plusieurs laboratoires de recherche recommandent l'utilisation d'environ 1 ng de matrice

<sup>866</sup> Une technique similaire mise au point en 1997 permet d'établir un profil partiel génétique satisfaisant à partir d'une seule cellule, mais seulement dans 50% des cas. Selon les auteurs eux-mêmes, une validation de la technique était nécessaire avant son utilisation judiciaire. I. FINDLAY, et al. « DNA fingerprinting from single cells » *Nature* (1997) 389 : 555-556

<sup>867</sup> R v Bamber. Neutral Citation Number: [2002] EWCA Crim 2912 Case No: 20011745 S1 <http://www.homepage-link.to/justice/judgements/Bamber/index.html>; The Queen v Murdoch [2005] NTSC 77 <http://www.supremecourt.nt.gov.au/doc/judgements/2005/ntsc/ntsc077.html>; S. ELVIDGE « Forensic Cases : The M25 Rapist, Antoni Imiela » (2006) <http://www.exploreforensics.co.uk/forensic-cases-m25-rapist-antoni-imiela.html>; Castree UK reports: Kiszko UK reports: Murder DNA match 'one in billion' - (29 October 2007) <http://netk.net.au/UK/UK133.asp>; N. BUNYAN « Lesley Molseed murderer given life sentence » The Telegraph (13 Nov 2007) <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1569220/Lesley-Molseed-murderer-given-life-sentence.html>



## *B. Les faiblesses générées par une très grande sensibilité*

**364.** L'une des principales réticences scientifiques exprimées vis à vis de cette évolution technique concernait l'apparition d'effets stochastiques fréquemment associés à l'utilisation de quantité insuffisante de matrice et dont il fallait tenir compte<sup>868</sup>.

Lorsque qu'un locus est amplifié de manière équilibrée, la quantité d'ADN détectée pour chaque allèle est identique. Si une amplification stochastique se produit, les deux allèles d'un même locus peuvent être amplifiés de manière quantitativement différente et donner des pics dans le profil génétique final qui suggèrent qu'ils viennent de deux personnes différentes. Dès 2001, plusieurs scientifiques du FBI avaient mis en garde la communauté scientifique légale des risques encourus lors de l'utilisation des techniques d'amplification extrêmes sur des échantillons contenant de trop faibles quantités d'ADN.<sup>869</sup>

Si dans une analyse STR classique, les profils de l'ADN du suspect et de l'ADN d'une pièce à conviction diffèrent par l'absence d'un pic, l'exclusion de corrélation conduirait à la disculpation du suspect.

Dans le cas d'une analyse de type LCN, ce type de disparation de pics peut se produire à plusieurs sites et conduire à un profil très différent de celui qui aurait été obtenu avec des quantités d'ADN plus importantes.

Cette problématique peut devenir cruciale si elle n'est pas comprise et maîtrisée par les techniciens qui effectuent les analyses et à qui l'on demande (le fournisseur du kit) d'avoir une appréciation subjective sur la raison de l'absence de certains pics. Remettre dans les mains de l'analyste le choix de décider entre « absence de corrélation » et « résultat non significatif » fut considéré comme dérangeant par certains juristes. Une question qui peut être approfondie et

---

<sup>868</sup> L'obtention d'un profil ADN exploitable devient difficile en raison de l'amplification stochastique des allèles lorsque des quantités trop faibles d'ADN matrice sont utilisées. J. M. BUTLER, C.R. HILL « Scientific Issues with Analysis of Low Amounts of DNA » (2010) Promega Resources. Profiles in DNA.

<https://france.promega.com/en/resources/profiles-in-dna/2010/scientific-issues-with-analysis-of-low-amounts-of-dna/>; E. MARGUERON « Évaluation d'une technique d'amplification du génome entier pour une application forensique » (2014) Travail de diplôme. Unité de Génétique Forensique. Centre Universitaire Romand de Médecine Légale Lausanne. Suisse

<sup>869</sup> Bruce BURLOW et ses collègues du FBI avaient déjà à l'époque, évoqué la possibilité que les profils génétiques obtenus dans ces conditions ne soient pas fiables (cité par W. C. THOMPSON, L. D. MUELLER, D. KRANE (2012) « Forensic DNA Statistics: Still controversial In Some Cases » Legal Studies research Paper Series N° 2013-122, School of Law, University of California Irvine, USA

discutée au sein d'un laboratoire, devient une source de désaccord entre experts lors d'un jugement.

**365.** Ce type de décision laissée à l'appréciation d'un analyste laxiste ou incompetent fut au centre de la condamnation injuste à la peine capitale de R. Lovitt<sup>870</sup>. Après avoir extrait de l'ADN sanguin prélevé sur la veste du suspect, l'analyste conclut que le résultat du test ADN n'était pas concluant, alors qu'une expertise ultérieure des résultats démontra que le sang prélevé sur la veste du suspect était le sien et pas celui de la victime.

L'ampleur du problème fut illustrée par une étude dans laquelle 17 analystes qualifiés provenant de laboratoires accrédités, eurent à analyser, indépendamment l'un de l'autre, les traces d'ADN qui avaient conduit à la condamnation d'un individu pour viol en bande organisée. Douze d'entre eux conclurent que l'individu soupçonné ne devait pas être inculpé et considéraient que le profil d'ADN excluait sa participation. Quatre jugèrent que les résultats qu'ils avaient obtenus n'étaient pas concluants. Un seul conclut que l'individu était un possible contributeur au mélange d'ADN analysé et confirma que l'interprétation des résultats qui avaient conduits l'individu en prison était correcte<sup>871</sup>.

---

<sup>870</sup> W. C. THOMPSON et R. DIOSO-VILLA « Turning a Blind Eye to Misleading Scientific Testimony » *Alb L J. Sci & Tech Albany* (2013) 18: 151-204, 2008 Dans cette superbe et complète analyse critique, les auteurs décortiquent comment les erreurs profondes de jugement commises par les juges, avocats et experts ont conduit injustement R. LOVITT à la peine de mort. Après une longue bataille et plusieurs procédures, il fut finalement gracié mais condamné à la prison à vie

<sup>871</sup> I.E. DROR, G. HAMPIKIAN « Subjectivity and Bias in Forensic DNA Mixture Interpretation » *Science and Justice* (2011) 51 : 204-208, (cité par W. C. THOMPSON, L. D. MUELLER, KRANE D. ; V. *supra* n° 364). Dans leur article, les auteurs estiment que leur travail n'est qu'une étape dans l'analyse du rôle de la subjectivité et des préjugés potentiels dans l'interprétation des résultats obtenus avec des mélanges d'ADN. Cependant la reconnaissance et la compréhension du rôle et des faiblesses de la cognition humaine lors des analyses criminalistiques constitue une étape importante dans la conceptualisation de la science criminalistique et son amélioration. « The work presented here is a step in addressing the subjectivity and potential for bias in DNA mixture interpretation... acknowledging the role of the human examiner, understanding the role (and weaknesses) of human cognition in making forensic comparisons (including DNA mixtures), is an important step in correctly conceptualizing forensic science and finding ways for improvements ». Les auteurs rappellent aussi qu'une étude présentée en 2006 par W.C. THOMPSON et B.R. McCORD révélait que les probabilités retenues pour les mêmes analyses d'électrophérogramme variaient de 1 pour 434 600 à 1 pour 1,18 x10<sup>15</sup>. Cependant Il est vrai que même si ces statistiques divergent énormément, elles conduisent tout de même à une conclusion identique. « Pour moi disait Kenneth Kidd de l'université de Yale, cela ne fait aucune différence que la probabilité de correspondance de l'ADN du suspect et des traces relevées aient 1 sur 800 000 ou 1 sur 5 millions de chances de correspondre, et cela n'importe certainement pas non plus pour un jury » « It makes absolutely no difference to me if the number is 1 in 800 000 or 1 in 5 million, says Kidd, adding that it probably doesn't matter to a jury either » (cité par L. Roberts, 1191V. *supra* n° 360)

**366.** Un coup d'arrêt brutal à l'application de l'analyse d'ADN par la méthode LCN en Grande Bretagne, fut donné en 2007 lors du jugement de S. Hoey<sup>872</sup> suspecté d'être impliqué dans l'attentat de Omagh en Irlande.

L'attaque terroriste de Omagh fut perpétrée en 1998 dans un contexte social complexe et très tendu<sup>873</sup>. Ce fut l'un des 13 attentats dans le cadre desquels S. Hoey fut jugé sur la base de 58 chefs d'accusation pour complot et meurtres avec préméditation, possession et manipulation d'explosifs avec l'intention d'attenter à la vie d'autrui ou de causer des dommages matériels graves. Il était accusé d'avoir mis au point les explosifs utilisés dans plusieurs attentats commis entre 1998 et 2001 et d'avoir été l'artificier de l'attaque du 15 août 1998 à Omagh.

Dans son jugement, le juge Weir précisa que la technique LCN fut choisie pour effectuer un examen des traces ADN éventuellement présentes sur les nombreux objets récupérés sur le site de l'attentat tout en précisant que « au moment où ces objets furent recueillis, les personnes qui les avaient collectés, conservés et transmis, n'avaient pas envisagé la possibilité qu'ils soient utilisés ultérieurement pour des examens de profilage d'ADN »<sup>874</sup>.

La remarque du Juge Weir prenait tout son sens à la lumière des conditions drastiques requises pour garantir la qualité des résultats obtenus par la méthode LCN.

C'est dans ce cadre que furent examinés les résultats qui avaient indiqué que l'ADN de l'accusé était présent sur des objets collectés dans les conditions décrites ci-dessus.

**367.** Dans une analyse très fouillée et critique<sup>875</sup> tenant compte des arguments présentés par l'accusation et de la défense, le Juge Weir a pointé les carences d'un système d'investigation qui

---

<sup>872</sup> Hoey, R. v [2007] NICC 49 ; <http://www.bailii.org/nie/cases/NICC/2007/49.html>

<sup>873</sup> Les problèmes politiques et religieux opposant l'Irlande du Nord et la République parlementaire d'Irlande dépassent très largement le cadre de ce manuscrit mais il nous semble indispensable de renvoyer le lecteur vers ces liens susceptibles de faciliter une première approche vers la compréhension des événements discutés ci-après. The Omagh Bombing [http://www.irishhistorylinks.net/More\\_Links/Omagh.html#Events](http://www.irishhistorylinks.net/More_Links/Omagh.html#Events) Omagh bombing [https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Omagh\\_bombing&oldid=771914821](https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Omagh_bombing&oldid=771914821)

<sup>874</sup> Hoey, R. v [2007] NICC 49 §31 « DNA examination of a type known as "Low Copy Number" was undertaken subsequent to the events of 1998/9 upon quite a number of the items recovered although at the time that they were being recovered the possibility of their being examined for DNA was not considered by those effecting their recovery, storage and transmission. »

<sup>875</sup> Dans son délibéré, le juge Weir présente avec un très grand souci de détail les conditions de l'analyse effectuée suivant la méthode LCN. Ses observations qui occupent 20 des 45 paragraphes du jugement sont un superbe exemple d'analyse objective des faits présentés à la Cour. Le Juge Weir dresse ainsi un constat accablant concernant les problèmes de récupération, emballage, conservation et transmission des échantillons par l'armée, la police et les officiers de police criminelle [(SOCO), dans les attentats de Lisburn (§47), Armagh (§48), Blackwatertown (§49), et Almore Forest (§50)]. Les conditions déplorables dans lesquelles les échantillons prélevés

ne fournissaient pas toutes les garanties requises et la stringence appliquées dans ce type d'analyse par d'autres pays, en particulier aux USA.

Le Juge exprima en particulier son inquiétude profonde à la suite des témoignages de la défense concernant les allégations mensongères d'une « Scenes of crime Officer » (SOCO) devenue ultérieurement Officier de Police, et d'un Détective Inspecteur en Chef qui prétendaient tous deux avoir porté des gants, alors que les photographies prises sur le site les montraient mains nues et que ce type de problème s'était déjà produit<sup>876</sup>.

Outre les divergences des experts ne partageant pas la même appréciation quant à leur utilisation légale et les conditions matérielles dans lesquelles furent manipulés et analysés les différents échantillons, il est apparu que la faiblesse des résultats présentés ne pouvaient convaincre le Juge qui, conscient de l'impact de sa décision sur une population meurtrie par ces événements, devait se résoudre, en absence d'éléments à charge solides et indiscutables, à déclarer S. Hoey non coupable.

## §2. L'infailibilité contestée des tests ADN

### A. Contaminations et mauvaise conduite scientifique

**368.** Les conséquences immédiates de l'arrêt Hoey furent multiples. Au-delà du climat de suspicion très pesant qui a entouré cette affaire, de l'incompréhension des familles touchées au plus profond d'elles-mêmes par l'incapacité des forces de police à faire aboutir les investigations et par la disculpation du seul individu qui avait finalement été accusé<sup>877</sup>, l'affaire Hoey a révélé,

---

furent conservés et transportés entre différents services de police sont illustrées par les mauvais étiquetages, sacs sans étiquettes, et absence d'inventaire pour ne citer que ces exemples (§51)

<sup>876</sup> §50 "I am left in the position that I do not know what if anything I can believe of the evidence of these two and I am satisfied that, had photographs not been available to gainsay their lies, they would have persisted in seeking to and very possibly have succeeded in convincing me that, being at that time (somewhat unusually if the evidence of others is correct) alive to the possibility of DNA contamination, they were wearing suitable protective clothing to obviate such a risk." – « Je me retrouve dans une position où je ne sais plus quoi croire des preuves apportées par ces deux individus, et je suis heureux que grâce à la présence des photographes sur le site qui ont pu contredire leurs mensonges, ils n'aient pu me convaincre que sensibilisés à l'époque par la possibilité de contamination échantillons d'ADN, ils portaient effectivement les protections nécessaires pour éviter un tel risque. »

<sup>877</sup> Omagh bomb accused Colm Murphy cleared by retrial BBC News 24 February 2010 [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/northern\\_ireland/8534193.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/northern_ireland/8534193.stm)

au sein des divers services impliqués dans le traitement des prélèvements des carences profondes dans les procédés de collecte, distribution, traitement, et conservation des échantillons.

Ce type de problème fut également examiné avec le plus grand soin par les pays ayant engagé des analyses LCN au niveau international.

**369.** A la suite du jugement, et après avoir consulté le Crown Prosecution Service (CPS)<sup>878</sup> l'ACPO<sup>879</sup> adressa une requête aux directeurs de la police pour que l'utilisation de l'analyse LCN soit provisoirement suspendue dans les investigations criminelles en Angleterre et au Pays de Galles<sup>880</sup>, afin qu'à la lumière des problèmes soulevés au procès de Omagh, un audit de la situation puisse être conduit pour décider des positions à prendre avant de poursuivre l'utilisation de la technique LCN dans des affaires à venir.

L'examen interne n'ayant révélé aucun problème majeur, il fut suggéré que les résultats d'analyses fournies par le FSS puissent constituer un indice éventuellement admissible lors d'un procès. Cependant le CPS précisa que « bien évidemment, la force et le poids d'un tel indice comme éventuel moyen de preuve devant la cour doivent être évalués en fonction de chaque cas particulier et à la lumière des autres indices disponibles »<sup>881</sup>.

**370.** Ces réserves sont effectivement au cœur du problème, car au-delà de la validité des procédures dont la crédibilité est entachée par l'absence de rigueur de certains individus et des dissensions manifestées par les experts qui sont fréquentes dans la communauté scientifique<sup>882</sup>, la véritable question qui se pose est relative à la prise en compte, comme éléments de preuve à

---

<sup>878</sup> Équivalent du Procureur de la République en France

<sup>879</sup> Association of Chief Police Officers (ACPO). Association maintenant dissoute

<sup>880</sup> DNA test halted after Omagh case BBC News 23 décembre 2007

[http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/7156051.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/7156051.stm)

<sup>881</sup> "Of course, the strength and weight such evidence is given in any individual case remains a matter to be considered, presented, and tested in the light of all the other evidence." The Crown Prosecution Service "Review of the use of Low Copy Number DNA analysis in current cases: CPS statement." (14 Jan 2008) Review of the use of Low Copy Number DNA analysis in current cases: CPS statement

<sup>882</sup> R. Latarjet, spécialiste mondial de radiobiologie et premier Directeur de la Section de Biologie de l'Institut Curie, se complaisait à convaincre ceux qui faisaient appel à sa Sagesse que "c'est du frottement que jaillit l'étincelle", frottement résultant d'espaces exigus dans lesquels évoluaient les chercheurs, ou frottement des idées contraires qui s'entrechoquent positivement

charge ou à décharge, de résultats expérimentaux obtenus par des méthodes qui ne sont pas universellement adoptées.

Comme nous l'avons vu précédemment, le standard DAUBERT<sup>883</sup>, largement accepté comme référence aux États-Unis, considère que si l'opinion d'un expert repose sur une fondation scientifique solide, elle peut être retenue, même si elle n'a pas été largement acceptée.

Cela implique bien entendu que la méthode utilisée ait fait ses preuves dans les mains de chercheurs compétents qui doivent être à même d'évaluer l'irréprochabilité des conditions expérimentales ayant donné lieu aux résultats présentés, mais aussi et surtout, si la qualité des données obtenues est telle qu'elle puisse effectivement justifier de leur présentation devant un jury, en tant qu'élément complémentaire à ceux qui sont déjà présentés à la Cour.

Les considérations divergentes qui sont débattues dans des articles scientifiques spécialisés n'ont pas leur place devant une Cour où les membres du jury ne sont pas préparés à se faire leur propre opinion sur la validité de telle ou telle amélioration technique d'une procédure expérimentale<sup>884</sup>.

En tout état de cause, quelques soient la technique utilisée et la quantité d'ADN présente dans les échantillons analysés, une pratique expérimentale laissant place à la négligence, est non seulement inacceptable au sein d'un laboratoire de recherche mais est absolument intolérable lorsque la vie d'un individu est en jeu.

**371.** La prise en compte des carences humaines mises en exergue dans l'affaire Hoey, a conduit le CPS à déclencher un audit des techniques de LCN et à reconsidérer l'implication des services en charge de la collecte et de l'analyse des échantillons par la police scientifique, pour arriver à l'organisation qui prévaut aujourd'hui<sup>885</sup>.

Alors que techniquement, la méthodologie suivie pour l'analyse des échantillons contenant des très faibles quantités d'ADN fut reconnue tout à fait adaptée, en dépit des difficultés inhérentes à sa mise en œuvre<sup>886</sup>, les conditions de sa bonne application furent très strictement définies<sup>887</sup>.

---

<sup>883</sup> V. *supra* n° 335

<sup>884</sup> Voir par exemple C. MCCARTNEY "LCN DNA: proof beyond reasonable doubt?" *Nat Rev Genet* (2008) 9:325. doi: 10.1038/nrg2362; P.GILL "LCN DNA: proof beyond reasonable doubt? - a response" *Nat Rev Genet* (2008) 9:726; author reply. doi: 10.1038/nrg2362-c1

<sup>885</sup> H. M. WALLACE, et al. « Forensic DNA databases—Ethical and legal standards : A global review » *Egyptian Journal of Forensic Sciences* (2014) 4 : 57–63

<sup>886</sup> B. CADDY, D.R. TAYLOR, A.M. LINCARE « A review of the science of low template DNA analysis. » (2008)

A la suite des investigations, le CPS a, quant à lui, considéré que la technologie d'analyse LCN ne posait en elle-même, aucun problème particulier<sup>888</sup>.

**372.** Alors que l'acquittement de S. Hoey par le Juge Weir défrayait la chronique, certains observateurs firent remarquer que le rejet en bloc des résultats fournis par une technologie dont les forces potentielles n'avaient pas échappé aux analyses objectives, revenait un peu à « jeter le bébé avec l'eau du bain<sup>889</sup> ». La faiblesse des preuves présentées au tribunal résultait essentiellement de dérives expérimentales humaines qui avaient finalement jeté le discrédit sur une méthodologie dont l'utilisation dans des conditions rigoureuses semblait donner entière satisfaction dans d'autres pays<sup>890</sup>. Les profils génétiques établis aujourd'hui dans les laboratoires modernes de criminalistique reposent sur l'emploi de trousseaux multiplexes qui utilisent des conditions similaires à celles décrites pour l'analyse LCN<sup>891</sup>.

---

[http://police.homeoffice.gov.uk/publications/operational-policing/Review\\_of\\_Low\\_Template\\_DNA\\_1.pdf](http://police.homeoffice.gov.uk/publications/operational-policing/Review_of_Low_Template_DNA_1.pdf); DNA technique 'fit for purpose' BBC news 11 Avril 2008 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk/7341251.stm>

<sup>887</sup> J. GILDER, et al. « Comments on the review of low copy number testing » *Int J Legal Med* (2008) DOI 10.1007/s00414-008-0281-z

B. BUDOWLE, A.J. EISENBERG, A. Van DAAL « Validity of Low Copy Number Typing and Applications to Forensic Science » *Croat Med J* (2009) 50 : 207-2017

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2702736/>

<sup>888</sup> Décidée en 2010, la fermeture définitive du FSS intervint en 2012. Toutes les archives et prélèvements du FSS ont été conservés pour pouvoir procéder à un réexamen éventuel ultérieurement. Des entreprises privées contractualisées sont maintenant chargées des analyses génétiques.

<sup>889</sup> C. McCARTNEY Reply: LCN DNA: proof beyond reasonable doubt?--a response. *Nat Rev Genet* (2008) Vol. 9 Issue 9 « The reporting, indeed the judicial summing up, in the Omagh bombing case might not have made it clear that there were full DNA profiles and this case might well be one in which the baby has been jettisoned along with the bathwater. »

<sup>890</sup> Voir en particulier sous B. McCANN « DNA Resources »

[http://www.denverda.org/DNA/DNA\\_INDEX.htm](http://www.denverda.org/DNA/DNA_INDEX.htm) ; et les affaires qui y sont référencées. R V. J. Bamber Neutral Citation Number: [2002] EWCA Crim. 2912 Case No: 20011745 S1

<http://www.homepage-link.to/justice/judgements/Bamber/index.html>; *The Queen v Murdoch* [2005] NTSC 77 <http://www.supremecourt.nt.gov.au/doc/judgements/2005/ntsc/ntsc077.html>; *R. v. Reed, Reed and Garmson* [2009] EWCA Crim 2698 <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2009/2698.html>; *People v Megnath* 2010 NY Slip Op 20037 [27 Misc 3d 405]

[http://law.justia.com/cases/New\\_York/other-courts/2010/2010-20037.html](http://law.justia.com/cases/New_York/other-courts/2010/2010-20037.html); *The Queen v J. W. Lepper* (2005) CA334/04 <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/nz/cases/NZCA/2005/259.html?stem=0&synonyms=0&query=259>; *Wallace v R* [2010] NZCA 46 (3 March 2010) Last Updated: 10 March 2010 <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZCA/2010/46.html>; *United States v. Morgan* 53 F.Supp.3d 732 (S.D.N.Y. 2014) No. 12-CR-223 VM. <https://casetext.com/case/united-states-v-morgan-194>

<sup>891</sup> P. Gill Communication personnelle. Par exemple, le FNAEG utilise aujourd'hui le kit Globalfiler (communication personnelle de P. Fanardjian, INPS LPS75) commercialisé par ThermoFisher Scientific (<https://www.thermofisher.com/order/catalog/product/4476135>) Pour plus d'informations concernant les méthodologies actuelles, les écueils à éviter et les récents cas portés devant les Cours de divers pays, consulter P. GILL « Misleading DNA Evidence : Reasons for Miscarriages of Justice. » (2014) Elsevier Inc.

**373.** On peut considérer deux principales sources de comportement humain susceptibles d'affecter négativement l'image de fiabilité des profils génétiques que ce soit en criminalistique ou en médecine médico légale : le manque de rigueur ou la négligence (1), et la mauvaise conduite scientifique pouvant conduire à la fraude (2)<sup>892</sup>.

#### *1. Négligence et manque de rigueur dans la manipulation des échantillons*

**374.** Certaines négligences peuvent conduire à la contamination involontaire des échantillons. Deux exemples devenus classiques illustrent ce type de problème.

Le premier concerne les efforts déployés par la police allemande pendant une quinzaine d'années pour identifier la femme la plus dangereuse du pays, qualifiée de "Fantôme de Heilbronn". L'analyse de profils d'ADN provenant de traces prélevées sur les sites des crimes associait cette femme à six affaires de meurtres non résolues.

Le Procureur de Sarrebruck commença à avoir des doutes concernant cette meurtrière en série quand les traces de la suspecte furent identifiées lors d'un examen d'ADN relevé sur une pièce d'identité ayant appartenu à une personne décédée dans un incendie, mais ne furent pas retrouvées lors d'une seconde analyse du même document.

L'enquête révéla que l'ADN de la « suspecte » correspondait en fait à celui d'une femme travaillant dans une entreprise non identifiée qui fournissait les tiges cotonnées stériles utilisées pour effectuer les prélèvements<sup>893</sup>.

**375.** L'affaire Anderson a mis en avant une autre source de contamination involontaire dont les conséquences auraient pu être tragiques.

En décembre 2012, lors du cambriolage de son domicile, R. Kumra, multimillionnaire demeurant à San Jose en Californie, fut étranglé devant son épouse avant d'être transporté à

---

<sup>892</sup> W.C. THOMPSON « Forensic DNA Evidence: The Myth of Infallibility » (2013) « Gross Negligence, Scientific Misconduct and Fraud » p237, in Sheldon Krinsky & Jeremy Gruber Eds: Genetic Explanations: Sense and Nonsense, pp 243-271. Harvard University Press

<sup>893</sup> « Selon la BBC, un des laboratoires fournisseur de tiges cotonnées stériles déclara qu'elles n'étaient pas destinées à des procédures analytiques, mais à destination d'usage médical, alors qu'un autre laboratoire prétendait n'avoir reçu qu'aucune consigne indiquant que la tige cotonnée devait être dépourvue d'ADN. BBC News DNA Bungle haunts German Police » 28 mars 2009; <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7966641.stm>



l'hôpital en ambulance. Les informations qu'elle put fournir à la police, conduisirent à l'arrestation de trois individus qui furent accusés de meurtre avec sentence probable de peine capitale.

L. Anderson fut confondu par la présence de son ADN sur les ongles de la victime.

L'avocat associé commis pour sa défense qui employa tous les moyens pour démontrer que Anderson n'avait rien à voir avec ce crime, finit par découvrir que des registres médicaux indiquaient que l'accusé avait été admis, la nuit du crime, à l'hôpital de Santa Clara ou il avait été transporté dans un état de coma éthylique, par les mêmes ambulanciers que ceux qui avaient transporté R. Kumra.

L'enquête établit que les ambulanciers avaient utilisé par inadvertance la même sonde de dosage d'oxygène tout d'abord sur le doigt de l'accusé puis sur le doigt de la victime<sup>894</sup>.

Après que le Procureur eût vérifié les enregistrements prouvant que les ambulanciers avaient effectivement pris en charge les deux personnes le soir du crime, la procédure fut suspendue et fut révélée grâce à la presse<sup>895</sup>. Anderson fut relaxé et put sortir de prison cinq mois après son arrestation, échappant ainsi à une condamnation à mort certaine.

Cette affaire montre à quel point il est facile de condamner en toute bonne foi, sur la base d'un profil génétique clair, un innocent dont l'ADN a pu être transmis, involontairement d'un site à un autre et être ultérieurement détecté par les techniques très sensibles utilisées en criminalistique.

**376.** Plus récemment, il fut admis par les forces de police de Denver que le mauvais fonctionnement d'un robot affecté au traitement des ADN entraîna un mélange d'échantillons

---

<sup>894</sup> Une argumentation du même type fut avancée dans « The People v. Trevor Richard Howell » (H040885 Santa Clara County Super. Ct. No. C1241247, p10) quand l'expert criminaliste de la défense rappela qu'en utilisant la même caméra et les mêmes gants sur les lieux du crime, à l'hôpital et dans la cellule de l'accusé, le policier avait pu transférer, à son insu, de l'ADN pouvant contaminer les échantillons prélevés sur l'accusé. « *Taylor postulated that Police Agent Rivera, by handling the same camera at all three locations (i.e., the scene of the crime, the hospital, and the holding cell), could have transferred DNA to contaminate the samples taken from defendant. Specifically, Taylor noted that Rivera used his camera in the hospital with the same gloved hands he used to take samples from Avalos, thereby creating the possibility of contamination of subsequent samples that were taken.* »

<sup>895</sup> « Millionaire was murdered in home invasion after prostitute he hired tipped off gang about layout of his California mansion » 17 janvier 2013 Daily Mail <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2264032/Millionaire-murdered-home-invasion-prostitute-hired-tipped-gang-layout-California-mansion.html>; T. KAPLAN « Monte Sereno murder case casts doubts on DNA evidence » , 28 juin 2014, The Mercury News. <http://www.mercurynews.com/2014/06/28/monte-sereno-murder-case-casts-doubts-on-dna-evidence/>; M. F. BALDWIN « The Case of the Traveling DNA » (2014) <http://www.sanjosecriminalawoffice.com/the-case-of-the-traveling-dna/>; P. A. SMITH « When DNA Implicates the Innocent » Sci Am (2016) 314 : 11-12

d'ADN pour lequel il fallut deux ans d'investigation afin d'en découvrir les causes<sup>896</sup>. La conséquence immédiate fut l'abandon des charges pour vol retenues contre quatre individus parmi lesquels trois suspects avaient déjà avoué leur participation. Bien que les autorités en cause aient rétabli l'origine de chaque échantillon, les cas qui bénéficiaient du délai de prescription, n'ont pas été représentés devant la justice.<sup>897</sup>

Bien que ce type d'erreur, doive être considéré comme exceptionnel au regard des 2300 échantillons que le laboratoire analysait chaque année, il aurait pu avoir des conséquences plus graves qui n'échappèrent pas aux experts et avocats de la défense. Ces problèmes firent dire que le jury serait à présent plus sceptique face à tous les résultats d'analyse ADN car il ne sera pas possible d'être sûr que l'information elle-même a été conservée correctement et la poursuite des coupables en souffrira<sup>898</sup>.

Le Professeur P. Danielson de l'université de Denver fit remarquer à ce sujet que c'est la chance, et non un contrôle sophistiqué du système utilisé, qui avait permis de mettre à jour le problème<sup>899</sup>.

Le même genre de situation fut rencontrée en 2012 quand une erreur d'utilisation d'une machine automatique décrite comme ce qui était le « nec plus ultra » des systèmes de profilage ADN en Grande Bretagne, conduisit à l'accusation d'un innocent<sup>900</sup>.

---

<sup>896</sup> S. GURMAN « Problem with DNA robot led to Denver police DNA mix-up » (2014) The Denver Post, <http://www.denverpost.com/2014/01/10/problem-with-dna-robot-led-to-denver-police-dna-mix-up/>

<sup>897</sup> L'enquête révéla qu'à la suite d'un blocage de la machine qui se produisit en 2011, le constructeur, consulté au moment de la panne communiqua des instructions de remise en fonction. Soit les instructions étaient incorrectes, soit technicien les avaient mésinterprétées. Il en résulta un mélange d'identification des d'échantillons. Les responsables du laboratoire ne suspectèrent pas d'erreur dans le protocole jusqu'au moment ou lors d'un deuxième blocage survenu en 2013, le technicien qui avait à nouveau contacté le constructeur de la machine, reçut des informations de déblocage qui lui semblèrent différentes des premières. L'analyse des échantillons révéla que leur qualité n'avait pas été affectée, et que l'erreur ne concernait que leur origine

<sup>898</sup> « *The kind of attack you're going to now see is that the jury should be skeptical of all DNA results because you never know if the information itself was stored correctly by DPD. This is damaging to law enforcement and damaging to Denver prosecutors.* »

<sup>899</sup> " He said luck, rather than sophisticated quality control systems, led to the discovery of the problem. "...Had the instrument not broken down a second time, they would have continued to think those samples processed in 2011 were correctly processed," Danielson said. "Incidents of cross-contamination or sample mix-ups can occur and not be detected by the quality- control systems labs currently have in place."

<sup>900</sup> D. H. KAYE « Tres Mal Errors with DNA Evidence » Forensic Science, Statistics & the Law du 16 janvier 2014 <http://for-sci-law.blogspot.fr/2014/01/tres-mal-errors-with-dna-evidence.html>;

A. RENNISON Report into the circumstances of a complaint received from the Greater Manchester Police on 7 March 2012 regarding DNA evidence provided

By LGC Forensics Forensic Science Regulator 17 septembre 2012 [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/118941/dna-contam-report.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/118941/dna-contam-report.pdf)

La faute revenait à un technicien qui au lieu d'utiliser un plateau neuf pour procéder aux analyses, réutilisa un plateau ayant contenu des échantillons collectés sur le lieu d'un viol. Incarcéré dans une section où il fut en contact avec de nombreux violeurs et pédophiles, A. Scott fut l'objet d'agressions verbales de la part des autres détenus qui « crachaient sur ceux qu'ils qualifiaient de pédophiles »<sup>901</sup>

Cette affaire déclencha la vérification de 26000 résultats d'analyses qui se sont avérés corrects.

**377.** Il est certain que des incidents de contamination croisée ou de mélange d'échantillons peuvent se produire et ne pas être détectés par les systèmes les plus sophistiqués de contrôle. Aucun protocole n'étant à l'abri de failles, la sagesse voudrait que les résultats d'analyses ADN certes très convaincants, soient considérés avec beaucoup de prudence lorsqu'ils sont utilisés comme éléments de preuve à charge qui devraient être examinés comme des éléments supplémentaires dans le contexte général de l'affaire traitée.

Bien qu'il soit difficile dans ce genre de contexte de réclamer une deuxième analyse contradictoire, il serait opportun de s'arrêter un peu plus longtemps sur les cas litigieux, comme celui de A. Scott qui pouvait prouver qu'au moment des faits qui lui était reprochés, il était à Plymouth, située à des centaines de kilomètres de Manchester ou avait été commis le crime.

**378.** Les protocoles de prélèvements et traitement des traces sur les lieux de crimes ont été soumis à une standardisation méthodologique internationale <sup>902</sup> et à des procédures d'accréditations strictes des laboratoires chargés des analyses.

Malgré cela, plusieurs comportements humains ont entaché le mythe d'infaillibilité<sup>903</sup> des profils génétiques et ont ouvert la porte à des questionnements concernant les méthodes utilisées par les maillons de la chaîne d'accusation<sup>904</sup> et la crédibilité des éléments de preuves présentées à l'appréciation des Juges et Jurés.

---

<sup>901</sup> A. S. ISRAEL « DNA contamination blamed on human error » 4 News du 9 Mai 2012-  
<https://www.channel4.com/news/dna-contamination-blamed-on-human-error>

<sup>902</sup> DNA Database Management Review and Recommendations ENFSI DNA Working Group (April 2009)  
<http://www.dnaresource.com/documents/ENFSIdocumentonDNAdatabasemanagement20092.pdf>; DNA Database Management Review and Recommendations ENFSI DNA Working Group » (April 2016) [http://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/final\\_version\\_enfsi\\_2016\\_document\\_on\\_dna-database\\_management\\_0.pdf](http://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/final_version_enfsi_2016_document_on_dna-database_management_0.pdf)

<sup>903</sup> *Ibid* W. C. THOMPSON « The Myth of Infallibility » V. *supra* n° 373

<sup>904</sup> W. C. THOMPSON « Tarnish on the 'Gold Standard: Understanding Recent Problems in Forensic DNA Testing » (2006) publié sur le site de « The National Association of Criminal Defense Lawyers (NACDL) »

## 2. Mauvaise conduite et fraude scientifiques

**379.** A côté des erreurs involontaires résultant de manquements professionnels aboutissant à une fréquence très anormalement élevée d'étiquetages défectueux<sup>905</sup>, de contaminations croisées et de mélanges d'échantillons, des exemples plus graves de mauvaise conduite scientifique et de fraude allant même, dans certains cas, jusqu'à une analyse malhonnête des résultats<sup>906</sup> ont été relevés.

Le maquillage des résultats scientifiques pour les rendre compatible avec ce que l'analyste souhaiterait établir, est certainement le cas de mauvaise conduite le plus grave et inacceptable, que ce soit dans ce domaine d'application ou au sein de n'importe quel laboratoire de recherche<sup>907</sup>.

Les analystes qui commettent ce genre de fraude scientifique prétendent vouloir éviter aux juges et jurés de trancher dans les inconsistances de résultats considérés comme non significatifs par les experts. Certains vont même jusqu'à « adapter » les résultats qu'ils présentent à la conviction personnelle qu'ils se sont faite de la culpabilité d'un accusé au vu des résultats de l'investigation

---

<https://www.nacdl.org/About.aspx>; Nombre de ces cas furent révélés par des journalistes d'investigation et des médias audiovisuels qui n'hésitèrent pas à faire appel à des experts scientifiques dans leurs recherches et à dénoncer publiquement les agissements inacceptables de certains service de police criminelle dans plusieurs autres États

<sup>905</sup> J. VALLEY « Metro reviewing DNA cases after error led to wrongful conviction » July 7, 2011 Las Vegas SUN. <https://lasvegassun.com/news/2011/jul/07/dna-lab-switch-led-wrongful-conviction-man-who-ser/> Une erreur d'étiquetage avait conduit la police de Las Vegas à condamner un jeune homme de 18 ans qui passa près de quatre ans en prison avant d'être reconnu innocent. Cette erreur a déclenché la vérification des analyses effectuées sur plus de 200 suspects. Le Sheriff D. Gillespie reconnut que l'inculpation injustifiée était uniquement le résultat d'une erreur humaine « *This was not a scientific error or a technical error, but a human error* »

<sup>906</sup> *Ibid* W. C. THOMPSON « Tarnish on the 'Gold Standard' » Dans cet article, W. C. Thompson rapporte le cas d'analystes qui cèdent à la tentation de manipuler les résultats « contrôle » de manière à répondre à la fois aux attentes du public qui idéalisent l'infaillibilité des profils génétiques et aux pressions exercées par la police et les procureurs qui leurs soumettent un nombre croissant d'échantillons à analyser dans des temps et un espace réduit. Les stratagèmes utilisés révèlent une inventivité désarmante; P. C. GIANNELLI « Wrongful Convictions and Forensic Science : The Need to Regulate Crime Labs » *North Carolina Law Review* (2007) 163 : 165-236; *Ibid* W. C. THOMPSON « Forensic DNA Evidence: The Myth of Infallibility » pp 243-271 in Sheldon Krinsky & Jeremy Gruber Eds: *Genetic Explanations : Sense and Nonsense*. Harvard University Press

<sup>907</sup> On déplore aujourd'hui de plus en plus de cas de mauvaise conduite scientifique dans les laboratoires. Les causes sont multiples et englobent à la fois le besoin d'une reconnaissance de réussite personnelle et les méfaits d'une course à la publication « publish or perish » à laquelle sont soumis les chercheurs du monde entier. Voir par exemple pour une discussion sur ce thème B. PERBAL « What kind of a life for a scientific journal ? » *J Cell Commun Signal* (2015 ) 9 : 201-206

policière<sup>908</sup>.

**380.** En 2003, le département de police de Houston a dû fermer le service d'analyse d'ADN et de sérologie de son département de police criminelle après qu'un programme de télévision diffusé en novembre 2012 par la station locale de télévision KHUO-TV ait révélé que les négligences expérimentales et mauvaises interprétations d'analyses effectuées au sein de ce service avaient conduit à l'accusation injustifiée de dizaines d'individus. L'enquête qui fut menée à la suite de la révélation des problèmes, révéla qu'en plus de leurs mauvaises pratiques, certains analystes avaient falsifié leurs résultats et fourni fréquemment des témoignages fallacieux.

La mise au grand jour de ces dérives, qui ne furent malheureusement pas isolées<sup>909</sup>, jeta le discrédit sur les performances d'une technologie qui, utilisée dans des conditions rigoureuses, fournissait par ailleurs des résultats probants<sup>910</sup>. Certains commentateurs pointèrent à cette occasion une carence des instances juridiques de la défense et de l'accusation, qui ont le devoir de veiller à la qualité des éléments de preuves présentés devant la Cour<sup>911</sup>.

**381.** La Cour Suprême du Minnesota avait été la première à rejeter en 1989<sup>912</sup> en tant qu'éléments de preuve, les résultats d'analyses d'ADN effectuées par le laboratoire Cellmark de criminalistique, au motif qu'elles avaient été établies dans des conditions qui selon la Cour, n'avaient pas respecté les recommandations et normes nécessaires qui étaient nécessaires pour en garantir la validité. Il était reproché en particulier au laboratoire Cellmark d'avoir refusé de révéler les méthodes et les bases de données utilisées, interdisant *de facto* la vérification

---

<sup>908</sup> W. C. Thompson rapporte que lorsqu'il demanda à une analyste les raisons pour lesquelles elle n'avait pas tenu compte de profils contradictoires obtenus dans l'analyse d'échantillons relatifs à un viol et cambriolage, elle répondit « Je sais qu'il y a une bonne corrélation - ils ont trouvé le sac à main de la victime dans l'appartement de l'accusé. » « *When I asked one analyst to explain why she had decided to disregard a discrepancy between two «matching» DNA profiles in a rape/robbery case, she responded: « I know it's a good match— they found the victim's purse in [the defendant's] apartment »*

<sup>909</sup> W. C. THOMPSON « Beyond Bad Apples : Analyzing the Role of Forensic Science in Wrongful convictions » *Southwestern University Law Review* (2009) 37 : 971-994

<sup>910</sup> *People of California v Hector Espino* NA076620 (Los Angeles County Superior Court) (March 18, 2009); *United States v Davis* 602 F Supp. 2d 658 (D. Md. 2009); *United States v Williams* 2009 WL 1704986 (C.D. Cal. 2009); *People v Hemant Megnath* 2010 N.Y Slip Op 20037; 2010 N.Y Misc. Lexis 223; *R v Reed, Reed and Garmson* [2009] EWCA Crim 2698; Cités par C. Word V. *supra* n°363

<sup>911</sup> *Ibid* W. C. THOMPSON « Forensic DNA Evidence: The Myth of Infallibility » (2013) V. *supra* n° 373

<sup>912</sup> *State v. Schwartz*, 447 N.W.2d 422 (Minn. 1989)

scientifique des résultats par un laboratoire indépendant, comme cela doit être possible<sup>913</sup>.

La question de l'acceptabilité des données recueillies lors des analyses d'ADN et de leur présentation devant les jurés avait été débattue dans plusieurs affaires, en particulier « The People v. Castro » (144 Misc.2d 956-1989) à la suite desquelles il fut retenu que « les erreurs alléguées dans la manipulation et l'interprétation d'échantillons d'ADN ne devraient pas rendre les conclusions juridiquement inacceptables, mais devraient au contraire être présentées au jury pour qu'il puisse en évaluer le poids vis à vis de la crédibilité des test ADN en tant qu'élément de preuve »<sup>914</sup>.

**382.** L'importance qui devait être donnée, selon les juges, à une présentation claire des données génétiques et de leur pertinence fut rappelée au lendemain du procès de Omagh<sup>915</sup> dans un contexte où le rôle des experts et la place juridique des rapports basés sur l'analyse de faibles quantités d'ADN était encore au centre de vives discussions<sup>916</sup>. Compte tenu du fait que l'analyse des données génétiques des suspects représente une intrusion dans leur vie privée qui peut leur coûter la vie ou l'emprisonnement à perpétuité, tout comportement déviant identifié lors de l'analyse des profils génétiques s'apparente, selon nous, à un viol de l'intimité profonde individuelle.

**383.** Les incertitudes nées de la révélation de nombreuses condamnations injustifiées reposant sur des analyses d'ADN fallacieuses ont ainsi conduit la Commission de Science

---

<sup>913</sup> En outre, la Cour avait été troublée par le fait que le laboratoire reconnaissait avoir commis deux identifications erronées lors de tests de compétence organisés par le California Association of Crime Laboratory Directors « *We are troubled by the fact that Cellmark admitted having " falsely identified two samples as coming from the same subject " during a proficiency test performed by the California Association of Crime Laboratory Directors (CACLD) »* et qu'il n'avait pas satisfait aux critères d'accréditation du FBI leur permettant de présenter les résultats de leurs tests devant une Cour de justice « *The director of Cellmark's Research and Development Laboratory[] admitted that because Cellmark did not meet all the minimum guidelines, such as formal methodology validation and published results of experimental studies in peer review journals, the FBI likely would not consider their test results ready for use in court »*

<sup>914</sup> Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (2009) 348 pages « Some Examples of Judicial Dispositions of Questions Relating to Forensic Science Evidence » p99 The National Academies Press, Washington D.C.USA

<sup>915</sup> R. v. Reed, Reed and Garmson [2009] EWCA Crim 2698. La Cour rappelle que dans les cas où un profil partiel est fourni comme pièce à conviction, « le jury doit être mis au courant de ses limitations intrinsèques et recevoir suffisamment d'explications pour qu'il soit capable d'en évaluer sa recevabilité », « *the jury must be: made aware of its inherent limitations and are given a sufficient explanation to enable them to evaluate it »* comme déjà mentionné dans Rv. Bates [2006] EWCA Crim 1395

<sup>916</sup> C. CHAMPOD « DNA transfert : informed judgment or mere guesswork » *Frontiers in Genetics* (2013) 4:1-3

criminalistique du Texas à revenir en 2015 sur les interprétations de profils génétiques établis au cours de la dernière décennie<sup>917</sup> et après que plusieurs laboratoires de différentes régions du monde aient rencontré des problèmes dus aux mauvaises pratiques et comportements inacceptables mentionnés ci-dessus, des actions ont été menées visant à faire réexaminer les données génétiques présentées à la justice<sup>918</sup>.

Enfin, à San Francisco, des cas fraudes scientifiques perpétrées dans un contexte d'actes discriminatoires racistes et homophobes commis par les forces de police qui furent soumises à un audit par une commission anti-corruption, mirent en cause une technicienne et sa responsable dont les analyses d'ADN douteuses avaient déclenché la vérification de centaines de profils précédemment utilisés en procédure pénale<sup>919</sup>.

### *B. Introduction d'indices fabriqués et de fausses traces sur les lieux de crimes*

**384.** La possibilité que des échantillons contenant des molécules d'ADN fabriquées in vitro grâce aux techniques de la biologie moléculaire, puissent être introduits de manière malveillante sur le site d'un crime, a été envisagée et évaluée expérimentalement<sup>920</sup>, afin de déterminer si une telle pratique permettrait de brouiller les pistes lors de l'interprétation des profils, voire même à faire accuser un innocent ou disculper un suspect.

La première étape de la méthode suivie a consisté à fabriquer des allèles STR synthétiques correspondant à ceux qui sont représentés dans l'ADN témoin livré avec le kit GenomePlex WGA<sup>921</sup>. Plusieurs milliards de copies de chaque allèle furent ainsi clonées individuellement et utilisées comme source d'ADN ajouté aux échantillons biologiques choisis pour les essais (application sur objets divers, addition à des gouttes de sang ou à des extraits salivaires par exemple).

---

<sup>917</sup> C.M. CALE « Forensic DNA evidence is not infallible » *Nature* (2015) 526:611

<sup>918</sup> « Police Use of DNA: Mistakes, Error and Fraud » <http://dnapolicyinitiative.org/police-use-of-dna-mistakes-error-and-fraud/p>

<sup>919</sup> J. Van DERBEKEN « Technician, boss in SFPD lab scandal flunked DNA skills exam » *The Chronicle* du 5 décembre 2014 - <http://www.sfgate.com/bayarea/article/Technician-boss-in-S-F-police-lab-scandal-6169230.php>; V. HO « S.F. police chief, D.A. clash over corruption task force » *SFGate* du 30 mars 2015 <http://www.sfgate.com/crime/article/Gasc-n-Suhr-clash-over-D-A-s-corruption-probe-6168805.php>

<sup>920</sup> D. FRUMKIN et al. « Authentication of forensic DNA samples » *Forensic Sci Int-Gen* (2010) 4 : 95-103

<sup>921</sup> Trousse vendue par Sigma-Aldrich pour l'amplification de génomes entiers (Whole Genome Amplification - WGA) ; R.S. LASKEN, M. EGHOLM « Whole genome amplification: abundant supplies of DNA from precious samples or clinical specimens » *Trends Biotechnol* (2003) 21 : 531-535

Les résultats obtenus ont montré dans un premier temps que l'analyse d'échantillons synthétiques sanguins par un des laboratoires agréés des États-Unis a conduit à l'établissement d'un profil génétique correspondant à celui d'un donneur hypothétique unique.

Des échantillons synthétiques reconstruits à partir de mégots de cigarette ou de salive séchée sur du papier, dans les conditions utilisées par les laboratoires nationaux, donnèrent des résultats tout aussi convaincants. Les auteurs calculèrent que cette méthode peut créer n'importe quel type de profil à partir d'une librairie de 425 clones correspondant à tous les allèles STR utilisés par le CODIS.

**385.** Les auteurs suggéraient dans cet article d'inclure dans tous les tests une mesure du taux de méthylation des marqueurs amplifiés et de vérifier que les profils obtenus sont bien ceux qui sont spécifiques des marqueurs dans l'ADN naturel<sup>922</sup>.

Ces résultats furent relayés dans la presse et donnèrent lieu à un échange assez vif entre deux groupes de chercheurs et les auteurs de cet article en ce qui concernait particulièrement la faisabilité des techniques décrites mais surtout le fait que les auteurs desservent les efforts développés par la police scientifique en décrivant un procédé détaillé qui permettait finalement de tromper les investigateurs<sup>923</sup>.

Il est vrai que si la situation décrite par les auteurs de l'article doit inciter les investigateurs à protéger les bases de données de toutes les tentatives de piratage qui deviennent de plus en plus fréquentes et efficaces, elle n'en reste pas moins un cas exceptionnel.

Si l'on admet que le propre d'une science ouverte est de pouvoir permettre la remise en cause de ce qui fut établi précédemment, il est bien évident que lorsque l'application d'une nouvelle technique peut à terme décider de la vie ou de la mort d'un individu, on doit s'entourer d'un maximum de garanties quant à la validité des résultats obtenus.

Mais il ne faut pas oublier que les problèmes de mauvais diagnostic qui se produisent lors des

---

<sup>922</sup> Il a été établi que certaines bases de l'ADN subissent des additions de groupement méthyle qui sont importantes pour la régulation de l'expression génétique. En première approximation un gène hautement méthylé est silencieux. Le profil de méthylation est très spécifique et peut aussi être considéré comme une signature participant à l'identité génétique individuelle

<sup>923</sup> A. POLLACK « DNA Evidence Can Be Fabricated, Scientists Show » *New York Times*, 17 August 2009; <http://www.nytimes.com/2009/08/18/science/18dna.html>; N MORLING, et al. *Forensic Sci Int-Gen* (2011) 5:249–250; M. BARASH « Comment on: Authentication of forensic DNA samples » *Forensic Sci Int-Gen* (2011) 5:253–254; D. FRUMKIN, A. WASSERSTROM « Authentication of forensic DNA samples » *Forensic Sci Int-Gen* (2011) 5 : 255–256



examens biologiques effectués journallement dans les laboratoires d'analyse privés et dans les établissements hospitaliers peuvent, eux aussi, avoir des conséquences tout aussi graves<sup>924</sup>.

**386.** La récente affaire Merrifield qui nous rappelle à la réalité tenace des mauvaises pratiques scientifiques criminalistiques<sup>925</sup>, pointe du doigt les faiblesses des témoignages oculaires et des abus policiers.

De nombreuses critiques ont été soulevées quant à l'utilisation des profils génétiques comme « évidence à charge » devant les tribunaux, alors que la grande majorité des juges et jurés du monde entier se sont reposés pendant des dizaines d'années sur des témoignages oculaires ou verbaux, pour décider de la condamnation ou de l'acquittement d'un accusé.

Dans le cas présent, la victime avait fourni une description sommaire de son assaillant, dont les caractéristiques physiques ne correspondaient que partiellement à celles du suspect et qui fut cependant retenue comme indice supplémentaire à charge pour la culpabilité du suspect.

**387.** La fragilité des témoignages humains est connue depuis de longue date. J. McKeen Cattell n'écrivait-il pas déjà « *We know that ordinary observation and recollection are not altogether reliable. We do not credit all the stories that we hear, even though we may not doubt the good faith of the narrators; we see that conflicting evidence is offered in courts of justice when no perjury is intended* »<sup>926</sup>. Aujourd'hui encore, de nombreux témoignages oculaires

---

<sup>924</sup> Par exemple, une étude de grande envergure concernant l'analyse de biopsies de prostates révéla que 13 des 6458 échantillons prélevés 2 ans après le début du protocole médical et 1 des 4 777 échantillons prélevés à 4 ans n'étaient pas correctement identifiés. Ce qui représente un taux d'erreur de 0,4% et 0,02 %. La même établit que 31 prélèvements sanguins sur un total de 6 733 effectués étaient incorrectement libellés. Ces nombres nous apparaissent très préoccupants, indépendamment du contexte dans lequel ils furent établis et qui concernait des cancers de la prostate (M. MARBERGER et al. « Biopsy Misidentification Identified by DNA Profiling in a Large Multicenter Trial » *J Clin Oncol* (2011) 29 : 1744 : 1749

<sup>925</sup> C. SOKOL, dans un article du 22 avril 2017 intitulé « Flawed DNA test nearly pinned Spokane man for attempted rape in Beverly Hills », rapporte le cas de M. W. Merrifield qui fut innocenté par un nouveau profil génétique effectué 3 ans après qu'il ait été accusé de viol sur la base d'une analyse d'ADN « baclée » effectuée par les services de Los Angeles et sur la base de deux témoignages oculaires défaillants. (Porté à notre attention par le Pr. J. M. Butler). Sur 60 profils donnant une correspondance possible dans la base CODIS, seul celui du suspect fut retenu, pour des raisons qui sont restées « secrètes » ! (C. SOKOL)

<sup>926</sup> J. MCKEEN CATELL « Measurements of the Accuracy of Recollection Science (1895) II : 761-766. « On sait bien que ni l'observation ordinaire ni la mémoire ne sont vraiment fiables. On n'accorde pas de crédit à toutes les histoires qu'on entend, même si on ne remet pas en question la bonne foi du narrateur ; on constate que des indices contradictoires sont produits devant les cours de justice en absence de toute intention de faux témoignage » James McKeen Cattell fut le premier professeur de psychologie des États-Unis. Il enseigna à

s'avèrent être souvent entachés d'erreur<sup>927</sup> et il est estimé qu'ils pourraient être à l'origine de 71 % des 5 000 à 10 000 condamnations annuelles injustifiées aux USA<sup>928</sup>. Une analyse qualitative des condamnations illégitimes renforce ces évaluations<sup>929</sup>

**388.** Cette problématique préoccupante fut d'ailleurs l'objet d'un rapport volumineux publié après l'organisation d'une réflexion en profondeur par l'Académie des Sciences aux USA<sup>930</sup> dont il ressort cinq recommandations proposées pour renforcer la valeur des témoignages oculaires présentées devant la Cour.

S'il est remarquable de noter que 71% des cas d'inculpation erronée résultaient d'un témoignage oculaire incorrect, la prise en compte de témoignages d'enfants par les forces de police doit être examinée avec soin, comme le montre le trop célèbre cas de trois jeunes personnes, R. Jackson, R. Bridgeman et Wiley Bridgeman qui furent condamnées injustement en 1975 pour vol et meurtre, sur la base du témoignage de E. Vernon, un adolescent de 12 ans<sup>931</sup>. Trente-six ans plus tard, en 2011, le magazine Scene, publiait un article dans lequel étaient discutées en détail les inconsistances du témoignage de Vernon<sup>932</sup>. Après la lecture de cet article, le jeune homme a rétracté son témoignage initial et a déclaré sous serment devant la Cour qu'il ne savait rien de ce qui s'était passé et qu'il avait menti. Il ajouta qu'à l'époque, après avoir entendu des rumeurs accusant R. Jackson et les frères Bridgman, il avait pensé dans un premier temps, aider la police en prétendant avoir vu les présumés coupables, puis s'était ravisé et avait voulu faire rétracter

---

l'université de Pennsylvanie. On lui doit la reconnaissance de la matière comme science digne d'intérêt aux plus hauts niveaux académiques

<sup>927</sup> E. HAYASAKI « Your lying eyes » (2014) Newsweek du 28 novembre pp 40-45

<sup>928</sup> The Innocence Project « DNA Exonerations in the United States. Fast facts »

<https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/> consulté le 3 avril 2017;

M. ZALMAN « Qualitatively Estimating the Incidence of Wrongful Convictions » *Criminal Law Bulletin* (2012) 48:221-279; C. R. HUFF, A RATTNER, E SAGARIN « Guilty until Proved Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy » *Crime Delinquency* (1986) 32 :518-544. C. R. HUFF, A RATTNER, E SAGARIN « Convicted But Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy » (1996) Sage Publications, Inc Thousand Oaks, CA 91320 USA

<sup>929</sup> *Ibid* M ZALMAN

<sup>930</sup> National Research Council. Identifying the Culprit: Assessing Eyewitness Identification. « Identifying the Culprit : Assessing Eyewitness identification » (2014). National Academies Press

<https://www.nap.edu/catalog/18891/identifying-the-culprit-assessing-eyewitness-identification>

<sup>931</sup> Le court compte-rendu des faits produit ici est inspiré de l'article publié par S. R. GROSS *Ibid* ; et des informations publiées en ce qui concerne les cas de « Ricky Jackson » et « Wiley Bridgeman » sur le site du National Registry of Exonerations. <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=4553>; <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=4554>;

<sup>932</sup> K. SWENSON « What the Boy Saw » (8 juin 2011) <http://www.clevescene.com/cleveland/what-the-boy-saw/Content?mode=print&oid=2598138>

son témoignage avant que le procès ait lieu. Les détectives lui auraient alors dit que comme il était trop jeune pour aller en prison, ce seraient ses parents qui seraient arrêtés pour parjure. Devant ces menaces, le jeune adolescent céda. Des éléments supplémentaires présentés à l'audience de 2014, indiquèrent qu'après le premier témoignage de Vernon, la police avait décidé de ne pas entamer d'investigation concernant d'autres suspects très plausibles.

Les trois accusés furent officiellement disculpés et libérés en 2014, 39 ans après leur condamnation à mort<sup>933</sup>.

Les faiblesses du système policier vis à vis des indices et résultats d'investigations approximatives parfois retenus pour considérer un individu comme suspect doivent également être soigneusement considérées<sup>934</sup>.

## *Section 2. Évolution de l'usage des bases génétiques et atteintes potentielles au respect de la vie privée*

**389.** Les analyses génétiques démontrèrent leur grande utilité criminalistique lorsqu'un chevauchement total était obtenu avec des profils d'amplification des STR établis avec l'ADN d'un suspect et ceux d'individus ayant commis des infractions justifiant leur fichage dans des banques de données.

Dans les cas où une correspondance seulement partielle était obtenue, la possibilité fut envisagée que l'auteur du crime puisse être familialement apparenté à l'individu initialement suspecté,

---

<sup>933</sup> Les frères Bridgeman ont décidé de poursuivre en justice les détectives et la ville de Cleveland en 2015. Associated Press Cleveland « Wrongly imprisoned brothers sue detectives and city of Cleveland » <https://www.theguardian.com/us-news/2015/jul/02/wrongly-imprisoned-brothers-sue-detectives-cleveland>

<sup>934</sup> *Ibid* M. ZALMAN « Qualitatively Estimating the Incidence of Wrongful Convictions » V. *supra* n° 387; *Ibid* C. R. HUFF, A RATTNER, E SAGARIN « Guilty until Proved Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy, » *Crime & Delinquency*, (1986) 32 :518-544 V. *supra* n° 387; B. FORST, C. R. HUFF « Preventing Violent Crimes by Reducing Wrongful Convictions » (2017) sous presse. Voir aussi par exemple le cas de R. Williamson et D. Fritz qui furent condamnés respectivement à mort et à la prison à perpétuité en 1988, sur la base de résultats erronés d'examen effectués sur des échantillons de cheveux et de sperme prélevés six ans auparavant sur la victime. Il furent tous deux innocentés en 1999 par les profils génétiques établis 11 ans après leur condamnation (Innocence Project. <https://www.innocenceproject.org/cases/ron-williamson/>). Une critique des méthodes policières utilisées dans cette affaire est très habilement abordée dans l'ouvrage non-fictionnel de J. Grisham « The Innocent Man » (2010) Random House, Inc New York

puisque les STR utilisés dans l'établissement des profils sont transmis héréditairement des parents aux enfants.

C'est ainsi que pour la première fois en 2001, une recherche familiale aussi qualifiée d'investigation en parentèle (ou parentalité) fut effectuée par le FSS en Grande Bretagne.

L'analyse des profils d'ADN franchissait un cap conceptuel très important.

L'outil utilisé jusqu'alors pour établir la confirmation ou l'infirmité de culpabilité devenait un outil d'investigation.

**390.** La nouvelle dimension attribuée à l'analyse des profils génétiques étendue aux membres non fichés de la famille d'un individu suspecté d'avoir commis un crime, en élargissait le champ d'application juridique et permit de faire progresser significativement des enquêtes concernant des affaires non résolues. Cependant, l'utilisation de cette approche a déclenché un questionnement vif concernant les limites éthiquement acceptables de l'extension des bases de données (1) et les nouvelles orientations, nées de l'application des technologies de séquençage total du génome à la criminalistique, qui posent également des problèmes critiques concernant le respect et la protection de la vie privée individuelle (2).

## §1. La recherche criminalistique en parentèle

### A. *Considérations préliminaires*

**391.** Le recours aux analyses familiales d'ADN, dans les pays qui les pratiquent, n'est généralement validé par les autorités compétentes que dans les cas représentant un danger avéré pour la sécurité publique et lorsque les recherches traditionnelles ont échoué<sup>935</sup>. Avant d'entamer une analyse familiale d'ADN, il est essentiel de déterminer à partir de quel niveau de corrélation partielle existant entre le profil provenant d'une pièce à conviction et celui d'un individu conservé dans la base de référence, il est justifié d'analyser le profil des parents proches de l'individu en question<sup>936</sup>.

---

<sup>935</sup> Bien qu'aux États-Unis certaines dispositions de traitement varient d'un État à l'autre, les cas éligibles sont ceux qui répondent à ces deux critères. M. B. FIELD et al. « Study of Familial DNA Searching Policies and Practices – Case Study Brief Series » (2017) (Brief Series) Fairfax, VA : ICF

<sup>936</sup> D. R. PAOLETTI et al. « Assessing the Implications for Close Relatives in The Event of Similar but Nonmatching DNA Profiles » *Jurimetrics* (2006) 46 :161-175

Pour bien comprendre la signification des résultats obtenus, il est important de bien définir les forces et les faiblesses des outils employés et de distinguer l'origine des corrélations partielles observées.<sup>937</sup>

Une recherche en parentèle doit s'appuyer sur un protocole qui permette d'identifier un parent du coupable, en minimisant au maximum la possibilité d'obtenir des faux positifs.

C'est pour cette raison qu'il est indispensable d'appliquer des conditions particulières différentes des conditions standards utilisées dans les dépistages de routine décrits précédemment.

Par exemple, il est possible d'effectuer des recherches avec le logiciel CODIS dans des conditions de stringence faible, moyenne ou forte. L'application de différentes stringences était originellement prévue pour analyser des profils complexes et mettre à jour des éventuelles concordances partielles justifiant le déclenchement d'investigations plus poussées.

Cependant, il est apparu que l'utilisation du CODIS était problématique dans des conditions de stringence plus permissives, car ce logiciel ne tenait pas compte de la fréquence de distribution de certains allèles qui pouvaient être très faiblement représentés dans certaines populations. Par conséquent, les conditions nécessaires à la détection de ces allèles pouvaient devenir trop permissives et favoriser l'obtention de nombreux faux positifs.

Il était donc nécessaire de prendre en compte la rareté des allèles partagés, en plus de leur simultanéité de détection dans les profils analysés<sup>938</sup>.

C'est pour cette raison que les recherches délibérées visant à établir une parenté de profil entre individus doivent être effectuées avec des logiciels spécialisés<sup>939</sup> qui détectent et classent, selon

---

<sup>937</sup> E STEINBERGER, G. SIMS "Finding Criminals Through the DNA of Their Relatives-Familial Searching of the California Offender DNA Database" (2008) Prosecutor's Brief 31: 28-32; J. M. BUTLER "Advanced Topics in Forensic DNA Typing : Interpretation" (2015) Academic Press-Elsevier San Diego CA, Oxford England

<sup>938</sup> A l'issue d'une table ronde organisée en 2016 par ICF International, avec le soutien du ministère de la justice et de l'Institut National de la Justice américains, les participants à la discussion portant sur les politiques et pratiques d'études de recherche familiales d'ADN ont adopté les deux définitions suivantes : « *Familial DNA Searching: A deliberate search of a DNA database using specialized software (separate from CODIS) to detect and statistically rank a list of potential candidates in the DNA database...*; *Partial Matching: A moderate stringency search of a DNA database using the routine search parameters within CODIS that results in one or more partial matches between single-source and non-degraded DNA profiles that share at least one allele at each locus...* » « Recherche familiale d'ADN: recherche délibérée effectuée sur une base de données ADN à l'aide d'un logiciel spécialisé (distinct de CODIS) permettant de détecter et de classer statistiquement une liste de candidats potentiels dans la base de données ADN utilisée ...; Correspondance partielle: recherche de stringence modérée effectuée dans une base de données ADN à l'aide des paramètres de recherche de routine utilisés dans le CODIS, et aboutissant à une ou plusieurs correspondances partielles entre des profils d'ADN de source unique et non dégradés qui partagent au moins un allèle à chaque locus ... »

<sup>939</sup> Certains États américains, au nombre de 24 en juin 2017, reconnaissent l'utilisation d'une recherche de corrélation partielle établie en conditions de stringence réduite sans explicitement admettre les recherches

leur probabilité de concordance, les profils potentiellement attribués aux membres d'une même famille.

Actuellement, les protocoles suivis pour établir avec certitude des relations familiales reposent sur l'analyse de similitudes de marqueurs STR situés sur le chromosome Y. Par conséquent, les recherches familiales telles qu'elles sont pratiquées aujourd'hui, ne permettent pas d'identifier des filiations parentales à partir d'un échantillon d'ADN féminin dépourvu de chromosome Y, ni d'identifier avec certitude des parents féminins à partir d'un échantillon d'ADN masculin.

### *B. Genèse des problèmes éthiques liés à l'utilisation de recherche familiales*

**392.** L'affaire Kappen en Grande Bretagne fut le premier cas d'identification, en 2002, d'un criminel à partir de l'ADN de son fils<sup>940</sup> et l'affaire Harman fut la première dans laquelle une recherche familiale d'ADN permit d'identifier et condamner en 2004 le coupable de la mort d'un conducteur de camion frappé par une brique jetée d'un pont sur le pare brise de son véhicule<sup>941</sup>. Des traces de sang du criminel retrouvées sur la brique, furent utilisées comme source de l'ADN employé pour sonder la database nationale (NDNAD). Aucun résultat n'ayant été obtenu, la police analysa l'ADN collecté sur plusieurs centaines de volontaires vivant dans les lieux proches du crime, sans plus de succès. C'est alors que les autorités décidèrent de procéder à une

---

familiales. L'admissibilité judiciaire de résultats obtenus par les différentes méthodes varie également d'un État à l'autre. Voir S. DEBUS-SHERRILL, M. B. FIELD « Understanding familial DNA searching : policies, procedures and potential impact : Summary overview » (Final Report) (2017) Fairfax, VA : ICF ; M. B. FIELD, S. DEBUS-SHERILL « Study of familial searching policies and practices : National survey of CODIS laboratories brief » (Brief). (2017) Fairfax, VA : ICF ; N. RAM « Fortuity and Forensic Familial identification » *Stanford Law Rev* (2011) 63 : 751-812; voir également la présentation résumée « Familial DNA searches » FindLaw <http://criminal.findlaw.com/criminal-rights/familial-dna-searches.html>

<sup>940</sup> En 1973, trois jeunes filles furent violées, étranglées et leur corps abandonné dans les bois. L'enquête effectuée sur 200 suspects ne donna aucun résultat et les investigations considérées comme négatives furent suspendues, jusqu'en 2000 lorsqu'un scientifique du FSS, le Dr. J. Whitaker, prouva en utilisant la technique de LCN qu'un seul et même individu était responsable de ce triple meurtre, mais aucune concordance totale ne fut établie avec un profil conservé dans la base d'ADN de Grande Bretagne. C'est alors que J. Whitaker eut l'idée en 2001 de rechercher si le criminel pouvait être apparenté à un condamné fiché dans la base de données. Il trouva une correspondance partielle avec le profil d'un individu, Paul Kappen, qui avait été incarcéré pour vol de voiture. Son père Joseph, décédé en 1990, faisait partie des centaines de suspects potentiels qui avaient été interrogés au cours de l'enquête suivant les meurtres. L'exhumation de son corps et l'analyse de son ADN permirent de l'identifier en 2002, comme le triple meurtrier recherché depuis presque 30 ans

<sup>941</sup> S. BHATTACHARYA « Killer convicted thanks to relative's DNA » *New Scientist* (20 Avril 2004)

recherche de corrélation partielle en effectuant un crible sur la base de 11 allèles sur les 20 testés à l'époque<sup>942</sup>.

Les résultats obtenus ayant ouvert beaucoup plus de pistes que la police pouvait prendre en compte, il fut décidé de limiter la recherche aux habitants de deux comtés. Le nombre de pistes possibles tomba à 25. L'un des profils qui donnait une réponse positive pour 16 allèles sur 20 conduisit à un individu dont l'interrogatoire révéla qu'il avait un frère dénommé Craig Harmon. L'analyse de son ADN donna une correspondance parfaite avec l'ADN retrouvé sur la brique et il fut condamné après avoir avoué son crime<sup>943</sup>. Ce type d'approche permit d'augmenter significativement le nombre de cas résolus lorsque des échantillons d'ADN avaient pu être prélevés sur les lieux du crime.

**393.** Alors que la recherche en parentèle avait été déjà appliquée avec succès depuis plusieurs années en Grande Bretagne, sans avoir déclenché d'opposition particulière elle ne fut utilisée que plus tardivement aux USA<sup>944</sup>.

Nous nous arrêterons sur l'utilisation de la recherche familiale d'ADN aux USA car elle fut et reste encore aujourd'hui au centre d'une polémique juridique intense concernant les atteintes à la vie privée et à la protection du soi potentiellement associées à l'emploi de cette approche.

---

<sup>942</sup> Alors que deux personnes prises au hasard ont une chance de partager 6 ou 7 marqueurs, a probabilité d'en partager 11 est tellement faible qu'une réponse positive suggère très fortement que l'échantillon provienne d'un parent proche

<sup>943</sup> A. Jeffreys avait fait remarquer que le score élevé dans ce cas (16 sur 20) suggérait un niveau élevé de concordance, mais que pour des marqueurs fréquents dans la population, des corrélations élevées pourraient donner des scores de 10 sur 20 ou moins. « Même des personnes non apparentées peuvent donner ce genre de concordance. Suivant que vous soyez chanceux ou non, de tels scores peuvent vous conduire immédiatement à une piste ou donner de nombreux faux positifs. » *Ibid* S. BHATTACHARYA

<sup>944</sup> L'exploitation de cette approche par le FSS depuis 2003 jusqu'à sa fermeture en 2012 n'avait pas été remise au cours de procès car elle avait aidé à dénouer des affaires de viols et meurtres qui n'auraient pas été résolues avec les méthodes disponibles à l'époque. En 2014 on pouvait compter un total de 63 cas élucidés par cette méthode dans les pays anglo-saxons, dont 42 en Grande Bretagne, 17 aux États-Unis, 2 en Australie et 1 en Nouvelle Zélande.; « Familial Searches Science of the future : Identifying Criminals through family Members » DNA Forensics News and Information

<http://www.dnaforensics.com/familialsearches.aspx>; « Familial DNA Database Searches » [http://www.denverda.org/DNA/Familial\\_DNA\\_Database\\_Searches.htm](http://www.denverda.org/DNA/Familial_DNA_Database_Searches.htm); M. SMITH, M. MANN « Recent developments in DNA evidence » Trends and issues in crime and criminal justice (2015) 506 : 1-7; pour une compilation très complète des cas de recherche en parentèle, ou en parenté fortuite de profils d'ADN, voir N. RAM « Fortuity and Forensic Familial identification » *Stanford Law Rev* (2011) 63 : 751-812 (V. *infra* n°391)

Les différents points de vue exprimés lors de ces débats pourront très certainement être d'un grand secours pour les États des USA et les autres pays qui n'ont pas encore pris position vis à vis de l'utilisation des recherches familiales comme nouveau moyen d'investigation.

**394.** La première affaire américaine dans laquelle une recherche familiale permit de retrouver un délinquant non fiché dans les bases génétique eut pour point de départ l'effraction de deux voitures, commise en février 2008 à Denver<sup>945</sup>.

L'analyse de l'ADN contenu dans les traces de sang laissées par l'auteur du casse ne permit pas d'identifier l'auteur du délit dans les bases génétiques disponibles.

Dans le cadre d'une étude réalisée sous la direction du bureau du procureur, les enquêteurs utilisèrent un nouveau programme de comparaison de profils d'ADN afin de déterminer si l'ADN du sang pouvait potentiellement provenir d'un individu qui serait apparenté à un délinquant dont le profil ADN aurait déjà été enregistré dans la base de données.

Parmi les six cas présentant un recouvrement potentiel avec celui du coupable de l'effraction, cinq n'étaient pas fructueux. L'un d'entre eux conduisit à un individu préalablement arrêté pour vol de voiture puis à son frère, qui plaida coupable.

Le cheminement suivi fut rendu possible grâce aux dispositions légales propres, à cette époque, aux États de Californie et du Colorado qui étaient en 2010 les deux seuls États américains qui avaient inclus dans leur loi la possibilité d'effectuer des recherches génétiques familiales, consistant à utiliser les profils d'individus condamnés pour identifier des membres de leur famille proche ou éloignée susceptibles d'avoir également avoir commis des crimes<sup>946</sup>.

---

<sup>945</sup> J. SPELLMAN « Using relative's DNA cracks crime, but privacy questions raised » (2009) CNN.COM (Nov. 18, 2009), <http://www.cnn.com/2009/CRIME/11/17/colorado.family.dna>

<sup>946</sup> Dans un bulletin d'information du 24 avril 2008 diffusé par le Bureau of Forensic Services on peut lire que la base de données ADN de Californie est composée d'une base regroupant les profils de criminels ou délinquants, et une base établie à partir des traces relevées sur les lieux d'agression et de crimes. Une corrélation est déclarée significative quand une concordance totale est obtenue entre un profil ADN de la banque de traces et celui d'un suspect. Lorsqu'une concordance partielle est trouvée, la logique suggère que alors que la source de l'ADN prélevé sur les lieux du crime provient d'un individu apparenté au délinquant dont l'ADN donne une concordance partielle....Quand les forces de l'ordre enquêtent sur un cas difficile n'ayant pas été résolu et pouvant avoir des conséquences critiques sur la sécurité du public, elles peuvent demander au Ministère de la Justice l'autorisation de conduire une investigation visant à identifier tous les délinquants de la base de données pouvant être apparentés au coupable inconnu. « *When a crime scene profile is searched against the offender database, a match is declared if the crime scene profile is "exactly" the same as the offender's DNA profile. Logic suggests that if the profiles are not exact, but close, the source of the crime scene profile may be a relative of the offender* » ... « *When a law enforcement agency is investigating an unsolved case that has critical public safety implications, the agency may request that DOJ conduct a modified CODIS search with the objective of identifying any offender(s) in the*



**395.** Alors qu'une trentaine d'affaires criminelles avaient déjà été résolues en Grande Bretagne par des recherches familiales <sup>947</sup>, l'affaire Franklin en Californie, fut le premier exemple de recherche en parentèle ayant permis de résoudre une affaire d'homicides aux États-Unis, avec l'arrestation en 2010 d'un criminel multi récidiviste accusé d'avoir tué au moins dix jeunes filles de la région de Los Angeles <sup>948</sup>. L'utilisation de cette technique permit ultérieurement la résolution de plusieurs autres affaires qui étaient restées non résolues malgré de nombreuses années d'investigation (« cold cases » en anglais).

---

*database who are likely to be related to the unknown perpetrator* » California Department of Justice. Division of Law Enforcement. DNA Partial Match (Crime Scene DNA Profile to Offender) Policy. April 24, 2008 - Le Colorado Bureau of Investigation, quant à lui, déclarait en octobre 2009 qu'une recherche familiale est effectuée à l'aide d'un programme spécialisé (non-CODIS) et conduite dans le but délibéré de rechercher des personnes biologiquement apparentées à individu dont le profil génétique avait été précédemment retenu comme élément probant de preuve à charge pour une infraction « A familial search is a deliberate search for biologically-related relatives of a contributor of an evidentiary profile conducted with specialized (non-CODIS) software designed for this purpose » (DNA Familial Search Policy. October 22, 2009. CBI Policy Statement)

<sup>947</sup> Nous citerons comme exemples trois affaires marquantes par leur contexte : l'affaire « Gafoor » dans laquelle l'analyse ADN en parentèle révéla qu'un adolescent de 14 ans était apparenté au criminel et conduisit à l'arrestation en 2003 de son oncle coupable de l'assassinat d'une prostituée en 1988 pour lequel trois hommes innocents avaient précédemment été condamnés injustement à perpétuité ([http://www.denverda.org/DNA\\_Documents/Familial\\_DNA/News%20Report%20re%20Jeffrey%20Gafoor.pdf](http://www.denverda.org/DNA_Documents/Familial_DNA/News%20Report%20re%20Jeffrey%20Gafoor.pdf)); l'affaire « Downes » qui fut identifié en 2006 comme l'auteur de deux viols et d'un vol aggravé commis en 1984 et 1985. La recherche en parentèle avait conduit à son fils, dont l'ADN était rentré dans la base de profils. Après avoir initialement refusé de donner un échantillon, Downes finit par accepter de donner un échantillon d'ADN dont le profil correspondait parfaitement à celui qui avait été produit à partir du sperme retrouvé sur les lieux des crimes. Il se suicida le même jour, avec son épouse ([http://www.denverda.org/DNA\\_Documents/Familial\\_DNA/News%20Story%20re%20Downes.pdf](http://www.denverda.org/DNA_Documents/Familial_DNA/News%20Story%20re%20Downes.pdf)); et l'affaire « Castree » qui avait pour point de départ en 1975 l'agression sexuelle et le meurtre d'une jeune écolière qui fut poignardée 12 fois. Ce cas est particulier car au moment où la recherche en parentèle avait généré une liste potentielle de parents et avant que des investigations plus poussées soient entreprises, le profil de Castree qui avait été entré dans la base nationale à la suite d'une agression présumée et pour laquelle il n'avait pas été poursuivi, s'avéra donner une concordance parfaite avec l'ADN coupable identifié sur la victime ([http://www.denverda.org/DNA\\_Documents/Familial\\_DNA/News%20report%20re%20Castree.pdf](http://www.denverda.org/DNA_Documents/Familial_DNA/News%20report%20re%20Castree.pdf))

<sup>948</sup> M. DOLAN, J. RUBIN, M. LANDSBERG « DNA leads to arrest in Grim Sleeper killings » Los Angeles Times du 8 juillet 2010. Les crimes dont L. D. Franklin fut accusé avaient été commis entre 1985 et 1988, avec une reprise entre 2002 et 2007. Le protocole suivi en 2008 pour effectuer la recherche en parentèle utilisait un filtrage basé sur 15 régions d'ADN dont 13 correspondaient aux marqueurs STR standards du CODIS. Les 9 premières tentatives ne permirent pas d'identifier d'individu apparenté à l'ADN du meurtrier. La dixième tentative, effectuée en 2010, mit à jour une correspondance partielle de profils, confirmée par l'analyse de STR spécifiques du chromosome Y, conduisant à C. Franklin, un individu qui avait été condamné un an plus tôt pour un délit impliquant l'usage d'armes à feu. Suite aux investigations policières qui ont suivi, le père de C. Franklin, fut suspecté et pris en filature. L'analyse des empreintes génétiques retrouvées sur le reste d'une part de pizza qu'il avait jétée dans une poubelle permit d'établir que le profil génétique de L. D. Franklin correspondait tout à fait à celui du meurtrier recherché. Arrêté en 2010, il ne fut condamné que six ans après (The California Report « Los Angeles Man Guilty in 10 'Grim Sleeper' Serial Killings » The Associated Press May 5, 2016 <https://www.kqed.org/news/2016/05/05/los-angeles-man-guilty-in-10-grim-sleeper-serial-killings/>; S. CUEVAS How a determined L.A. Reporter Helped Expose the Alleged Grim Sleeper Killer The California Report 16 mars 2016 <https://www.kqed.org/news/2016/03/26/how-a-determined-l-a-reporter-helped-expose-the-alleged-grim-sleeper-killer/>)

**396.** En France, une recherche familiale « de corrélation partielle de profil » réalisée pour la première fois en 2012, permit l'identification du coupable d'un viol et meurtre commis dix ans plus tôt et resté non élucidé malgré les efforts déployés par la police<sup>949</sup>.

Dans d'un contexte judiciaire et policier défavorable à l'utilisation d'une recherche familiale délibérée telle qu'elle était utilisée depuis des années en Grande Bretagne ou aux États-Unis à l'aide logiciels spécifiques, les membres de la gendarmerie scientifique qui fondaient des espoirs sur ce type de recherche<sup>950</sup>, durent se tourner vers l'alternative<sup>951</sup>, qui consistait à utiliser le CODIS dans des conditions de stringence réduite permettant l'identification de concordances partielles.

Comme cela était prévisible, les résultats d'un crible effectué dans des conditions de stringence faible pointèrent 292 profils d'individus partageant 16 loci STR avec l'ADN relevé sur la scène du crime, alors que par chance, un seul individu en partageait 18.

Ce résultat simplifia les investigations ultérieures qui ne portèrent que sur cet individu présentant les caractéristiques attendues d'un parent proche du coupable.

L'enquête permit d'établir finalement que le coupable était le fils aîné de l'individu identifié lors de la recherche des recouvrements partiels de profil génétique<sup>952</sup>.

---

<sup>949</sup> W. MOLINIE "Affaire Kulik: Dix ans après, une nouvelle technique ADN permet d'identifier un meurtrier déjà mort" <http://www.20minutes.fr/societe/>, 20minutes du 16/01/2012 -860466-20120116-affaire-kulik-dix-ans-apres-nouvelle-technique-adn-permet-identifier-meurtrier-deja-mort; C. POLITI, "Affaire Elodie Kulik: retour sur onze ans d'enquête" L'express du 18/01/2013, [http://www.lexpress.fr/actualite/societe/affaire-elodie-kulik-retour-sur-onze-ans-d-enquete\\_1211340.html](http://www.lexpress.fr/actualite/societe/affaire-elodie-kulik-retour-sur-onze-ans-d-enquete_1211340.html); J. M. DUCOS "Affaire Kulik : Willy Bardon, confondu par sa voix, renvoyé devant les assises" Le Parisien du 07/04/17, <http://www.leparisien.fr/faits-divers/affaire-kulik-willy-bardon-confondu-par-sa-voix-renvoye-devant-les-assises-07-04-2017-6832305.php>

<sup>950</sup> E. PHAM-HOAI, F. CRISPINO, G. HAMPIKIAN « The first successful Use of a Low Stringency Familial Match in a French Criminal Investigation » *J Forensic Sci* (2014) 59:816-819

<sup>951</sup> Selon E. Pham-Hoai et al., la Direction des affaires criminelles du ministère de la justice donna l'autorisation d'effectuer pour la première fois un criblage des bases contenant les profils d'individus inculpés ou arrêtés, en utilisant le CODIS français dans des conditions de stringence réduite, ce qui n'était alors permis que pour les recherches affectées à l'identification de personnes disparues ou sur des restes non identifiés

<sup>952</sup> Les investigations avaient identifié trois suspects possibles : le père qui de par son âge avancé ne semblait pas être le coupable, un fils qui était trop jeune à l'époque des faits, et un autre fils qui était décédé quelques mois après le crime. L'analyse du profil génétique de la mère de l'individu identifié en parentèle permis de confirmer la suspicion de culpabilité du frère aîné, en complétant son profil génétique avec les allèles du père non représentés dans son génome. L'exhumation du fils décédé permis d'établir avec certitude que son profil ADN correspondait totalement à celui qui fut établi avec les échantillons relevés sur les lieux du crime

**397.** Une seconde affaire pour laquelle beaucoup moins d'informations techniques sont actuellement disponibles, a permis d'inculper en décembre 2015 un individu soupçonné d'avoir commis 34 viols et tentatives de viols entre 1995 et 2000 dans la forêt de Sénart<sup>953</sup>.

Une recherche familiale de corrélation partielle réalisée avec l'ADN prélevé sur les scènes de crimes avait conduit à l'identification d'un individu qui avait été condamné en 2004 à dix ans de prison pour meurtre. Les investigations menées parmi les membres de sa famille ont permis d'identifier le coupable présumé et d'établir que son profil ADN correspondait parfaitement à celui des pièces à conviction prélevées 20 ans plus tôt<sup>954</sup>.

**398.** Avec la loi du 3 juin 2016 relative à la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, l'article 706-56-1-1 a consacré la mise en œuvre de recherches en parentèle<sup>955</sup>.

## §2. L'extension des bases de données génétiques : une évolution périlleuse

### A. La protection du « soi » remise en cause par les recherches en parentèle

**399.** Depuis l'avènement de la biologie moléculaire de l'ADN qui a eu un impact très fort sur les sciences biologiques, certaines percées ont du mal à faire leur chemin vers une application

---

<sup>953</sup> « Essonne : l'affaire des viols en série en forêt de Sénart rebondit 20 ans après. Le parisien 29 décembre 2015 <http://www.leparisien.fr/faits-divers/essonne-un-suspect-en-garde-a-vue-dans-l-affaire-du-voleur-de-la-foret-de-senart-29-12-2015-5408471.php> » ; « Un homme soupçonné de 34 viols et agressions dans la forêt de Sénart (Essonne) mis en examen » - Le Huffington Post du 30 décembre 2015 <http://www.huffingtonpost.fr/2015/12/30/un-homme-soupcenne-de-34-viols-et-agressions-dans-la-foret-de-se/>; « Un suspect mis en examen pour une trentaine de viols et tentatives de viol » France Info -30/12/2015, [http://www.francetvinfo.fr/faits-divers/un-suspect-mis-en-examen-pour-une-trentaine-de-viols-et-tentatives-de-viol\\_1717569.html](http://www.francetvinfo.fr/faits-divers/un-suspect-mis-en-examen-pour-une-trentaine-de-viols-et-tentatives-de-viol_1717569.html)

<sup>954</sup> « Viols en forêt de Sénart : comment les enquêteurs ont remonté la piste du suspect » Europe 1 - 31 décembre 2015, <http://www.europe1.fr/faits-divers/viols-en-foret-de-senart-comment-les-enqueteurs-ont-remonte-la-piste-du-suspect-2643199>

<sup>955</sup> Le premier alinéa de l'article 706-56-1-1 dispose « *lorsque les nécessité de l'enquête ... l'exigent* » le service gestionnaire du fichier (FNAEG) peut être requis de procéder à des comparaisons d'empreintes génétiques provenant de trace biologiques laissées par des personnes inconnues, avec celles des personnes condamnées, arrêtées ou suspectées (article 706-54) « *aux fins de recherche de personnes pouvant être apparentées en ligne directe à cette personne inconnue* » On remarquera tout d'abord qu'il n'est pas fait mention de « *véritable danger à l'égard de la sécurité publique* » comme c'est la règle aux USA, et que la technique applicable n'est pas précisée. Ce texte laisse donc la place à des recherches de correspondance partielle à l'aide du CODIS (partial match défini plus haut), ou de recherche familiale délibérée effectuée à l'aide d'un logiciel dédié différent du CODIS (familial DNA searching).

unanimement acceptée et nécessitent d'être adaptées aux contraintes sociétales d'un monde soumis à une révolution technologique quelque fois enivrante.

On ne peut nier que les très nombreuses affaires criminelles qui ont été résolues par l'application des connaissances nées de l'ère de la génomique ont profondément affecté les pratiques judiciaires et la criminologie dans le monde entier.

Il n'est pas surprenant, dans ce contexte, que la Grande Bretagne, berceau de l'utilisation criminalistique de la génétique moléculaire, ait été confrontée la première aux difficultés associées à l'utilisation de techniques très sensibles dont les limites expérimentales étaient encore floues.

Les leçons tirées des années 80 consolidèrent l'usage des analyses d'ADN dans le cadre judiciaire et ouvrirent la voie à une utilisation généralisée des recherches criminalistiques en parentèles dont les résultats renforcèrent leur acceptation dans le grand public, même si la durée de conservation des données génétiques des suspects dans la base de données nationale fut contestée par la CEDH en 2008<sup>956</sup> et aboutit à la destruction massive de plusieurs milliers de profils dans la base de données nationale<sup>957</sup>.

**400.** Après que de très nombreuses affaires aient pu être résolues grâce à l'établissement de profils d'ADN<sup>958</sup>, les premières recherches en parentèle effectuées aux États-Unis en 2008 déclenchèrent de nombreuses contestations dirigées contre une évolution des tests génétiques accusée de violer le respect de la vie privée individuelle et de transformer les parents en « informateurs » à la suite de l'affaire Rader, un criminel qui avait échappé pendant plus de trente ans à la police et qui fut arrêté grâce à l'analyse ADN de sa fille <sup>959</sup>.

---

<sup>956</sup> S. et Marper c. Royaume-Uni, CDEH, 4 décembre 2008, V. *supra* n° 347

<sup>957</sup> V. *supra* n° 347

<sup>958</sup> Pour une présentation générale voir [http://www.denverda.org/DNA/DNA\\_INDEX.htm](http://www.denverda.org/DNA/DNA_INDEX.htm), et en particulier le fichier qui propose un relevé des analyses ADN dans les différents États des USA [http://www.denverda.org/DNA\\_Documents/StateDNAdatabasecases.PDF](http://www.denverda.org/DNA_Documents/StateDNAdatabasecases.PDF)

<sup>959</sup> E. NAKASHIMA "From DNA of Family, a Tool to Make Arrests, Privacy Advocates Say the Emerging Practice Turns Relatives Into Genetic Informant" Washington Post du 20 avril 2008 [http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/04/20/AR2008042002388\\_pf.html](http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/04/20/AR2008042002388_pf.html). Après avoir commis une série de meurtres et disparu pendant 14 ans, il se manifesta à nouveau en envoyant des messages anonymes à la police dans lesquels il indiquait qu'il allait encore frapper. Les soupçons conduisirent à D. Rader. Les investigations indiquèrent que sa fille avait fréquenté Kansas State University. Comme toutes les étudiantes, elle avait vraisemblablement dû utiliser le service médical qui fut requis par une ordonnance de la Cour, de fournir les frottis vaginaux que la loi fédérale exige de conserver pendant cinq ans. La loi américaine relative aux droits et à la vie privée des familles (Family Educational Rights and Privacy Act - <https://www2.ed.gov/policy/gen/guid/fpco/ferpa/index.html>) permet les

**401.** La question centrale qui sous-tend ces oppositions n'est pas tant relative à l'efficacité des méthodes suivies qu'à leur impact sociétal. D'une manière générale, il est en effet essentiel d'évaluer si les bénéfices apportés par une nouvelle technique ne sont pas contrebalancés par les méfaits potentiels que son utilisation entraîne.

Cela est d'autant plus important dans un cadre judiciaire où les tests ADN en parentèle furent présentés comme une amélioration considérable permettant de résoudre des cas difficiles et restés en suspens pendant des années.

**402.** Les implications éthiques, morales et politiques concernant l'utilisation des recherches familiales ont fait l'objet de nombreux commentaires. On peut en particulier s'interroger sur les raisons de ces succès attribuables selon certains<sup>960</sup> aux pouvoirs exceptionnels que la pratique des recherches familiales confère aux forces de l'ordre dans la mesure où si l'on permettait à la police de procéder à des écoutes en continu, à installer des caméras de surveillance dans les espaces privés, et à intercepter toutes nos correspondances, traditionnelles ou électroniques, on pourrait s'attendre à une amélioration tout aussi impressionnante du succès des enquêtes criminelles traditionnelles.

Outre le fait que les méthodes d'analyse suivies utilisent des données génétiques pour des objectifs différents de ceux pour lesquels leur collecte avait été légalisée<sup>961</sup>, l'élargissement des

---

forces de police d'avoir accès aux dossiers médicaux des étudiants sur décision judiciaire. Le profil d'ADN établi montrait une concordance partielle avec celui de l'ADN du coupable présumé et celui de son père se révéla être parfaitement identique à celui qui avait été prélevé sur les lieux des crimes. L'opinion de S. SUTER, Professeur de Droit de George Washington University, « *it is so troubling to think that somebody would have a sample taken for her medical welfare that is then used to implicate her father* » traduisait les questionnements de ceux qui étaient troublés à l'idée qu'une donnée médicale personnelle puisse être utilisée pour faire condamner un parent proche, alors que M. Morissey, Denver District Attorney, fervent défenseur des recherches familiales les considérait comme un outil très puissant qu'il serait regrettable de ne pas utiliser. Il prenait l'exemple d'une Porsche qui serait utilisée comme une Pinto. « *It's an extremely powerful tool ... Not using it would be a wasted opportunity ... It's like you build a Porsche and you drive it like a Pinto.* ». Ce type de problèmes n'a pas été soulevés avec la même ampleur en France qui ne procéda à l'établissement de profils d'ADN à visée criminalistique qu'avec la création du FNAEG en 1998 et ne reconnut la légalité des recherches en parentèle qu'en 2016. Voir Répertoire de droit pénal et de procédure pénale. La base de données juridique des Editions Dalloz (2012)

<sup>960</sup> E. MURPHY « Familial DNA searches : the opposing viewpoint » *Criminal Justice* (2012) 27-1 American Bar Association

<sup>961</sup> DNA Identification Act of 1993 - <https://www.congress.gov/103/bills/s497/BILLS-103s497is.pdf> - Lors d'un symposium organisé par le FBI en 2009 (cité par J. ROSEN - « Genetic surveillance for All » *The Lawyer and the Court* du 17 mars 2009 - B. SCHECK du Innocence Project exprima son opinion à ce sujet, en disant qu'il ne pouvait pas croire que le Congrès ait pu penser pendant une nanoseconde, qu'en votant pour le DNA identification Act of

bases de données a également fait naître un sentiment de suspicion dans la population et le monde juridique vis à vis de possibles utilisations incontrôlées des données par le secteur judiciaire et les forces de police ou le secteur privé qui les collecte<sup>962</sup>. Dans le même ordre d'idée, il est souvent déploré que les profils d'ADN provenant aussi bien d'individus ayant commis un grave délit, que de simples suspects, qui ont l'obligation de se soumettre au prélèvement d'échantillon, sont tous conservés dans les bases de données.

**403.** La crainte est omniprésente parmi les opposants à l'utilisation de recherche élargies de voir se multiplier des erreurs telles que celle qui fut commise à l'égard de Michael Usry, un réalisateur de cinéma demeurant à la Nouvelle Orléans injustement considéré en 2014, comme suspect possible d'un meurtre commis en 1996<sup>963</sup>.

Ce cas est intéressant car il illustre le problème de l'accessibilité aux informations génétiques collectées par les compagnies privées qui effectuent des tests ADN grand public. A partir de prélèvements buccaux et sous-couvert de la plus stricte confidentialité, ces compagnies proposent de fournir à leurs clients des indications relatives à leur généalogie.

C'est dans ce cadre que le père de M. Usry avait fourni son ADN plusieurs années auparavant à une église Mormone qui effectuait des recherches généalogiques, par l'intermédiaire de la compagnie Sorenson Molecular Genealogy Foundation. Cette compagnie fut ultérieurement rachetée par Ancestry.com, leader mondial dans le domaine.

L'accès à la base de données Sorenson ayant été ouvert au public par Ancestry.com, une recherche effectuée par la police de Idaho Falls avait donné 41 cas de concordance partielle avec l'ADN du criminel. Une forte correspondance de 34 allèles sur 35 testés, fut obtenue pour un individu dont l'identité était protégée.

---

1994, il autorisait la constitution d'une base de données qui serait utilisée dans des recherches en parentèle. « I don't think there can be any doubt that when the U.S. Congress passed the DNA identification Act of 1994, it did not think for a nanosecond that it was authorizing a database that was going to be used for purposes of familial searches. »

<sup>962</sup> « Familial DNA testing is a backdoor method allowing government to ascertain the most private information about an innocent person » « Le test d'ADN familial est une porte dérobée permettant au gouvernement de vérifier les informations les plus privées concernant une personne innocente » Ian Friedman cité dans J. WYSOCHANSKI « Use of familial DNA raises privacy concerns » The chronicle Telegram du 7 décembre 2016

<sup>963</sup> Maris GERBER « The controversial DNA search that helped nab the 'Grim Sleeper' is winning over skeptics » Los Angeles times du 27 mai 2017 <http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-familial-dna-20161023-snap-story.html>

Une ordonnance du tribunal requérant la divulgation du nom de l'individu auquel appartenait l'ADN en question<sup>964</sup>, permit de conduire au père de M. Usry.

La police scruta alors la famille du donneur et les investigations conduites sur cinq générations de la famille se concentrèrent sur trois hommes dont un seul, Michael Usry, ayant des liens familiaux dans l'Idaho fut retenu comme suspect plausible. Le fait que le réalisateur ait été associé à des films rapportant des crimes avait retenu l'attention des enquêteurs.

Interrogé pendant plusieurs heures, il fut sommé de remettre un prélèvement buccal, sans avoir aucune explication. C'est seulement après un mois de suspense qu'il apprit que son ADN ne correspondait pas à celui d'un coupable recherché<sup>965</sup>.

**404.** Cette affaire met l'accent sur la confidentialité des données génétiques obtenues à partir d'échantillons fournis aux entreprises spécialisées dans les recherches de mutations prédictives<sup>966</sup>. Premier exemple d'utilisation d'une base publique de données par les forces de police ce cas conduisit E. MURPHY à qualifier la situation d'« Orwellienne » et d'ajouter qu'elle la considérait comme une violente condamnation portée aux entreprises de tests génétiques dont les usagers partagent ces informations en ligne<sup>967</sup>.

On peut facilement comprendre le désarroi de M. Usry, qui après avoir vécu ces événements comme une violente intrusion dans sa vie privée, entendit les experts préciser qu'une corrélation

---

<sup>964</sup> C'était la première fois que des forces de police utilisèrent une base d'accès public au lieu d'une base privée agréée. On peut s'étonner que l'information fournie par les participants au programme de généalogie et listée comme « protégée » dans la base de données de chromosomes Y ait été communiquée de la sorte par Ancestry.com - Criminal District Court For The Parish Of Orleans State Louisiana Case No., (Idaho)2009 01 758 State of Louisiana Search Warrant Application for a Search Warrant  
[https://www.eff.org/files/2015/05/01/idaho\\_falls\\_dna\\_search\\_warrant.pdf](https://www.eff.org/files/2015/05/01/idaho_falls_dna_search_warrant.pdf)

<sup>965</sup> J. MUSTIAN « New Orleans filmmaker cleared in cold-case murder; false positive highlights limitations of familial DNA searching » The New Orleans Advocate du 12 mars 2015  
[http://www.theadvocate.com/new\\_orleans/news/article\\_1b3a3f96-d574-59e0-9c6a-c3c7c0d2f166.html](http://www.theadvocate.com/new_orleans/news/article_1b3a3f96-d574-59e0-9c6a-c3c7c0d2f166.html); J. LYNCH « How Private DNA Data Led Idaho Cops on a Wild Goose Chase and Linked an Innocent Man to a 20-year-old Murder Case »

Electronic Frontier Foundation du 1er mai 2015 - <https://www.eff.org/deeplinks/2015/05/how-private-dna-data-led-idaho-cops-wild-goose-chase-and-linked-innocent-man-20>

<sup>966</sup> B. PERBAL Communication is the key: Part 2 : Direct to consumer genetics in our future daily life ? *J Cell Commun Signal* (2014) 8 : 275-87

<sup>967</sup> « But it has this really Orwellian state feeling to it, and it is a huge indictment of private genetic testing companies and the degree to which people seamlessly share that information online. » cité par J. M. MUSTIAN New Orleans filmmaker cleared in cold-case murder; false positive highlights limitations of familial DNA searching

partielle de 34-35 allèles signifiait une relation presque absolue entre un membre de la famille Usry et le coupable<sup>968</sup>.

Deux articles scientifiques récents fournissent des preuves supplémentaires indiquant que l'utilisation des données génomiques d'un individu lors d'un criblage simultané des banques de données accessibles aux forces de police et au grand public suffit à révéler les liens de parenté de cet individu avec les membres de sa famille<sup>969</sup>.

**405.** Les impacts négatifs des recherches familiales sur la protection du soi furent soulevés aux USA dès l'affaire Jaimes-Tinajero<sup>970</sup> et très largement commentés<sup>971</sup>.

Au cours d'une table ronde organisée par le National Institute of Justice en 2011, S. Mercer<sup>972</sup> brossa un résumé des principales critiques concernant l'intégration des profils d'individus innocents dans les bases de données génétiques qu'il considère être une mauvaise stratégie à plusieurs titres sur lesquels nous nous arrêterons brièvement.

« En premier lieu, on se doit de prendre en compte les profondes implications judiciaires relatives à l'utilisation d'une technologie qui a pour effet de mettre sous surveillance génétique des individus principalement définis par la race et la classe. Deuxièmement, en ciblant les membres innocents d'une famille pour effectuer une surveillance génétique, la recherche

---

<sup>968</sup> Pour un point complet au mois d'avril 2017 voir « The DNA of a killer » sur 48 hours CBS News - <http://www.cbsnews.com/news/the-dna-of-a-killer-who-murdered-idaho-teen-angie-dodge/>

<sup>969</sup> Y. ERLICH et al. Identity inference of genomic data using long-range familial searches. Science <http://science.sciencemag.org/> du 12 octobre 2018 ; J. KIM et al. Statistical Detection of relatives Typed with Disjoint Forensic and Biomedical loci. *Cell* (2018) 175 : 1-11

<sup>970</sup> « Family members have done nothing wrong to get in the database. This is an example of the web of suspicion of people who have committed offenses being widened to include their entire family » « Les membres de la famille n'ont rien fait de mal pour être enregistrés dans la base de données. C'est un exemple d'élargissement, aux membres de leur famille, du réseau de suspicion des personnes qui ont commis des infractions » S. MERCER cité par J. SPELLMAN V. *supra* n° 394

<sup>971</sup> Voir par exemple M. DOLAN, J. FRLCH "Tracing a crime suspect through a relative" LA Times du 25 novembre 2008 <http://www.latimes.com/local/la-me-familial25-2008nov25-story.html>; D. KAYE, S. MERCER, B. JENKINS « Family Feud : The familial DNA search controversy continues (2011)

<https://www.forensicmag.com/article/2011/09/family-feud-familial-dna-search-controversy-continues> Advantage Business Media; J. M. BUTLER « Racial distribution of the US Database » (2012) p261 in *Advanced Topics in Forensic DNA Typing: Methodology*. Elsevier Academic Press, San Diego, 704 pages; A. LEWIS "Don't allow genetic stop-and-frisk" *Newsday* du 23 mars 2017 <http://www.newsday.com/opinion/commentary/don-t-allow-genetic-stop-and-frisk-1.13302422>; E. ROSENBERG "Conflicting Views on a Wider Police Use of DNA" *New York Times* du 22 mai 2017 <https://www.nytimes.com/2017/02/10/nyregion/dna-familial-searching-police-New-York.html>; E. E. MURPHY « Inside the cell : the dark side of forensic DNA » (2015) 193 pages, Nation Books New York, USA

<sup>972</sup> S. MERCER s'est opposé à l'usage des approches familiales depuis 2003 et fut l'un des artisans de l'interdiction des recherches familiales d'ADN dans le Maryland. C'est encore un très fervent défenseur de la limitation d'usage de cette approche qu'il considère intrusive



familiale discrédite la justification originale avancée pour l'utilisation des banques de données d'ADN et dévalue les principes fondamentaux essentiels à notre démocratie. Et troisièmement, les recherches familiales accentuent les craintes relatives aux abus futurs liés à l'utilisation des banques de données d'ADN, car elles constituent un précédent ouvrant la voie à l'exploitation des échantillons biologiques dans le but d'obtenir des informations complémentaires aux profils d'ADN stockés dans la base de données. »<sup>973</sup>

**406.** Nous envisagerons successivement l'impact attribué aux recherches familiales sur la discrimination raciale (1) et l'intrusion de la vie privée engendrée par l'utilisation de ces méthodes (2).

Avec l'affaire Franklin en 2010, souvent considérée comme la première grande épreuve du système légal américain, émergea au grand jour un débat de fond concernant les limites acceptables, au regard de l'éthique et de la protection de la vie privée, de l'utilisation des databases d'ADN avec, au centre des problèmes, la possible discrimination raciale et les dérives futures qui pourraient résulter d'une banalisation des analyses familiales d'ADN<sup>974</sup>.

Ce fut un véritable séisme dont les répliques qui se font encore ressentir aujourd'hui essentiellement aux États-Unis, n'épargneront sans doute pas le monde juridique international.

---

<sup>973</sup> « *First, the profound racial justice implications of using a technology that has the effect of putting under genetic surveillance individuals primarily defined by race and class. Second, by targeting innocent family members for genetic surveillance, familial searching undermines the original justification for DNA databanks and devalues fundamental principles central to our democracy. And third, familial searching amplifies the concern about future abuses of DNA databanks because it sets the precedent for mining of the biological samples for additional information that are linked to the DNA profile stored in the databank.* » (S. MERCER : communication personnelle résumant les points forts de son intervention de juin 2011 au Familial DNA Searching: Issues and Answers, National Institute of Justice Conference Panel). S. MERCER ajoute : « *My primary point is that the virtual expansion of DNA databanks to target innocent people who are largely defined by their race and class for lifelong genetic surveillance is a terribly misguided policy that vastly overshadows the handpicked successes that you hear about. Of course, if you define the reasonableness of any search by its success, then there is no privacy.* » « Mon argument principal est que l'expansion des banques de données d'ADN qui vise à cibler des personnes innocentes essentiellement définies par leur race et leur classe, pour effectuer une surveillance génétique à vie, est une politique terriblement erronée qui éclipse largement les succès soigneusement sélectionnés dont on entend parler. Bien entendu, si on définit l'acceptabilité de n'importe quel type recherche par son succès, alors la confidentialité n'existe plus. » (Communication personnelle)

<sup>974</sup> L'arrestation de cet assassin d'au moins 25 femmes en 20 ans, eut un impact sur certains opposants à la procédure de recherche en parentèle. Par exemple, après avoir manifesté son opposition à l'utilisation de recherche d'ADN familiale qu'elle considérait être discriminatoire à l'égard des populations noires et hispaniques, J. Mnookin, doyenne de la faculté de droit de UCLA (University of California Los Angeles) avait reconnu que l'arrestation de Franklin lui avait fait changer d'avis et que malgré ses défauts, cette approche était un compromis acceptable pour résoudre les gros cas non résolus. <http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-familial-dna-20161023-snap-story.html> Cité par Maris GERBER (V. *supra* n° 403)

## 1. Les risques de discrimination raciale

**407.** Une crainte, très tôt exprimée lors du développement des premières recherches familiales en Grande Bretagne <sup>975</sup>, et reprise aux États-Unis, concernait le fait que selon une expression devenue classique, on fasse payer à la famille les péchés du père : « the sins of the father »<sup>976</sup>.

La raison mise en avant pour justifier que la vie et les données personnelles de familles entières soient l'objet d'investigations, ne tenant uniquement au fait que leurs membres soient génétiquement apparentés à un individu dont le profil génétique présente des similitudes avec celui d'un criminel, fit craindre à plusieurs représentants de la communauté juridique et de la presse spécialisées qu'elles aboutissent insensiblement à un profilage racial dû au fait que la criminalité est plus fréquente dans les minorités qui sont surreprésentées dans les bases génétiques américaines.

**408.** Rentrer dans la base de données les profils des parents qui sont nécessairement absents de la base, sinon ils auraient été détectés, revient à augmenter cette disproportion, mais la réalité qui s'impose est que les recherches en parentèle fructueuses finissent par identifier un coupable qui s'avère être le parent d'un individu déjà fiché pour délit.

Bien sûr, on peut ici argumenter, à la lumière des extensions de fichage appliquées aux suspects, sur la nature du délit qui a conduit cet individu à être fiché. Cependant, les résultats d'enquêtes ont montré que si le profil qui sert de point de départ dans les recherches en parentèle correspondait à un individu fiché appartenant à une minorité, le coupable du crime était finalement identifié comme un membre de sa famille.

Les statistiques publiées par le Département de la Justice (Bureau of Justice Statistics, BJS) aux USA indiquent que la probabilité de trouver plusieurs criminels ou délinquants dans la même

---

<sup>975</sup> DNA Fingerprinting « The Sins of the Fathers » Criminals in the family ? You may now be under scrutiny. The Economist du 22 avril 2004 - <http://www.economist.com/printedition/2004-04-24>

<sup>976</sup> W. SHAKESPEARE The Merchant of Venice (écrit entre 1596 et 1599) Act III, Scene V Launcelot to Jessica : « Yes, truly; for, look you, the sins of the father are to be laid upon the children » <http://www.folgerdigitaltexts.org>; Le Marchand de Venise: « oui en vérité, car, voyez-vous, les péchés du père retombent sur les enfants » <https://www.atramenta.net/lire/le-marchand-de-venise/11913>

famille est grande, aussi bien pour les personnes de sexe féminin ou masculin<sup>977</sup>. La distribution des pourcentages de parents incarcérés dans la famille est un indicateur important pour orienter les recherches en parentèle.

Le nombre d'individus noirs et hispaniques incarcérés pour délits graves étant largement supérieur à celui des individus de peau blanche aux USA<sup>978</sup>, la surreprésentation des minorités dans les bases est incontournable, qu'elle résulte ou non de recherches familiales dont on doit reconnaître que la grande qualité est de permettre l'identification de coupables, même si seule une petite fraction des recherches aboutit.

Pour certains, ces arguments ne peuvent justifier les recherches familiales en dépit du fait que soient largement acceptés par les systèmes judiciaires des procédés d'identification beaucoup plus subjectifs reposant sur les témoignages visuels à une époque où de plus en plus de Cours de justice reconnaissent que ces recherches sont raisonnables dans la mesure où elles sont particulièrement efficaces pour identifier les coupables et ne constituent pas une ingérence dans la vie privée des innocents.

**409.** Un bref tour d'horizon de la situation européenne nous montre vite que le vieux continent a du mal à aborder sereinement et objectivement le problème de la distribution ethnique au sein de la population carcérale pour des raisons qui tiennent à la fois aux politiques intérieures des pays membres de l'Union Européenne et aux effets pervers de leur histoire

---

<sup>977</sup> « *We know crime runs in families. That's the reality* » « *Nous savons que des auteurs de crimes sont fréquemment retrouvés dans les mêmes familles* » R. Harmon cité dans J. MUSTIAN « Louisiana State Police Crime lab considers Controversial Familial DNA Tool » The Advocate du 18 avril 2017. Les résultats non publiés d'une analyse effectuée en novembre 2007 par C. J. MUMOLA, Bureau of Justice Statistics Policy à partir d'un questionnaire de détenus dans les établissements correctionnels d'État en 1997 et 2004 ont établi que 47,7% des personnes incarcérées ont également un membre de leur famille qui a été ou est encore incarcéré. Ce nombre est plus élevé chez les femmes (55,7%) que chez les hommes (47,1%). La fréquence des différents parents incarcérés se décompose en 17,2 % de pères, 5,8% de mères, 32,9% de frères, 6,2% de sœurs, 2,6% d'enfant et 1,3% de conjoints. Pour ce qui est de la population féminine déjà incarcérée, on remarque une plus grande proportion de mères (39,7%) de sœurs (11,4%), d'enfants (6,4%) et de conjoints (6,1%). (Communication personnelle du Dr. A. CARSON, Acting Chief, Corrections Unit, Bureau of Justice Statistics, Washington D.C., USA)

<sup>978</sup> La consultation des données collectées annuellement par le BJS en ce qui concerne la distribution raciale des détenus aux USA, révèle que, en 2002, la proportion de détenus blancs était de 36,0 %, alors que les noirs et hispaniques représentait 58,6 % (40,1% noirs, 18,5% hispaniques) de la population carcérale. A la même époque, la population globale aux USA contenait 63,7 % de blancs, 12,3 % de noirs et 16, 7% d'hispaniques. <https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=dcdetail&iid=261> ; <https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=dcdetail&iid=269>; <https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4654>; <http://www.gallup.com/poll/4435/public-overestimates-us-black-hispanic-populations.aspx>; <https://www.census.gov/2010census/>

colonialiste que beaucoup d'entre eux ont peine à assumer et gérer dans le respect mutuel des populations concernées.

En France, par exemple, la loi du 6 août 2004 modifiant la loi informatique et libertés de 1978 a pour objectif de régir de manière très stricte la collecte et le traitement de données personnelles d'ordre racial ou ethnique, tout en prévoyant une longue liste d'exceptions<sup>979</sup>. L'opportunité et le besoin de réformer la loi de 1978 de manière à ce que les statistiques ethniques soient autorisées en France sont la source de débats sociétaux profonds<sup>980</sup>.

**410.** Un autre facteur qui rend difficile une comparaison et interprétation des statistiques avec celles qui sont rendues publiques aux États-Unis, tient dans la cristallisation des problèmes autour d'appartenances et pratiques religieuses qui sont très mal ressenties en France<sup>981</sup>.

Ainsi, bien que toute référence à une statistique religieuse soit soumise à des restrictions sévères, un rapport présenté devant l'Assemblée Nationale en 2014<sup>982</sup> reprenait officiellement la

---

<sup>979</sup> La loi n° 2004-801 du 6 août 2004 dispose dans sa section 2 « Art. 8. - I. - Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci »

Dans la mesure où la finalité du traitement l'exige pour certaines catégories de données, ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I : Les traitements pour lesquels la personne concernée a donné son consentement exprès, ceux qui sont nécessaires à la sauvegarde de la vie humaine, et dans certaines conditions, ceux mis en œuvre par une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical. Les traitements de données rendues publiques par la personne concernée, sont autorisés. Il en est de même pour les traitements relatifs à l'exercice d'un droit en justice, nécessaires à des objectifs de diagnostic médical, et de médecine préventive ou palliative. L'alinéa 7 dispose que le traitement de ces données personnelles est autorisé lors des traitements statistiques nationaux et ministériels, dans le respect du secret en matière de statistiques. Les traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté ne peuvent être mis en œuvre que par les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public, agissant dans le cadre de leurs attributions légales et les auxiliaires de justice, pour les stricts besoins de l'exercice des missions qui leur sont confiées par la loi. Enfin, l'article 10 précise qu'aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité »

<sup>980</sup> Voir par exemple D. ROUCAUTE « Quatre questions sur les statistiques ethniques » Le monde du 22 juin 2015. [http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/05/06/quatre-questions-sur-les-statistiques-ethniques\\_4628874\\_4355770.html](http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/05/06/quatre-questions-sur-les-statistiques-ethniques_4628874_4355770.html)

<sup>981</sup> Même si les français ont toujours considéré et accepté que la grande majorité des individus d'origine maghrébine soient de confession islamique, leur appréciation à l'égard de cette religion a considérablement été affectée lors des attentats perpétrés par des extrémistes musulmans provenant d'Afrique du Nord et d'Asie mineure. On peut assurer avec certitude que la plus grande partie de la population qui blâme les aspects criminels d'une religion en pleine expansion dans notre pays, ne font plus la différence entre musulmans, islamistes, noirs et maghrébins qui sont actuellement la cible de tous les ressentiments les plus aigus

<sup>982</sup> Avis de M. G. LARRIVÉ concernant le Projet de loi (n° 2234) de finances pour 2015 [http://www.assemblee-nationale.fr/14/budget/plf2015/a2267-tVI.asp#P229\\_18041](http://www.assemblee-nationale.fr/14/budget/plf2015/a2267-tVI.asp#P229_18041)

référence d'un ouvrage citant des proportions de musulmans « *dépassant souvent les 50% , avoisinant parfois les 70% voire les 80% dans les prisons proches des banlieues*<sup>983</sup> ». Quelques années auparavant, un article publié dans le Washington Post avait rapporté que 60 à 70 % des individus incarcérés étaient musulmans pour un total de 12% de musulmans répertoriés en France<sup>984</sup>.

Le reportage rapportait également les pourcentages de musulmans incarcérés en Grande Bretagne (11% pour un total 3% dans le pays), en Hollande (20 à 26% suivant la catégorie d'âge, pour un total de 5,5% dans le pays) et en Belgique (16 % pour un total de 2% de la population globale)<sup>985</sup>.

**411.** Il ressort de ces analyses que techniquement, l'utilisation des techniques de recherche en parentèle a une tendance marquée à exacerber la disparité de représentativité dans les bases d'ADN. Nous verrons plus loin comment on peut envisager de contrer ce biais racial.

## *2. Violation du respect au droit de la vie privée personnelle*

**412.** L'élargissement des bases de données à des individus n'ayant commis aucun autre « délit » que celui d'être apparenté à une personne dont l'ADN a été prélevé pour fichage par les forces de police, est considéré par certains comme une ingérence dans leur vie privée et une atteinte au 4ème amendement de la Constitution américaine<sup>986</sup>. Pour d'autres, des décisions de justice ont considéré que la saisie sans mandat d'objets personnels abandonnés par leurs propriétaires ne viole pas le 4ème amendement et que les suspects ne font pas preuve d'inquiétude pour leur vie privée quand ils abandonnent ou négligent de récupérer des effets personnels sur les lieux d'un crime, à partir desquels des profils d'ADN peuvent être établis<sup>987</sup>.

---

<sup>983</sup> F. KHOSROKHAVAR « L'islam dans les prisons » (2004) Balland 2004, p11

<sup>984</sup> M. MOORE « In France, prisons Filled With Muslims » (2008) Washington Post Foreign Service <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/04/28/AR2008042802560.html?hpid=topnews>

<sup>985</sup> Ces valeurs traduisent des problèmes sociétaux qui dépassent très largement le cadre de notre étude. Si les conséquences de la surreprésentation de minorités dans les prisons européennes doivent être considérées soigneusement, il ne faut pas pour autant négliger d'examiner les causes d'un tel phénomène et tenter de les résoudre dans le respect de la dignité humaine. Voir aussi J. P. GRUMBERG « 70% des prisonniers en France sont musulmans » Les observateurs.ch du 29 novembre 2015 <http://lesobservateurs.ch/2015/11/29/70-des-prisonniers-en-france-sont-musulmans/>

<sup>986</sup> « *Searching for relatives through partial matches is intrusive and raises concerns about the 4th Amendment prohibition on unreasonable search and seizure* » S. Mercer cité par M. Gerber (V. *supra* n° 403)

<sup>987</sup> Familial Searches - Science of the future : Identifying Criminals through family Members (V. *supra* n° 393)

**413.** Il est surprenant à cet égard, que l'intronisation de la recherche en parentèle par l'article 80 d'une loi<sup>988</sup> « *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale* » n'ait pas suscité plus de réaction de la part de la Doctrine et du monde judiciaire.<sup>989</sup>

On peut en effet se poser la question de la relation effective qui peut exister entre « crime organisé , terrorisme » et les apports d'une « recherche en parentèle ». De plus, la rédaction très permissive de cet article ouvre la porte à tout type d'inquisition dans la vie familiale au titre des moyens qui peuvent être mis en œuvre dans l'exécution des recherches d'ADN familiales visant à l'identification d'un criminel, ce qui est contraire à la protection de la vie familiale garantie par l'article 8 de la CEDH et qui constitue une violation des droits de l'Homme garantis par l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>990</sup>

Aux USA, dès l'instant où l'ADN d'un individu, coupable ou innocent, est rentré dans la base de données pour effectuer une recherche de corrélation, il y est conservé indéfiniment<sup>991</sup>. Ainsi, une fois que la police a collecté un échantillon pour effectuer une recherche de profil dans un but donné, par exemple lever une possible culpabilité, il sera conservé dans la base et pourra être utilisé ultérieurement dans n'importe quel autre type d'investigation<sup>992</sup> sans qu'il n'y ait aucun recours au titre d'une violation des droits garantis par le quatrième amendement de la constitution.

Il est ainsi admis que « L'utilisation d'un écouvillon buccal à l'intérieur de la joue d'une personne pour obtenir des échantillons d'ADN pour les tests est assimilable à une fouille corporelle. Généralement, un échantillon d'ADN peut être obtenu avec le consentement d'un individu pour

---

<sup>988</sup> Loi 2016-731 du 3 juin 2016

<sup>989</sup> Après la première recherche en parentèle effectuée dans l'affaire Kulik, E. Sire-Marin, ancienne Présidente du Syndicat de la Magistrature aurait selon France tv info du 30 décembre 2015, assimilé le « familial search » à un « détournement de procédure » en ajoutant « *La Cour Européenne des Droits de l'Homme a condamné la grande Bretagne pour ses fichiers trop larges [S. et Marper c. Royaume-Uni V. supra n° 348] . Je serais curieuse de savoir ce qu'elle dirait dans ce cas* »

<sup>990</sup> « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* »

<sup>991</sup> DNA database FAQ's. Forensic Genetics Policy Initiative. Setting Human Right Standards for DNA databases Worldwide <http://dnapolicyinitiative.org/resources/frequently-asked-questions/> . Cet « apport régulier » de données pourrait multiplier par 5 la taille de la base (S. Mercer, communication personnelle, 2017)

<sup>992</sup> « *Once police collect a DNA sample for one purpose - even when it is to clear a person of suspicion -- they may retain it and use it for any other investigation.* » (S. Mercer, communication personnelle 2017)

être testé conformément à un mandat ou à une ordonnance du tribunal. Si le profil d'ADN d'une personne créé à partir d'un échantillon ADN détenu légalement par la police est utilisé pour procéder à un examen qui ne dépasse la portée du consentement accordé pour effectuer la recherche, il n'y a pas de violation du quatrième amendement. De plus, une utilisation et un examen ultérieurs de l'ADN dans une investigation sans rapport avec la première ne constituent pas une fouille. »<sup>993</sup>

Si la jurisprudence *Varriale V. State* est très claire à cet égard<sup>994</sup>, la porte ouverte à une utilisation ultérieure imprévisible des échantillons d'ADN originellement prélevés dans le cadre d'enquêtes définies, déjà fortement critiquée dans le cadre des recherches de profils « classiques » est devenue un véritable point de clivage entre les partisans et les opposants à l'extension des bases de données<sup>995</sup>.

**414.** La situation américaine était compliquée par le fait qu'aucune loi fédérale ne réglait les prélèvements d'ADN à visée criminalistique<sup>996</sup> et encore moins les recherches en parentèles.

---

<sup>993</sup> « *The use of a buccal swab inside a person's cheek to obtain DNA samples for testing is a search. Generally, a DNA sample may be obtained from an individual for testing by consent, pursuant to a warrant, or other court order. If a person's DNA profile created from a DNA sample is in the lawful possession of the police for examination by consent and does not exceed the scope of the consent given to conduct the search, there is no Fourth Amendment violation. Moreover, the subsequent examination and use of the DNA in an unrelated investigation is not a search* ».

<sup>994</sup> *G. Varriale v. State*, N°85, September Term 2014, Opinion by Greene J. « *Therefore, we reject Varriale's contention that his Fourth Amendment rights were violated when his DNA was uploaded to the LDIS and subsequently used in the burglary investigation and prosecution. We agree with the Court of Special Appeals in this case that "once the State had validly obtained the sample, ... it had no obligation to obtain a warrant before using the sample in [another unrelated] investigation. " Varriale, 218 Md.App. at 55, 96 A.3d at 797–98. Accordingly, we hold that, under these circumstances, the Fourth Amendment does not preclude the police from retaining and using a suspect's DNA profile created from a DNA sample lawfully obtained by consent.* » *Varriale v. State*, 444 Md. 400, 425, 119 A.3d 824, 839 (Md., 2015) p26-27. Pour le quatrième amendement en français V. *supra* n° 14

<sup>995</sup> Une telle situation est peu envisageable en Europe où l'article 5 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016, dispose que les données à caractère personnel doivent être « *collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités* ». En France, la CNIL rappelle le principe de finalité de la Loi Informatique et Liberté « *Avant toute collecte et utilisation de données personnelles, le responsable de traitement doit précisément annoncer aux personnes concernées ce à quoi elles vont lui servir. Ces objectifs, appelés « finalités », doivent respecter les droits et libertés des individus. Ils limitent la manière dont le responsable pourra utiliser ou réutiliser ces données dans le futur* ». <https://www.cnil.fr/fr/comprendre-vos-obligations/les-principes-clés>.

<sup>996</sup> Il aura fallu attendre l'arrêt *Maryland v. King* (569 U.S. (2013)) pour que la Cour Suprême des États-Unis reconnaisse que le fait de pratiquer des prélèvements d'ADN sur des individus suspectés de délits, arrêtés ou emprisonnés pour tout type de délit ne violait pas la protection garantie par le quatrième amendement de la Constitution qui dispose « *People have a reasonable expectation of privacy of their DNA, ...« It's a basic violation of the Fourth Amendment of the Constitution* ». Originellement, le quatrième amendement imposa la notion selon laquelle « *le foyer de tout homme est son château* », protégé de toute perquisition ou saisie de bien par le

Aujourd'hui, seul le Maryland a voté en 2003 une loi interdisant les recherches d'ADN familiales et la ville de Washington D.C. a voté une législation allant dans le même sens en 2009. Plusieurs États ont permis dans leurs protocoles d'analyse, les recherches de concordance partielles, et le nombre d'États ayant officiellement autorisé les forces de police à effectuer des recherches en parentèle est en progression<sup>997</sup>.

**415.** Il aura fallu attendre 2013 pour que la Cour Suprême des États-Unis reconnaisse avec l'arrêt *Maryland v. King*<sup>998</sup> que le fait de pratiquer des prélèvements d'ADN sur des individus suspectés de délits, arrêtés ou emprisonnés pour tout type de délit ne violait pas la protection garantie par le quatrième amendement de la Constitution.

Cette décision raviva les craintes que les recherches familiales élargissant le réseau de suspicion de personnes qui ont commis des infractions à toute leur famille<sup>999</sup> ne soit qu'une pente dangereuse vers un fichage généralisé, et qu'au motif de garantir la sécurité des individus, les droits des personnes au respect de leur vie privée qui furent si difficilement acquis, ne soient effrités, voire amputés<sup>1000</sup>.

---

gouvernement. Il protège contre les arrestations arbitraires et il est le socle de la loi concernant les mandats de perquisition, les arrestations et les fouilles, les écoutes et autres modes de surveillance. Il est aussi au centre des lois concernant le respect de la vie privée. « The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. » [https://www.law.cornell.edu/constitution/fourth\\_amendment](https://www.law.cornell.edu/constitution/fourth_amendment)

<sup>997</sup> Aujourd'hui la Californie, le Colorado, la Floride, le Michigan, le Minnesota, la Pennsylvanie, le Texas, l'Utah, la Virginie, le Wisconsin, le Wyoming, autorisent les recherches d'ADN familiales. Pour des études historiques plus détaillées, voir S. DEBUS-SHERRILL, M. B. FIELD « Understanding familial DNA searching : policies, procedures and potential impact : Summary overview » (Final Report) (2017) Fairfax, VA : ICF ; M. FIELD, S. DEBUS-SHERILL « Study of familial searching policies and practices : National survey of CODIS laboratories brief » (Brief). (2017) Fairfax, VA : ICF. (V. *supra* n° 391) ; N. Ram « Fortuity and Forensic Familial Identification » *Stanford Law Rev* (2011) 63:751-812 (V. *supra* n° 393) ; E. Murphy « Relative Doubt: Familial Searches of DNA Databases » *Mich Law Rev* (2010) 109 : 291-348

<sup>998</sup> *Maryland v. King* (569 U.S. (2013))

<sup>999</sup> « *Family members have done nothing wrong to get in the database. This is an example of the web of suspicion of people who have committed offenses being widened to include their entire family* » S. MERCER cité par J. SPELLMAN (V. *supra* n° 405) « *Using relative's DNA cracks crime, but privacy question raised* »

<sup>1000</sup> A. ROTH « *Maryland v. King and the Wonderful, Horrible DNA Revolution in Law Enforcement* » *OSJCL* (2013) Vol 11:295-309. L'intrusion dans la vie privée des individus qui est souvent invoquée est aussi minimisée au regard des potentiels uniques que la recherche familiale fournit dans les investigations difficiles. Pour beaucoup, l'intrusion commise est légale. Elle est effectuée avec des mandats et arrêts de la Cour. C'est une simple affaire de compromis. Voir par exemple le commentaire de W. J. Fitzpatrick, procureur du district de Onondaga « *Invasion of privacy is basically what law enforcement does. We do it legally. We do it with warrants, court orders* » « L'application de la loi est essentiellement une atteinte à la vie privée. Nous le faisons légalement. Nous le faisons



**416.** Au titre des inquiétudes encore actuelles est invoquée la possibilité que les échantillons d'ADN collectés, véritable mine d'informations très personnelles, puissent être utilisés abusivement par les administrations gouvernementales pour des investigations concernant par exemple les données de santé, les déplacements effectués par les individus et les relations qu'ils tissent, sans compter toutes les applications qui naîtront des progrès de la science et de la technique.

Le risque de perte d'anonymisation, associé à un usage élargi du fichage génétique fut relevé par le juge Kozinski quand il fit remarquer dans son opinion dissidente que le problème s'est déjà posé avec la généralisation du relevé d'empreintes digitales<sup>1001</sup>, pratique pour laquelle la légalité ne fut pas remise en question lorsqu'il fut élargi insensiblement et successivement des criminels aux personnes arrêtées, puis aux fonctionnaires, aux immigrants et à tous les titulaires d'un permis de conduire. Les américains se sont accoutumés au fait d'avoir leurs empreintes digitales enregistrées dans une base de données d'un gouvernement qui garde des traces des mouvements de tout le monde.<sup>1002</sup>

Le juge Kosinski pose alors la question de savoir comment les juges favorables à l'arrêt King réagiraient si la collecte des données génétique ne concernait plus seulement celle des individus arrêtés, dont un très grand nombre issu de minorités sont pauvres, non éduqués mais concernait aussi « les personnes dont nous devons vraiment nous soucier...à savoir vous et moi... »<sup>1003</sup>.

**417.** L'élargissement du nombre de profils enregistrés dans la base de données génétiques associé à une éventuelle généralisation des recherches familiales pourrait avoir des conséquences critiques sur l'investigation et la mise en examen d'innocents dans la mesure ou les calculs de probabilités qui sont en défaveur d'une concordance partielle de marqueurs au sein

---

avec des mandats, des ordonnances judiciaires » cité par E. ROSENBERGIAN « Family DNA Searches Seen as Crime-Solving Tool, and Intrusion on Rights» The New York Times du 27 janvier 2017  
<https://www.nytimes.com/2017/01/27/nyregion/familial-dna-searching-karina-vetrano.html>

En France, si la collecte de l'ADN effectuée lors d'une recherche en parentèle était assimilée à une « peine », l'application de l'article 121-1 du Code Pénal français qui définit le principe de la personnalité des peines (« *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ») s'opposerait à son extension aux membres de la famille.

<sup>1001</sup> *Ibid* A. ROTH (V. *supra* n° 415)

<sup>1002</sup> Cité dans Scalia J., Dissenting 569 U.S. (2013)

<sup>1003</sup> *Ibid* A. ROTH (V. *supra* n° 415)

d'un groupe relativement restreint, n'ont plus du tout la même force lorsque la population de référence devient très grande.

En effet, si la probabilité qu'une personne prise au hasard dans la population présente un profil concordant avec celui d'un criminel pour les 26 marqueurs testés est inférieure à 1000 milliards, elle augmente significativement avec la taille de la population considérée et avec la diminution du nombre de marqueurs utilisés dans les cas d'une recherche familiale. Ainsi, la probabilité de rencontrer une coïncidence acceptable dans une base de données contenant les profils des 300 millions d'américains, passerait à environ 3 pour 10 000 individus testés<sup>1004</sup>

On mesure tout de suite les problèmes posés par la possibilité d'erreurs judiciaires que cela pourrait entraîner.

**418.** C'est dans ce contexte très polémique et pour répondre à une attente sociale grandissante concernant l'arrestation de criminels grâce à des techniques sophistiquées popularisées par les séries télévisées<sup>1005</sup> que la sous-commission de sciences judiciaires approuva l'utilisation des recherches d'ADN familiales dans l'État de New York<sup>1006</sup>, alors que jusqu'à présent, seules les

---

<sup>1004</sup> « The "random match probability" (RMP) for most 26-allele profiles, meaning the chance that a person randomly selected from the population would match the profile by coincidence, is typically very small—one in a trillion or less. See Andrea L. Roth, *Safety in Numbers? Deciding When DNA Alone Is Enough To Convict*, 85 N.Y.U. L. REV. 1130, 1136–37, 1136 n.25 (2010). The chance of finding a match in a database of 300 million, assuming a profile with an RMP of 1 in a trillion, would be about 3 in 10,000 » Cité dans ROTH at 34 p301 (V. supra n° 416). L'élargissement du nombre de profils nécessiterait d'augmenter le nombre de marqueurs testés afin de revenir dans des zones de probabilité compatibles avec les investigations qui doivent être menées après l'identification de suspects potentiels

<sup>1005</sup> CSI: Crime Scene Investigation (« Les experts » en Français). Série télévisée de 15 saisons totalisant plus de 300 épisodes au cours desquels l'équipe d'investigation médico-légale a tenu en haleine des millions de « fans » passionnés qui ont été familiarisés avec l'importance des analyses ADN effectués à partir d'échantillons de sang, de salive et de peau <http://www.cbs.com/shows/csi/about/>; Cold Case, une autre série de 156 épisodes concernant des affaires criminelles non résolues pour lesquelles des investigations sont réactivées à la suite de la découverte de nouveaux indices. <http://www.tv.com/shows/cold-case/episodes/>

<sup>1006</sup> L'affaire Vetrano, restée ouverte depuis l'assassinat de la jeune femme a très certainement joué un rôle important dans la décision unanime de la sous-commission (vote 5-0). Voir A. DESTEFANO *State forensic panel approves use of familial DNA to ID suspects* Newsday du 19 mai 2017 <http://www.newsday.com/news/NewYork/state-forensic-panel-approves-use-of-familial-dna-to-id-suspects-1.13649968>; A. O'REILLY « Familial DNA testing OK'd by state forensics sub-panel » Queens Chronicle du 27 mars 2017 [http://www.qchron.com/editions/familial-dna-testing-ok-d-by-state-forensics-sub-panel/article\\_3d20e3a2-1320-11e7-aea7-573476b3ae49.html](http://www.qchron.com/editions/familial-dna-testing-ok-d-by-state-forensics-sub-panel/article_3d20e3a2-1320-11e7-aea7-573476b3ae49.html)

Les résultats des analyses génétiques effectuées à partir des échantillons prélevés sur l'accusé Chanel Lewis, qui clame son innocence, seront présentés devant un jury qui sera constitué le 29 octobre 2018. L. MONGELLI, E. SAUL « Judge OKs DNA evidence in Queens jogger murder trial » New York Post 20 septembre 2018. <https://nypost.com/2018/09/20/judge-oks-dna-evidence-in-queens-jogger-murder-trial/>

recherches par identité partielle étaient autorisées<sup>1007</sup>. A la même époque, les laboratoires de la police criminelle de Bâton Rouge considéraient favorablement l'utilisation de cette méthode d'investigation dans l'État de Louisiane<sup>1008</sup>.

Dans un plaidoyer fort documenté<sup>1009</sup>, visant à faire revenir la Commission sur la proposition de légaliser l'emploi des techniques de recherche en parentèle, Le New York Civil Liberties Union (NYCLU) a fait un retour sur les désavantages liés à cette méthode d'investigation, en particulier les aspects qui concernent les discriminations raciales et ethniques évoquées précédemment et les dangers liés à une utilisation future non contrôlée des données sensibles contenues dans l'ADN. En prenant compte de l'évolution rapide des sciences médico-légales, le NYCLU demande en particulier à l'État de New York de développer un système plus rigoureux d'investigation

**419.** La situation décrite ici n'est pas propre aux États-Unis qui ont été confrontés à des réalités très dures liées à l'histoire de leur société et de leurs peuples. Les questions posées sont universelles au sein des communautés spécialisées et du grand public<sup>1010</sup>, en ce qui concerne les

---

<sup>1007</sup> J.W. PETERS "New York State Will Allow Use of Partial DNA Matches" The New York Times du 24 janvier 2010 <http://www.nytimes.com/2010/01/25/nyregion/25dna.html>

<sup>1008</sup> J. MUSTIAN "State Police Crime Lab eyes familial DNA searching, a controversial crime-solving tool" The Advocate du 18 avril 2017 [http://www.theadvocate.com/new\\_orleans/news/crime\\_police/article\\_Odd1fd72-1b0c-11e7-829a-1be06412d0c8.html](http://www.theadvocate.com/new_orleans/news/crime_police/article_Odd1fd72-1b0c-11e7-829a-1be06412d0c8.html)

<sup>1009</sup> Le rapport fournit une analyse critique des méthodes de recherche familiales, à la fois sur le plan légal et sur un plan scientifique, en reprenant les faiblesses méthodologiques précédemment pointées du doigt par plusieurs experts, les exemples d'erreurs caractérisées et de mauvaise conduite scientifique qui ont éclaté dans l'État de New York depuis 2009 New York Civil Liberties Union Comments Regarding Familial DNA Searching <https://www.nyclu.org/en/publications/comments-regarding-familial-dna-searching>

<sup>1010</sup> Voir par exemple "Familial Searching": Ten Questions and Answers - Double Helix Law. « Ce blog traite du droit de la preuve et des sciences médico-légales utilisant les technologies de l'ADN. Inspiré de l'ouvrage The Double Helix et Law of Evidence (Harvard Univ. Press 2010), il contient également des informations et présente des débats concernant les impacts de l'utilisation médico-légale de l'ADN sur la vie privée et les procédures pénales. <http://sites.psu.edu/dhlaw/2010/07/17/familial-searching-ten-questions-and-answers/> ; En Grande Bretagne les questions concernant l'élargissement de la base nationale ont été abordées par le site « Yourgenome » dans un document intitulé « Avoir une banque nationale d'ADN est-il éthique ? » Le dossier « Is it ethical to have a national DNA database » fait partie d'une série de débats intitulée « Société et comportement » (Society and Behavior), <http://www.yourgenome.org/debates/is-it-ethical-to-have-a-national-dna-database> (dernière consultation avril 2017). « Yourgenome est l'endroit où vous pourrez découvrir tout ce que vous voulez savoir sur l'ADN, les gènes et les génomes.... Vous pourrez également explorer ce que la génétique peut nous dire au sujet d'un individu et d'une population et pourquoi cela peut parfois générer des questions et des débats éthiques difficiles... Le site Web est produit par l'équipe « Public Engagement » et les scientifiques du « Wellcome Genome Campus » près de Cambridge au Royaume-Uni. « Le campus a accueilli les contributions du Royaume-Uni au Projet du génome humain et abrite des scientifiques internationaux de premier plan dans le domaine de la génomique du Wellcome Trust Sanger Institute et de l'Institut Européen de Bioinformatique de l'EMBL. Ensemble,

avantages considérables des techniques de pointe relatives à l'analyse criminalistique du matériel génétique humain et des limites au-delà desquelles leur utilisation doit être exclue.

La résolution des problèmes liés à l'usage de connaissances techniques dont on ne maîtrise toujours pas aujourd'hui la puissance ne peut émerger de dissimulations, interdictions et sanctions constantes. Pour que les individus de toute origine sociale et ethnique puissent accepter les règles d'investigations révolutionnaires dont la Justice doit pouvoir bénéficier, il faut que les scientifiques, juristes et politiciens soient en mesure de leur transmettre une information complète, irréfragable et objective.

### *B. La tentation du fichage universel : lampe d'Aladin ou boîte de Pandore*

**420.** Si l'apport criminalistique des technologies de la génétique moléculaire est incontestablement reconnu, les problèmes de fond soulevés par l'élargissement des techniques d'identification judiciaire utilisant l'ADN, qui ne peuvent être ignorés, sont encore l'objet actuellement et de nombreux colloques et communications dans les journaux spécialisés ou ils sont un thème de réflexion sociétal au niveau international.

La réflexion concernant l'application des progrès de la génomique aux sciences judiciaires a été essentiellement alimentée par les pays dans lesquels les différents niveaux d'utilisation des profils d'ADN en criminologie étaient utilisés de manière courante ou en voie d'être largement adoptée<sup>1011</sup>.

Il ressort d'une étude réalisée auprès des laboratoires américains impliqués dans les analyses de corrélation partielle (CP) ou de recherche familiale (RF), que ceux qui conduisent les recherches

---

nous visons à stimuler l'intérêt et à encourager le débat sur ce domaine en pleine évolution de la science biomédicale. » Voir la présentation complète sur le site <http://www.yourgenome.org/about>; Voir également le dossier « Making Sense of Forensic Genetics » qui présente les différents impacts de l'analyse d'ADN sur la Justice <https://www.forensicmag.com/news/2017/01/european-agency-releases-forensic-dna-guide?cmpid=horizontalcontent>; Making Sense of Forensic (2017)Eurofor-gen-NO-E <http://senseaboutscience.org/activities/making-sense-of-forensic-genetics/>

<sup>1011</sup> En Europe, la United Kingdom National DNA database de Grande Bretagne et le Netherlands Forensic Institute (NFI) en Hollande comptent parmi les laboratoires de recherche criminalistique les plus actifs et les plus réputés au niveau mondial, et les Universités de Innsbruck en Autriche, de Santiago de Compostelle en Espagne, et Copenhague au Danemark abritent des centres de recherche mondialement renommés pour la qualité de leur recherche sur l'utilisation de l'ADN en criminalistique. Aux États-Unis, le NIST Applied Genetics Group, the University of North Texas Health Science Center, the Institute of Environmental Science and Research de Nouvelle Zélande sont considérés comme des leaders mondiaux

familiales sont plus exigeants vis à vis des codes de pratique expérimentale et appliquent des critères plus rigoureux en ce qui concerne l'éligibilité des affaires. De plus, les laboratoires pratiquant les recherches familiales diffusent de manière beaucoup plus contrôlée les résultats des recherches aux forces de police. D'une manière générale, le nombre de recherches familiales ayant abouti à des condamnations est relativement faible<sup>1012</sup>.

Il ne fait aucun doute que les résultats des études menées depuis plusieurs années dans ces pays précurseurs devraient constituer une base de réflexion très précieuse pour ceux qui s'engagent depuis peu dans la voie de l'utilisation criminalistique des données génétiques.

**421.** Un problème qui est souvent ignoré ou minimisé concerne le manque de formation des juges et avocats à ces techniques. Une formation de qualité dispensée par des biologistes moléculaires ayant une compétence juridique leur permettant de s'écarter des discussions spécialisées de laboratoire et d'appréhender les problèmes auxquels les jurés sont confrontés apparaît de plus en plus nécessaire.

La position adoptée par l'État du Wisconsin nous semble un modèle à suivre.

Après que les investigations scientifiques effectuées aient permis d'acquérir suffisamment de preuves à charge ou à décharge, les résultats présentés au juge ne mentionnent pas la nature des méthodes suivies, que ce soit corrélation partielle ou recherche familiale, mais présentent une conclusion qui inclut généralement les résultats de la confrontation finale obtenue lors de la comparaison des profils des traces avec celui du suspect, démontrant de manière non équivoque sa culpabilité. Peu importent les cheminements suivis pour en arriver à cette conclusion qui finalement est la seule qui importe pour la Cour et les membres du jury.

**422.** Plusieurs inquiétudes vives avaient été exprimées en Europe par le Nuffield Council on Bioethics<sup>1013</sup> en 2007 et par la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui en 2008 s'élevait contre la conservation d'échantillons pouvant conduire à une identification ethnique<sup>1014</sup>. Pour

---

<sup>1012</sup> M. B. FIELD, S. DEBUS-SHERRILL « Study of familial searching policies and practices : National survey of CODIS laboratories brief » (V. *supra* n° 414)

<sup>1013</sup> Nuffield Council on Bioethics « The forensic use of bioinformation: ethical issues ». « L'usage des informations biologiques en criminalistique : questions d'éthique »(2007). <https://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/The-forensic-use-of-bioinformation-ethical-issues.pdf>

<sup>1014</sup> Marper c. Royaume-Uni CEDH (V. *supra* n° 399) §76 « La Cour relève par ailleurs que le Gouvernement ne conteste pas que le traitement des profils ADN permette aux autorités de se faire une idée de l'origine ethnique

mettre fin à tout risque d'une potentielle déviance raciste qui résulterait d'une extension des approches fondées sur des recherches en parentèle plusieurs auteurs avaient proposé au cours de la dernière décennie d'intégrer l'ADN de toute la population dans les bases de données

**423.** L'idée de constituer des bases de données universelles avait émergé très tôt après l'avènement des profils d'ADN en tant qu'outil criminologique, comme en témoignent les positions exprimées par D. Kaye et M. Smith, qui voyaient en 2003 des avantages d'efficacité et de justice raciale dans la mise en œuvre d'un tel système<sup>1015</sup> et par les chercheurs A. Jeffreys en Grande Bretagne et J. Watson<sup>1016</sup> aux États-Unis qui considéraient que des bases universelles constituerait un moyen efficace et juste de lutte contre la criminalité. J. Watson ajoutait à l'époque, que le risque d'utilisations inappropriées des données génétiques était bien entendu à envisager mais que, tout compte fait, une telle mesure rendrait la vie plus sûre et que le sacrifice de perte d'anonymité qui en résulterait ne serait pas un prix déraisonnable à payer si les lois assuraient un contrôle strict de l'accès aux données publiques<sup>1017</sup>.

**424.** Malgré l'opposition largement exprimée vis à vis de pratiques visant à collecter les données les plus intimes que chacun recèle dans son génome, l'expérience de terrain montre cependant qu'il est difficile de mettre en avant les problématiques raciales face à une

---

probable du donneur et que cette technique est effectivement utilisée dans le cadre des enquêtes policières » ce qui « rend leur conservation d'autant plus sensible et susceptible de porter atteinte au droit à la vie privée. Les données à caractère personnel révélant l'origine ethnique figurent parmi les catégories particulières de données appelant une protection accrue » §77. « Dans ces conditions, la Cour conclut que la conservation tant des échantillons cellulaires que des profils ADN des requérants s'analyse en une atteinte au droit de ces derniers au respect de leur vie privée au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. »

<sup>1015</sup> « A population wide DNA data-base could serve at least a partial much needed antidote for the racial distortions that plague the criminal justice system. DNA evidence does not care about race » « Une base de données génétiques à l'échelle de la population entière pourrait servir au moins partiellement, d'antidote nécessaire aux distorsions raciales qui sont un véritable fléau dans le système de justice pénale. La preuve ADN ne se soucie pas de la race. » D. H. KAYE and M/ E. SMITH « DNA Identification Databases: Legality, Legitimacy, and the Case for Population-Wide Coverage » *Wis. L. Rev* (2003) 413 : 413-458

<sup>1016</sup> Co-découvreur avec F. CRICK de la structure tridimensionnelle de l'ADN en 1953 J. D. WATSON, F. H. C. CRICK « Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid » *Nature* (1953) 171:737-738

<sup>1017</sup> Voir S. CONNOR « Take everyone's DNA fingerprint, says pioneer » *The Independent* du 3 février 2003 <http://www.independent.co.uk/news/science/take-everyones-dna-fingerprint-says-pioneer-117771.html>; ainsi que M. A. JOBLING, P. GILL « Encoded Evidence : DNA in Forensic Analysis » *Nat Rev Genet* (2004) 5: 739 - 751; Tony Blair fut le premier chef de gouvernement à prendre une position officielle sur ce sujet controversé. Il déclarait aussi en 2006 être en faveur de la création d'une base universelle qui selon lui serait plus juste. Cité dans N. MORRIS « A "chilling" proposal for a universal DNA database » *The independent* du 5 septembre 2007 <http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/a-chilling-proposal-for-a-universal-dna-database-401503.html>

investigation sur le point de confondre un violeur en série qui avait échappé jusqu'alors aux investigations policières. Selon I. Friedman<sup>1018</sup>, « de nombreuses personnes diront: « On s'en moque ! » « par ce que les gens ne sont pas intéressés par les problèmes du système judiciaire, sauf si il les a touchés directement ».

Les défenseurs d'une extension générale des bases de données invoquent la véritable dimension d'objectivité dont pourrait idéalement bénéficier la recherche criminologique de par le fait que tous les individus d'une même société seraient alors confrontés aux mêmes pratiques de collecte et conservation des échantillons d'ADN.

Les questionnements concernant les atteintes potentielles au respect de la vie privée auraient alors une valeur nationale.

Si cet argument apparaît acceptable, la généralisation de l'établissement de profils génétiques pose à la fois des problèmes techniques, socio-économiques, et éthiques.

**425.** En premier lieu, de nouvelles méthodologies devraient nécessairement être développées pour gérer d'une part la collecte non ciblée des échantillons et d'autre part l'afflux considérable des données, dans l'hypothèse où elles seraient exploitées selon les méthodes actuellement en cours.

Non seulement une simple expansion du système existant conduirait à des problèmes logistiques<sup>1019</sup> qui rendraient son application difficile, mais il n'est pas du tout certain, que la majorité des individus non coupables accepte d'être fiché et de perdre une fraction des droits au respect de la vie privée individuelle auxquels elle est tant attachée<sup>1020</sup>

---

<sup>1018</sup> « *It's difficult to raise these issues in the face of the most recent prospect that a serial abductor has been taken off the streets* » « A lot of people will say, 'Who cares?' because people don't care about the criminal justice system unless they have been touched by it. » voir J. Wysochanski (V. *supra* n° 402)

<sup>1019</sup> J. M. BUTLER « Concerns of DNA Database Critics - A universal Population-Wide Database ? » (2012) p 263-264 in *Advanced Topics in Forensic DNA Typing : Methodology*. Elsevier Academic Press, San Diego 704 pages. Un tel système n'est envisageable que s'il est conduit sur une base de volontariat. En cas de refus de quel moyen de pression faudra-t-il user ? Faudrait-il généraliser les prélèvements lors de la délivrance de papiers officiels ou d'infractions mineures au Code de la route ? La collecte des échantillons se ferait-elle dès le plus jeune âge ? dès la naissance ? A partir de quand les premières analyses seront réalisées ? Sur la base de quels marqueurs dans la mesure où les techniques évoluent rapidement avec le temps ? Les échantillons devront-ils être conservés jusqu'à un certain âge, qui resterait à déterminer, à partir duquel les individus sont plus enclins à commettre des infractions ?

<sup>1020</sup> « *Americans want security, and we are willing to give up some privacy to get it, especially the privacy of others* ». « Les Américains veulent de la sécurité et sont prêts pour cela à perdre un peu de leur vie privée, mais surtout quand il s'agit de celle des autres ». A. ROTH « *Maryland v. King and the Wonderful, Horrible DNA Revolution in Law Enforcement* » (V. *supra* n° 415)

**426.** La petite taille des fragments STR qui ne représentent qu'une fraction minime du génome<sup>1021</sup> avait été mise en avant pour « garantir » que leur utilisation ne pouvait fournir aucune information concernant les données à caractère sensible telle qu'elles sont définies dans les textes des Conventions et Règlements et concernant par exemple leur état de santé ou une quelconque prédisposition à une pathologie invalidante.

Cependant un élargissement significatif des recherches en parentèle nécessiterait une augmentation significative du nombre de marqueurs qui deviendraient nécessaire pour éviter l'augmentation des correspondances fortuites<sup>1022</sup>. L'emploi d'un plus grand nombre de marqueurs poserait immédiatement des questions nouvelles quant à leur « neutralité », alors que nos connaissances concernant l'organisation fonctionnelle du génome ne cessent de progresser.

**427.** Pour reprendre le parallèle que nous avons évoqué entre les chaînes de construction automobiles et l'expression du génome humain (§ ), on peut comparer les STR aux centaines de pièces secondaires employées pour l'assemblage de certaines parties utilitaires ou décoratives des véhicules (charnières et serrures de portes et coffres, enjoliveurs de roues, garnitures de sièges, éléments de tableau de bord, pédales d'accélérateur et de frein, pot d'échappement, etc.). L'examen de quelques-unes de ces pièces détachées ne suffirait pas à identifier avec certitude l'origine du véhicule. Une identité partielle pourrait être établie entre deux modèles proche, mais leur distinction nécessiterait une investigation plus poussée, et des recherches de parenté avec des modèles préexistants. Par contre, l'examen d'un très grand nombre de pièces simplifierait le processus d'identification et restreindrait la panoplie des véhicules candidats.

---

<sup>1021</sup> Les méthodes actuelles fondées sur l'utilisation de 24 marqueurs conduisent en moyenne à l'amplification d'environ 300 paires de base pour chaque locus bordé par les STR utilisés, soit environ 7200 paires de bases dans des régions réputées comme non-codantes. Si l'on rapporte cette valeur à la taille totale du génome, la partie amplifiée représente 0,000225% du génome. « *An estimate can be made by using 300 base pairs per STR locus (some are larger and some smaller). With a 24plex assay, such as is commonly used today for Global Filer or PowerPlex Fusion, the numerator would be 300 x 24 or 7200 base pairs. The denominator would be 3.2 billion base pairs for a rough estimate of the size of the human genome* ». (J. M. Butler Communication personnelle Juillet 2017)

<sup>1022</sup> *Ibid* A. ROTH at 34 p301 (V. *supra* n° 415)



**428.** L'implémentation des nouvelles technologies de séquençage rapide de génomes entiers pourrait pallier les problèmes liés à la nécessité d'augmenter le nombre des STRs nécessaires à l'élargissement significatif des bases génétiques.

La technique connue sous le nom de Next Generation Sequencing<sup>1023</sup>, permet par exemple de détecter les mutations responsables de polymorphisme au niveau nucléotidique (SNP)<sup>1024</sup> ou de procéder à une identification simultanée des séquences de STRs que les migrations électrophorétiques ne séparent que sur la base de leur taille<sup>1025</sup>.

Ce raffinement technologique fut appliqué par le laboratoire allemand Eurofins Forensics pour effectuer une analyse de paternité impliquant deux jumeaux.

Le séquençage total de l'ADN provenant de leur sperme indiqua que les jumeaux pouvaient être différenciés par la présence de 5 mutations qui leur étaient propres. L'analyse du génome de l'enfant révéla qu'il possédait les 5 mutations d'un des deux frères, à qui la paternité pouvait être attribuée<sup>1026</sup>.

---

<sup>1023</sup> Les techniques de next generation sequencing (NGS) aussi appelées séquençage à haut débit (High Throughput sequencing) reposent sur la réalisation simultanée de millions de réactions de séquençage à un coût faible, qui a en particulier permis de faire baisser considérablement le prix (3 milliards de dollars en 2001, à environ 1000 dollars en 2014) et le temps nécessaires (15 ans en 2001, 1 journée en 2014) pour effectuer le séquençage total d'un ADN humain. Ces techniques permettent de détecter facilement des mutations qui génèrent un polymorphisme au niveau nucléotidique (Single Nucleotide polymorphism) et des micro délétions ou additions de séquences dans le génome

<sup>1024</sup> Les progrès techniques effectués dans le domaine du séquençage de l'ADN ont permis dans un premier temps, d'identifier des polymorphismes touchant une seule paire de bases dénommés SNP (prononcer snip) pour Single Nucléotide Polymorphism en anglais. De très nombreux SNP ont été associés à un risque plus élevé de développer une pathologie, mais aussi à des sensibilités médicamenteuses, à des particularités physico-chimiques de certains tissus, à des troubles métaboliques, etc. Parallèlement, les techniques de détection de ces SNP ont évolué rapidement et il est maintenant établi que plusieurs milliers de mutations nucléotidiques sont associées à l'expression de traits et comportements humains. Une compilation publiée en 2017 [(European Bioinformatics Institute (EMBL-EBI) (<http://www.ebi.ac.uk/gwas/>))] indiquait que 41 623 SNP avaient été associés à des traits humains ou à des pathologies. L'analyse, au niveau du génome entier, des associations pouvant exister entre des variations génétiques et la présence ou l'absence de traits phénotypes normaux ou pathologiques a conduit à l'identification de corrélations qui sont informatives mais pas absolues. Ces études d'association pangénomique (GWAS, pour genome wide association studies, en anglais) identifient des variations génétiques communes à une cohorte d'individus qui partagent une même particularité phénotypique

<sup>1025</sup> Les pics uniques observés en électrophorèse peuvent ainsi être distingués par leurs séquences, ce qui en permet de lever des ambiguïtés d'interprétation et renforcer l'identification des profils établis lors de recherche de corrélations. Voir par exemple S. B. SEO, et al. « Single nucleotide polymorphism typing with massively parallel sequencing for human identification » *Int J Legal Med* (2013) 127: 1079–1086

<sup>1026</sup> J. WEBER-LEHMANN, et al. « Finding the needle in the haystack: Differentiating "identical" twins in paternity testing and forensics by ultra-deep next generation sequencing » *Forensic Sci Int-Gen* (2014) 9 : 42–46

Ce fut la première démonstration que le séquençage global de génomes par les techniques de NGS permettait d'identifier avec certitude l'origine d'un échantillon d'ADN avec une précision telle qu'elle permettait de différencier deux vrais jumeaux <sup>1027</sup>.

**429.** Commanditée dans une affaire de viols impliquant l'un des deux jumeaux McNair, Eurofins fut chargée par le County District Attorney de Suffolk (Massachusetts) de procéder à l'analyse différentielle du génome de deux frères jumeaux dont les profils d'ADN établis par le CODIS sur la base des 13 STR classiques, donnaient une correspondance parfaite avec les échantillons d'ADN prélevés sur les lieux d'un des viols, mais ne permettait pas d'identifier lequel des deux était coupable<sup>1028</sup>.

Dans un premier temps, le séquençage de l'ADN salivaire des deux frères établit qu'ils différaient par 9 mutations sur les 3 millions de paires de bases qui constituent l'ADN humain. Ces mutations étaient spécifiques de chacun d'eux et participaient donc à leur signature génétique.

Dans un second temps, les séquences établies sur les salives des deux frères furent comparées à celle de l'ADN prélevé dans le préservatif que l'agresseur avait laissé sur le site du crime.

Les résultats obtenus indiquèrent que l'ADN de Dwayne et celui de l'agresseur étaient identiques sur 7 positions, alors que celui de son frère ne donnait une correspondance que pour 2 sites. De plus, deux mutations caractéristiques de la salive de Dwayne furent retrouvées dans le sperme de l'agresseur alors qu'aucune mutation spécifique de son frère Dwight ne fut trouvée.

Au vu de ces résultats, Eurofins déclara que Dwayne avait 2 millions de fois plus de chances que son frère d'être la source du sperme relevé sur le site du crime.

Le fait que les sources des ADN utilisés étaient différentes posait problème. Il aurait en effet été plus rigoureux de pouvoir comparer les séquences des ADN du sperme des deux frères avec celui de l'agresseur. Cependant une telle procédure aurait nécessité un prélèvement de matériel

---

<sup>1027</sup> Eurofins' Scientists Discover Genetic Differences Between "Identical" Twins  
<https://www.eurofinsgenomics.eu/en/eurofins-genomics/corporate-information/press-releases/press-archive/twintest-ngs.aspx>

<sup>1028</sup> B. R. BALLOU « Prosecutors say DNA led them to '04 rape suspect » The Boston Globe du 30 mars 2011 [http://www.boston.com/news/local/massachusetts/articles/2011/03/30/prosecutors\\_say\\_dna\\_led\\_them\\_to\\_04\\_rape\\_suspect/](http://www.boston.com/news/local/massachusetts/articles/2011/03/30/prosecutors_say_dna_led_them_to_04_rape_suspect/); T. ANDERSEN "Rape suspect indicted with cutting-edge DNA testing" The Boston Globe du 10 septembre 2014 <https://www.bostonglobe.com/metro/2014/09/10/prosecutors-indict-man-using-dna-testing-that-distinguishes-him-from-his-twin-brother/gKfLy3XjmxvB2OysYg0WIM/story.html>; D. BOERI « Standard DNA Testing Can't Differentiate Between Identical Twins. A New Test Challenges That » Boston NPR News Station (WBUR) du 7 mars 2017 <http://www.wbur.org/news/2017/03/07/twin-dna-crime-tech>

humain qui aurait violé le principe du quatrième amendement de la Constitution qui protège les individus contre une fouille ou une saisie non motivée<sup>1029</sup>.

Malgré les remarques concernant le fait que la technique utilisée n'avait été décrite que dans un article et n'avait jamais été retenue dans une quelconque Cour, ou validée par une étude de plus grande ampleur<sup>1030</sup> le procureur exprima sa confiance dans cette nouvelle approche en reconnaissant son admissibilité<sup>1031</sup> et en transmettant l'affaire au Juge de la Cour Supérieure.

**430.** Suite au développement de l'affaire McNair la police et le procureur de Grand Rapids (Michigan) envisagent d'utiliser la même approche dans un cas non résolu de viol commis en 1999, pour lequel les analyses de profil ADN avaient conduit à deux jumeaux dont les techniques disponibles ne permettaient pas de déterminer lequel des deux était coupable<sup>1032</sup>.

**431.** Le coût élevé des tests<sup>1033</sup> peut aujourd'hui constituer un frein à son utilisation. Cependant, il faut reconnaître que c'est à l'heure actuelle, la seule méthode permettant non seulement de distinguer deux jumeaux et d'innocenter celui qui n'a pas commis le crime, mais également d'avoir un accès aussi fin aux données physiques qui sont le support de l'identité génétique individuelle.

On peut prédire que si cette technique, qui est couramment utilisée par de nombreux laboratoires de recherche et par des compagnies privées commercialisant des tests génétiques en accès libre<sup>1034</sup> était largement adoptée, son coût diminuerait très certainement, comme ce fut le cas pour toutes les techniques de biologie moléculaire.

---

<sup>1029</sup> « *If they had obtained semen samples from both twins and one of the twin's semen samples matched the crime scene samples, then I would not have a problem with it* » Housman said. Cité dans D. BOERI (V. *supra* n° 429)

<sup>1030</sup> « *Given the way that most forensic tests are validated, and should be validated according to many scientists, this test has not been validated yet in that manner* » D. Kaye cité dans D. Boeri (V. *supra* n° 429) On peut cependant ici considérer que l'opinion de l'expert Eurofins permet de considérer, en accord avec le test DAUBERT, que la procédure qui « repose sur fondation scientifique solide, peut être retenue, même si elle n'a pas été largement acceptée » (V. *supra* n° 335)

<sup>1031</sup> « *While it is indisputably a novel approach, we expect to prove it's a reliable one* » « bien que ce soit incontestablement une nouvelle approche, nous comptons pouvoir prouver qu'elle est fiable »

<sup>1032</sup> K. KOLKER « Boston hearing could crack GR identical twin rape case » 13 février 2017 WOODTV.COM <http://woodtv.com/2017/02/13/boston-hearing-could-crack-gr-identical-twin-rape-case/>

<sup>1033</sup> Pour l'affaire McNair la compagnie Eurofins avait demandé 120 000 dollars qui avaient été partagés par la police et le procureur.

<sup>1034</sup> *Ibid* B PERBAL « Direct to consumer genetics in our future daily life. » *J Cell Commun Signal* (2014) 8:275-287 (V. *supra* 404) ; B. PERBAL « Tests génétiques en accès libre : danger ou opportunité ? » Le Petit Juriste du 27 août

La mise en œuvre des séquençages du génome à haut débit dont les performances sont constamment améliorées et leur utilisation combinée à celle des kits de type « Rapid DNA »<sup>1035</sup> permettant d'obtenir des profils d'ADN en quelques heures sur le site même des crimes, vont révolutionner profondément les investigations criminalistiques basées sur l'identification génétique des délinquants<sup>1036</sup>.

Ces évolutions ouvriront immanquablement la porte à une généralisation des séquençages de génomes individuels dont les données collectées deviendront les enjeux d'exploitations policières, juridiques, et commerciales considérables.

**432.** En effet, le séquençage des génomes permet l'identification de traits phénotypiques qui peuvent être très utiles dans l'établissement de portraits robots génétiques, tels que ceux qui sont maintenant de plus en plus utilisés et qui reposent sur l'analyse d'une panoplie réduite de gènes impliqués dans la forme du visage, la couleur de la peau, etc.<sup>1037</sup>

Dans une étude comparative, les portraits robots « génétiques » (aussi qualifiés de « composites ») se sont avérés très proches de ceux qui sont établis à partir des témoignages

---

2015 ; B PERBAL « Pour une liberté surveillée des tests génétiques » *Doctrine Droit de la Santé Petites Affiches* (2015) 179-180: 10-16

<sup>1035</sup> Aux États-Unis, l'utilisation des kits d'analyse rapide d'ADN est encadrée par le Rapid DNA Act de 2016 (S. 2348-114th Congress 2nd Session June 20, 2016 - <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/2348/text>) et ne constitue pas une violation du 4e amendement de la Constitution. Voir J. LYNCH *Rapid DNA: Coming Soon to a Police Department or Immigration Office Near You* (2017) Electronic Frontier Foundation <https://www.eff.org/deeplinks/2012/12/rapid-dna-analysis>; INTEGEN X « The Case for Rapid DNA » <https://integenx.com/wp-content/uploads/2012/05/The-Case-for-Rapid-DNA.pdf>

<sup>1036</sup> Voir par exemple C. SMITH, S. STRAUSS, L. DeFRANCESCO « DNA goes to Court » *Nat Biotechnol* (2012) 30 : 1047- 1053; J. M. BUTLER « The future of forensic DNA analysis » *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci B* (2015) 370 : 1674

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4580997/>; E. WORTHMAN *Semiconductor Engineering: Using DNA Differently -Semiconductor Engineering* (2015) *Semiconductor Engineering* <https://semiengineering.com/using-dna-differently/>

<sup>1037</sup> Les techniques mises en œuvre aux États-Unis et en Hollande au début de la décennie pour établir des modèles en 3D de visages à partir des informations génétiques ont fait l'objet de plusieurs communications et critiques dans des revues spécialisées. Voir par exemple F LIU et al (34 auteurs du consortium International Visible Trait Genetics) « A Genome-Wide Association Study Identifies Five Loci Influencing Facial Morphology in Europeans » *PLOS Genet* Epub 2012 Sep 13; P. CLAES P, M.D. SHRIVER « Establishing a multidisciplinary context for modeling 3D facial shape from DNA » *PLOS Genet* (2014) 10 (11):e1004725; P CLAES et al. « Modeling 3D facial shape from DNA. » *PLOS Genet* 2014 Mar 20;10(3):e1004224; B. HALLGRIMSSON, W. MIO, R. S. MARCUCIO, R. SPRITZ « Let's Face It—Complex Traits Are Just Not That Simple » *PLOS* (2014) 10:1-3

visuels<sup>1038</sup>. Ils peuvent ainsi être utiles lorsque les témoignages sont absents, flous ou empreint de trouble émotionnel<sup>1039</sup>.

Un portrait robot génétique a été diffusé publiquement pour la première en 2015 par la police de Columbia (Caroline du Sud) dans l'espoir de retrouver le meurtrier d'une jeune femme et de sa fille de trois ans assassinés en 2012 sans qu'aucun témoin ou trace de vidéo surveillance puisse aider à l'enquête<sup>1040</sup>. Cette initiative fut suivie en 2016 par le procureur du Massachusetts qui fit appel au laboratoire Parabon NanoLabs<sup>1041</sup> pour tenter de retrouver le meurtrier auteur du viol d'une jeune femme en 1992<sup>1042</sup>. Dans les deux cas, les autorités manifestaient leur satisfaction de pouvoir mettre un visage sur l'auteur de ces crimes. La même approche fut poursuivie par la police du Comté de Montgomery (Maryland) qui diffusa en 2017 un avis de recherche sur lequel figurait une représentation composite d'un violeur multirécidiviste ayant agressé six femmes entre 2010 et 2012<sup>1043</sup>. Bien que ces investigations coûtent des milliers de dollars, les autorités de police estiment que ces dépenses sont justifiées, dans l'intérêt de la progression des investigations et pour la satisfaction du public. Cette technique a d'ailleurs été utilisée internationalement pour produire des images digitales de suspects dans plusieurs affaires.

**433.** En France, les portraits-robots génétiques ont fait leur apparition en 2015<sup>1044</sup>, après que la Cour de cassation<sup>1045</sup> ait considéré que « *relever les caractères morphologiques apparents de*

---

<sup>1038</sup> B. F. KLARE, Z LI, AK. JAIN « Matching forensic sketches to mug shot photos » *IEEE Trans Pattern Anal Mach Intell* (2011) 33 : 639-646

<sup>1039</sup> S. KLUM, H. HAN, A. K. JAIN, B. KLARE « Sketch Based Face Recognition: Forensic vs. Composite Sketches » <http://openbiometrics.org/publications/klum2013sketch.pdf>; les portrait robots composites sont aussi utiles pour effectuer un criblage de fiches signalétiques établies précédemment ou dans d'autres circonstances.

<sup>1040</sup> A. POLLACKFEB « Building a Face, and a Case, on DNA » *New York Times* du 23 février 2015 <https://www.nytimes.com/2015/02/24/science/building-face-and-a-case-on-dna.html>

<sup>1041</sup> Engineering DNA for next-generation therapeutics and forensic <https://parabon-nanolabs.com/>

<sup>1042</sup> D. GLAUN "Lisa Ziegert unsolved homicide: DA releases DNA generated image of suspect" *Massivelive.com* 28 September 2016

<sup>1043</sup> K. LEWIS "Laboratory uses serial rapist's DNA left at crime scenes to create vivid facial composite" *ABC7 - WJLA Washington D.C.* <http://wjla.com/news/local/dna-crafts-facial-composite-of-serial-rapist-suspected-of-sexually-assaulting-6-women>

<sup>1044</sup> W. MOLINIE « Portrait-robot à partir d'ADN : une technique déjà utilisée dans 19 affaires criminelles » (2016) *INFO METRONEWS* <http://www.lci.fr/faits-divers/portrait-robot-a-partir-dadn-une-technique-deja-utilisee-dans-19-affaires-criminelles-1508584.html>; S. SEELow « Le portrait-robot génétique arrive en France » *Le Monde* du 18 décembre 2014 [http://www.lemonde.fr/societe/visuel/2014/12/18/le-portrait-robot-genetique-arrive-en-france\\_4541590\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/visuel/2014/12/18/le-portrait-robot-genetique-arrive-en-france_4541590_3224.html). Contrairement aux USA où la diffusion d'un portrait robot génétique a été effectuée publiquement plusieurs fois par la police aux USA et dans d'autres pays, elle est limitée en France aux services compétents en criminologie

<sup>1045</sup> Cass. crim. N° 3280 du 25 juin 2014 (13-87.493)

*l'auteur d'un crime à partir de l'ADN que celui-ci avait laissé sur les lieux, à seule fin de faciliter son identification » ne viole pas les articles 16-10 et 16-11 du Code civil encadrant l'analyse des caractéristiques génétiques humaines <sup>1046</sup>, ni les articles 706-54 et suivants du Code de procédure pénale.*

Dans un avis publié en avril 2016<sup>1047</sup>, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) sans « remettre en cause la faculté ouverte par la Cour de cassation », qui sur un plan purement juridique pourrait apparaître contestable<sup>1048</sup>, propose que « *celle-ci pourrait être utilement consolidée et encadrée afin d'éviter des dérives ou des mésusages. L'enjeu est de trouver le juste équilibre entre l'ingérence que constitue la recherche des caractéristiques génétiques de l'auteur d'un crime, d'une part, et les autres intérêts en présence, d'autre part.* »

La Commission ajoute : « *Outre la manifestation de la vérité et la protection des victimes, on relèvera notamment que la recherche de caractéristiques génétiques aux fins de faciliter l'identification d'un criminel peut avoir pour avantage d'éviter des prélèvements d'ADN sur des populations nombreuses à des fins d'identification, et donc le recueil de masse de parties d'ADN non codantes.* »

Cette seconde affirmation semble toutefois fragilisée à la lumière des faiblesses attribuées aujourd'hui aux portraits robots génétiques qui reposent sur des traits qui peuvent être modifiés naturellement sous les effets de l'âge et de l'environnement ou artificiellement par les méthodes de la chirurgie plastique et des modifications de l'apparence par le maquillage et l'utilisation de lentilles rétiniennes de couleur.

**434.** On peut en effet s'interroger sur bien-fondé de la mise en œuvre d'une technique dont on attend qu'elle évite les potentielles dérives racistes associées aux recherches en parentèle<sup>1049</sup>

---

<sup>1046</sup> L'Article 16-10 limite « L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne » à « *des fins médicales ou de recherche scientifique* » et L'Article 16-11 dispose « *L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ; 2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ;3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées.* »

<sup>1047</sup> « Avis relatif à l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques apparents » JORF n°0084 du 9 avril 2016, texte n° 102

<sup>1048</sup> V. BENSOUSSAN-BRULE « ADN : vers un encadrement du portrait-robot génétique ? » (2017) Lexing Alain Bensoussan Avocats <https://www.alain-bensoussan.com/avocats/adn-portrait-robot-genetique/2017/02/17/>

<sup>1049</sup> V. *supra* n° 407

alors que certains estiment que son développement pourrait en fait exacerber un profilage racial et constituer une violation de la vie privée<sup>1050</sup>.

Bien entendu, il est encore trop tôt pour en juger, mais on se retrouve une fois encore dans une situation où le progrès scientifique est appliqué en amont d'un débat public qui selon E. Murphy est une étape nécessaire.

**435.** Pour l'heure, il est entendu que la très grande sensibilité des techniques de NGS autorise certains rapprochements qui auraient pu être mis en doute devant la Cour, pour faute de preuve convaincante et que des approches validées doivent être exploitées.

Plusieurs compagnies privées se sont déjà engagées dans la course à la fabrication de séquenceurs portables<sup>1051</sup> permettant d'établir directement et rapidement, la séquence de l'ADN du criminel à partir d'une trace relevée sur le site du crime.

Ces progrès technologiques constituent des avancées considérables sur lesquelles la criminologie peut maintenant espérer s'appuyer en routine et donnent une valeur ajoutée aux preuves génétiques présentées à l'appréciation des juges et des jurés.

**436.** La facilité avec laquelle le séquençage du génome humain est aujourd'hui réalisé conduit aussi vers la proposition déjà fortement évoquée dans les milieux spécialisés, de procéder à l'enregistrement dans des bases nationales telle que celle qui fut élaborée en Islande<sup>1052</sup>, sans aucune distinction sociale, de tous les génomes humains appartenant à des sociétés permissives qui pourraient lutter très efficacement contre le crime international en mettant sur pied des systèmes d'échanges de bases de données. Tout criminel potentiel saurait par avance que s'il laisse des traces, même infimes, sur les lieux d'un crime, son identification serait immédiate.

Sur un plan pratique, il serait tout à fait envisageable qu'à l'instar du relevé d'empreintes digitales effectué lors des demandes de pièces d'identité on puisse procéder à un prélèvement automatique de l'ADN de toutes les personnes, y compris à la naissance des enfants lors de leur déclaration à l'état civil.

---

<sup>1050</sup> *Ibid* A. POLLACKFEB « Building a Face, and a Case, on DNA » (V. *supra* 432)

<sup>1051</sup> *Ibid* C. SMITH, S. STRAUSS, L. DeFRANCESCO « DNA goes to Court » (V. *supra* n° 431)

<sup>1052</sup> Genome and Nation, Iceland's Health Sector Database and its Legacy [http://ourenvironment.berkeley.edu/wp-content/uploads/2011/09\\_GENOME\\_NATION.pdf](http://ourenvironment.berkeley.edu/wp-content/uploads/2011/09_GENOME_NATION.pdf) ; *Ibid* B. PERBAL (2014) Communication is the key. : Part 2 : Direct to consumer genetics in our future daily life ? (V. *supra* n°404)

**437.** Malgré les promesses de résultats idylliques qu'apporterait un fichage universel dans un monde débarrassé de la criminalité, se profilent les craintes éthiques les plus vives concernant la mainmise des forces de police et des gouvernements sur tous les aspects les plus intimes de la vie privée personnelle et publique de chacun ainsi que la disparition de la liberté individuelle, avec en toile de fond les prévisions futuristes interpellantes dressées par certaines productions cinématographiques de science-fiction<sup>1053</sup> et les craintes déjà évoquées en France en ce qui concerne la tentation d'un « fichage de masse »<sup>1054</sup> .

Si une telle évolution est aujourd'hui difficilement envisageable, à la fois pour des raisons sociales, éthiques, économiques et politiques, on peut prédire que les progrès scientifiques relatifs à la biologie de l'ADN affecteront non seulement les sciences criminalistiques mais également à la gestion d'une médecine personnalisée qui se doit d'être respectueuse de la dignité humaine et des efforts considérables qui ont été déployés pour que l'Homme ne soit pas réduit à l'état d'objet expérimental servant les intérêts d'une minorité aux intentions très contestables.

**438.** Le problème posé ici a été rencontré à chaque fois qu'une manipulation ou investigation scientifique (clonage, modification du génome, etc.) mettait en jeu l'ADN, support de l'hérédité, mais aussi de la personnalité, aussi bien physique que physiologique. Véritable coffre au trésor informationnel dont les clés ne doivent pas être mises entre n'importe quelles mains, il recèle toutes les données dont l'expression préside à la place qu'occupe l'Homme dans le monde vivant. Au-delà des questions d'ordre purement éthique, la manipulation des données génétiques, rendue possible par les informations tirées du séquençage à haut débit donne aujourd'hui à l'Homme le pouvoir de modifier sa descendance.

Les conséquences que l'on peut imaginer résulter d'une utilisation incontrôlée des génomes avaient déjà été envisagées dans les années 70 lors des premières expérimentations de clonage moléculaire et de recombinaison permettant la création de nouveaux génomes. Paul Berg, pionnier du clonage ayant envisagé les pires applications que rendait possible l'introduction qu'il avait réussie, d'un gène de cancer d'origine simienne dans une bactérie commune (E. Coli), proposa en 1974 un moratoire sur les manipulations génétiques et la tenue d'une conférence à

---

<sup>1053</sup> Voir par exemple Total Recall, Minority Report et Gattaca

<sup>1054</sup> M. Van RENTERGHEM « La tentation du fichage génétique de masse » Le Monde du 25 septembre 2006, mis à jour en ligne le 3 juillet 2007. [http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2006/09/25/la-tentation-du-fichage-genetique-de-masse\\_816576\\_3208.html](http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2006/09/25/la-tentation-du-fichage-genetique-de-masse_816576_3208.html)



huis clos qui regroupa 150 chercheurs internationaux en février 1975 à Asilomar en Californie pour réfléchir aux problèmes éthiques posés par cet immense progrès scientifique<sup>1055</sup>.

**439.** Outre les questions idéologiques, le problème le plus aigu posé par la création de bases de données générales, tient dans le fait que la collecte des échantillons prélevés en vue de l'établissement des profils génétiques est nécessairement associée, aujourd'hui pour des raisons de méthodologie scientifique, à la conservation d'échantillons qui contiennent le génome entier des individus donateurs volontaires où légalement forcés, une situation ouvrant la porte à une possible exploitation incontrôlée, voire malveillante, des données génétiques contenues dans les échantillons conservés.

**440.** Non seulement il est difficile d'évaluer l'impact qu'un enregistrement général de génomes dans des bases de données élargies aurait sur les délinquants dont certaines études ont indiqué qu'ils persistaient à commettre des délits, même en condition de liberté conditionnelle, et prédire où en seront nos capacités d'exploitation et de protection des données contenues dans nos génomes

**441.** Doit-on pour autant priver l'humanité de moyens d'endiguer et d'éradiquer la criminalité ?

Doit-on pour autant abandonner le transfert des techniques d'identification basées sur la biologie de l'ADN au profit de techniques émergentes dans lesquelles des profils protéiques, apparemment dénués d'information privée, fourniraient les nouveaux outils d'investigations de la police scientifique<sup>1056</sup> ?

Ou peut-on faire confiance à l'Homme et compter sur sa sagesse pour manier la génétique criminaliste comme la lampe d'Aladin et ne pas la transformer en boîte de Pandore ?

---

<sup>1055</sup> Une analyse des questions et réponses posées lors de cette réunion fut écrite par P. BERG dans un article où il se demande si une réunion comme celle-là pourrait résoudre les polémiques scientifiques d'aujourd'hui... P. BERG « Asilomar 1975: DNA modification secured » Meetings that changed the world *Nature* (2008) 455:290-291

<sup>1056</sup> M. HEALY « Move over DNA. Scientists can identify you based on the unique pattern of proteins in your hair » LA Times du 9 septembre 2016 <http://www.latimes.com/science/sciencenow/la-sci-sn-hair-protein-identification-20160907-snap-story.html>; G. J. PARKER et al. "Demonstration of Protein-Based Human Identification Using the Hair Shaft Proteome" *PLOS One* (2016)11(9):e0160653

**442.** Nous pensons que les conditions sont propices aujourd’hui pour envisager de réunir une commission internationale d’experts scientifiques et de juristes qui pourraient tenter de proposer des règles uniformisées de collecte, conservation et exploitation des données génétiques de manière à garantir la préservation du droit au respect de la personnalité génétique individuelle et de la dignité humaine.

## **Conclusion du Titre I**

**443.** Selon le concept du soi social proposé par G. H. Mead<sup>1057</sup>, les interactions entre le « moi » social qui traduit l’insertion de l’individu dans un ensemble sociétal auquel il s’identifie et le « je », composant spécifique qui le distingue des autres, contribuent à la construction du « soi ».

De la même manière, notre modèle du « soi » génétique repose sur la combinaison au sein du génome humain d’une collection d’attributs qui constitue le « moi » de tout *homo sapiens* et d’une myriade de caractéristiques spécifiques du « je », acquises de manière épigénétique, au cours du développement de chaque individu et en réponse aux pressions environnementales qu’il subit.

**444.** La définition du « soi » génétique que nous avons adoptée est dynamique, car elle inclut toutes les modifications affectant le matériel génétique apparues depuis la naissance. Elle peut donc varier suivant l’étape de la vie à laquelle on considère les potentialités génétiques de l’individu.

Le mosaïcisme somatique, est défini comme la présence, au sein d’un même organisme, de cellules somatiques dont le patrimoine génétique n’est pas homogène. C’est une illustration des modifications épigénétiques pouvant survenir au cours de la vie. Cette hétérogénéité de constitution génomique est susceptible, dans certains cas rares, d’interférer avec l’interprétation de profils génétiques, dans la mesure où des populations génétiquement hétérogènes peuvent coexister dans les échantillons.

De la même manière, un mosaïcisme germinale peut également résulter de mutations apparaissant dans la lignée germinale des individus au cours de leur vie. Ces mutations peuvent modifier le

---

<sup>1057</sup> V. *supra* n° 285

patrimoine génétique transmis à la génération suivante en modifiant les caractéristiques génétiques familiales et être responsables de certaines pathologies<sup>1058</sup>.

**445.** La fraction des données génétiques transmises de manière héréditaire au cours des générations successives est communément dénommée « patrimoine génétique » ou « patrimoine héréditaire ». C'est sur le caractère complexe mais en première approximation unique, de ce patrimoine « familial » que s'est développée la criminologie génétique en Grande Bretagne et aux États Unis pour l'identification de criminels sur la base de leur profil génétique, avant que l'utilité de cette approche soit reconnue en France.

Pour apprécier les problèmes liés à l'exploitation des bases de données génétiques constituées à partir des prélèvements effectués sur les lieux des agressions et crimes, il est essentiel de bien comprendre leurs fondements et leurs limites et en particulier de se questionner quant au devenir des échantillons d'ADN conservés dans des banques de tissus vers lesquels il est possible de revenir plusieurs dizaines d'années plus tard.

C'est sans aucun doute ce qui fait la force des techniques, mais qui en fait aussi l'objet de craintes, tout à fait justifiées, en ce qui concerne leur utilisation future. Si la législation française, très stricte sur le prélèvement et le traitement des échantillons d'ADN, exige que la finalité annoncée du traitement soit respectée, il n'en est pas de même partout ailleurs. On gardera en mémoire à ce sujet que les prélèvements collectés aux États-Unis sur un individu, dans le cadre d'une affaire précise, peuvent être exploités ultérieurement à d'autres fins de manière tout à fait légale.

On peut bien entendu se demander ce qu'il adviendrait de ces échantillons dans des sociétés moins libérales qui les soumettraient à des analyses beaucoup plus puissantes et intrusives que celles qui sont utilisées pour l'établissement des profils génétiques aujourd'hui.

**446.** La coexistence, dans l'ADN d'un individu, de deux sources de données génétiques correspondant d'une part à celles qui sont spécifiques de l'espèce et d'autre part à celles qui sont

---

<sup>1058</sup> H. CHIAL, « Somatic mosaicism and chromosomal disorders » *Nature Education* (2008) 1:69 ; M. LE PAGE « Mosaic problem stands in the way of gene editing embryos » *The New Scientist*, 15 mars 2017 <https://www.newscientist.com/article/mg23331174-400-mosaic-problem-stands-in-the-way-of-gene-editing-embryos> ; C. ZIMMER « Every Cell in your Body Has the Same DNA. Except it Doesn't » *New York Times* 21 may 2018 <https://www.nytimes.com/2018/05/21/science/mosaicism-dna-genome-cancer.html>

propres à l'individu, complique notablement le concept de patrimoine génétique qui ne peut être considéré juridiquement comme un lot unique de données identiques partagé par tous les individus humains.

Afin de mieux définir le caractère exceptionnel des données génétiques dont une frange croissante de la population mondiale réclame la propriété et la libre disposition, il devient important de revenir sur la nature commune des humains, en examinant avec précision les concepts de personne et de propriété du « soi » sous l'angle génétique tel qu'il est défini plus haut, afin de pouvoir aborder les problèmes relatifs à la propriété du corps, de ses éléments constitutifs et de ses produits, dans un contexte soumis à des évolutions techniques et sociales dont les impacts sont considérables.

## **TITRE II :**

### **VERS UN DROIT DES DONNÉES ET DES INFORMATIONS GÉNÉTIQUES**

**447.** Les évolutions appliquées à l'utilisation des données personnelles génétiques dans le cadre des enquêtes criminelles ont conduit à un élargissement très critiqué des recherches en parentèle, considérées comme des méthodes d'investigation dépassant le cadre de la confirmation que l'analyse des marqueurs STR est supposée apporter dans le dossier des preuves conduisant à l'identification de criminels.

Les enquêtes familiales telles qu'elles sont conduites aujourd'hui à partir d'identités partielles de profils génétiques, sont considérées comme des intrusions graves dans la vie privée, associées à une discrimination des minorités que la généralisation des séquençages génomiques globaux devrait idéalement lisser.

Cependant les oppositions exprimées à l'égard du séquençage global systématique des populations que certains préconisent d'effectuer dès la naissance et lors de l'établissement de documents officiels (tels que permis de conduire, carte d'identité, dossiers médicaux etc.) trouvent leurs racines dans le fait que de tels prélèvements d'ADN constituent une source d'informations individuelles inégalée dont l'exploitation non contrôlée pourrait avoir des incidences considérables sur la vie de chacun.

**448.** Comme nous l'avons vu précédemment, le génome que chacun possède dans toutes ses cellules est informatif en ce qui concerne les potentialités codantes de l'ADN ainsi que les marqueurs constitutifs et fonctionnels en tout genre transmis par le brassage des génomes parentaux, aussi bien vis à vis des générations précédentes que futures.

On notera à cet égard une résurgence des volontés d'appropriation du matériel génétique jusqu'alors protégé par des cadres normatifs très largement dépassés par les évolutions sociétales qui tendent à lever les obstacles liés au commerce du corps.

Il en résulte une série de questionnements juridiques ayant trait, d'une part à l'exploitation informationnelle du patrimoine génétique héréditaire et d'autre part à la protection des informations transmises d'une génération à l'autre.

**449.** A l'aune des bouleversements déclenchés par les progrès scientifiques récents concernant la marchandisation des techniques de biologie de la reproduction et de modification des génomes, il est essentiel d'analyser comment les problématiques liées à l'exploitation de l'information génétique humaine s'inscrivent dans celles de la propriété du corps définie et imposée par les législations internationales et comment elles s'en démarquent.

## **Chapitre 1. L'être humain, la personne et le corps**

**450.** Nous avons vu précédemment les critères scientifiques qui sont retenus aujourd'hui pour qualifier l'être humain en tant que membre de l'espèce *Homo Sapiens*.

Bien avant que les biologistes et anthropologues s'accordent à situer l'Homme dans la hiérarchie de l'Évolution telle qu'elle est généralement, pour ne pas dire universellement, acceptée, sa position dans le monde des êtres vivants alimenta de très nombreuses réflexions théologiques, philosophiques et éthiques dont l'un des objets principaux visait à identifier et comprendre les interactions entre la matière corporelle et l'esprit qui président à la dimension singulière de cet « animal intelligent ».

### *Section 1. La personne et le corps*

**451.** Selon la définition fournie par le CNRTL, la personne « *est un individu de l'espèce humaine, sans distinction de sexe* » mais aussi un « *Être humain considéré comme un être conscient de son existence, possédant la continuité de la vie psychique et capable de distinguer le bien du mal* » et un « *individu de l'espèce humaine qui se distingue du simple individu biologique et a droit à la considération parce que doué d'une conscience morale*<sup>1059</sup> (<http://www.cnrtl.fr/definition/personne>)».

---

<sup>1059</sup> Texte de référence : « *Si la personne humaine est sainte, elle l'est dans toute sa nature, et particulièrement dans ses actes intérieurs, dans ses sentiments, dans ses pensées, dans ses déterminations volontaires* » P.-J. PROUDHON Qu'est ce que la propriété ? p 47 Paris, Ed. A la librairie Prévot 1841

Étymologiquement, il est communément admis que le mot « personne » dérive du latin d'origine étrusque « persona »<sup>1060</sup> (« prosopon » en grec).

Avant que le concept de personne ne se soit établi dans le langage courant, des termes approximatifs étaient utilisés pour désigner les personnes, et ce n'est qu'avec Lycurgue<sup>1061</sup> que la notion de personnalité est mentionnée, pour qualifier le notable « *Car c'était un terme noble et il ne s'appliquait pas d'abord aux esclaves. Il arrive même qu'il désigne l'individualité juridique, le groupe de droits qui constitue un homme libre, un peu comme caput en latin* »<sup>1062</sup>.

Le terme désignait dans le monde du théâtre, un masque utilisé par les acteurs comme porte-voix leur permettant de se faire entendre du public. Il faut savoir que ces masques étaient aussi un moyen de différencier les différents personnages de la pièce<sup>1063</sup>. C'est progressivement que le mot deviendra synonyme d'individu ou de personne en général.

**452.** On attribue à Cicéron la première utilisation du terme de personne pour qualifier la capacité de l'homme à prendre des décisions concernant sa vie et son insertion dans la société<sup>1064</sup>.

*« En latin comme en grec, l'idée de personne a été rendue souvent par celle d'être humain ... caput est le terme qui désigne le plus adéquatement la personnalité juridique et c'est lui encore qui s'appliquera le mieux à l'individualité de la perception quotidienne »*<sup>1065</sup>.

---

<sup>1060</sup> CNRTL : Personne : Du latin d'origine étrusque persona « masque de l'acteur » d'où à l'époque chrétienne « visage, face » ; « rôle [au théâtre], caractère, personnage; personnalité, personne, individu » ; aussi terme de grammaire, où il traduit le grec « π ρ ο σ ω π ο ν » « face, figure » et aussi « masque de théâtre » et « personne (terme de grammaire) »

<sup>1061</sup> Premier législateur (mythique ?) de Sparte. 800-730 avant J.C.

<sup>1062</sup> M. NEDONCELLE « Prosopon et persona dans l'antiquité classique ». (1948) Essai de bilan linguistique. In: Revue des Sciences Religieuses, tome 22, fascicule 3-4, pp. 277-299. Cet ouvrage traite des origines linguistiques et de l'usage des termes « proposon » et « persona » dans l'antiquité classique

<sup>1063</sup> *Ibid* « Il était fatal que du masque on glissât au personnage, puis au rôle qu'il joue et à l'acteur qui joue ce rôle » p 281

<sup>1064</sup> « Il faut savoir encore que la nature a mis en chacun de nous, pour ainsi dire, deux personnes ; l'une, qui est la même chez tous les hommes, parce qu'ils participent tous à la raison et à cette excellence naturelle qui fait notre supériorité sur les animaux, contient le principe de toute honnêteté et de toute bienséance, et nous sert de pierre de touche dans la détermination des devoirs ; l'autre personne varie suivant les hommes et caractérise chacun d'eux. Il y a de grandes différences entre les corps : les uns sont plus agiles à la course, les autres plus forts à la lutte ; ceux-ci ont plus de noblesse, ceux-là plus de grâce » Traité de devoirs – De Officiis, Livre 1. p16 Oeuvres complètes de Cicéron traduite en français sous la direction de M. Nisard

<http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Ciceron/officiis1a.htm>

<sup>1065</sup> *Ibid* M. Nedoncelle p 284

Nous retiendrons avec Nédoncelle que « *le grec a subi sans doute l'influence du latin persona et que celui-ci avait dû parvenir un peu plus tôt au sens de personne. Plus exactement, les Grecs ont inventé ce sens deux siècles avant les Romains, mais les Romains en ont généralisé l'emploi quelques décades avant les Grecs* »<sup>1066</sup>

Dans son manuel d'introduction des institutions légales du droit romain écrit en 161<sup>1067</sup>, Gaius présente au chapitre « De la condition des personnes » les statuts juridiques accordés aux personnes en précisant « La grande division du droit, quant aux personnes, est celle-ci : tous les hommes sont libres ou esclaves »<sup>1068</sup>.

**453.** Avec le temps, la personne ne sera plus considérée « comme l'intimité subjective ni le masque qui la recouvre » mais deviendra l'être humain, l'individu particulier et raisonnable<sup>1069</sup> « *tirant de lui-même, et non pas subissant du dehors, ce qui le met en relation universalisable avec autrui* »<sup>1070</sup>.

---

<sup>1066</sup> *Ibid* « La promotion du mot persona a dû coïncider avec la disparition précoce de vir dans le langage courant, où l'on opposait déjà homo à mulier. Persona aurait dès lors servi à remplacer le sens classique et correct de homo. Il est certain que les juristes aideront indirectement à cette évolution à partir du second siècle ». p 298

<sup>1067</sup> Les « Institutes » de Gaius qui constituent une trace écrite de ses cours de droit romain, ont été traduits en français en regard du texte original par M. L. DOMENGET (1866) Editions A. Marescq Aîné Paris. C'est sous le §1 du premier commentaire, traitant du droit des gens et du droit civil (« De jure gentium et civili ») que Gaius fait la distinction entre le droit des gens et le droit civil « le droit que chaque peuple s'est donné à lui-même est un droit qui lui est propre, et qu'on appelle droit civil, comme droit propre à la cité même ; mais le droit que la raison naturelle a établi entre tous les hommes est observé chez tous les peuples, et est appelé droit des gens, parce que toutes les nations se servent de ce droit »

Le texte original et sa traduction sont disponibles en ligne sur [https://books.google.fr/books?id=DgU0AQAAAMAAJ&printsec=frontcover&dq=institutes+de+Gaius&hl=en&sa=X&ved=0ahUKewj72bG84YrbAhVK6KQKHV\\_LBgcQ6AEIKTAA#v=onepage&q=institutes%20de%20Gaius&f=false](https://books.google.fr/books?id=DgU0AQAAAMAAJ&printsec=frontcover&dq=institutes+de+Gaius&hl=en&sa=X&ved=0ahUKewj72bG84YrbAhVK6KQKHV_LBgcQ6AEIKTAA#v=onepage&q=institutes%20de%20Gaius&f=false)

<sup>1068</sup> « *De conditione hominum. § 9. Et quidem summa divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.* » Parmi les individus autonomes, le droit faisait une distinction entre l'individu qui était né libre (« ingenus ») et celui qui avait été affranchi par sa libération d'un « esclavage légitime » § 11. « *Sont ingenus, ceux qui sont nés libres ; sont affranchis, ceux qui ont été libérés d'un esclavage légitime* » (« Ingenui sunt, quilibet nati sunt ; libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt »). A côté des personnes qui ne dépendaient de personne, d'autres étaient soumises au droit d'autrui §48. « *Quelques-unes sont sui juris, ou ne dépendent de personne ; d'autres sont alieni juris, ou soumises au droit d'autrui* » (« nam quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri sunt subjectae »). Elles pouvaient être en puissance d'autrui, telles les esclaves, en « main d'autrui » ou en « main prise » §52 « Les esclaves sont sous la puissance de leurs maîtres. La puissance dominicale est du droit des gens, car nous pouvons remarquer que, chez presque toutes les nations, les maîtres ont sur leurs esclaves un droit de vie et de mort, et que tout ce qui est acquis par un esclave est acquis à son maître ». (« *In potestate itaque sunt servi donnorum. Quae quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur* »)

<sup>1069</sup> CNRTL : Tout être concret, donné dans l'expérience, possédant une unité de caractères et formant un tout reconnaissable. Étymologie : Empr. au lat. individuum « ce qui est indivisible; individu (p. oppos. à genre et espèce)

<sup>1070</sup> A. LALANDE "La Raison et les normes" (1948) p. 82 Librairie Hachette



Bien que les théories philosophiques relatives à l'identité personnelle dépassent largement le cadre de notre étude, il nous semble difficile de ne pas mentionner l'apport séminal avant-gardiste de Locke à qui l'on reconnaît, dans ce domaine, la paternité de la première conceptualisation moderne de la conscience propre comme l'auto-identification répétée de soi-même<sup>1071</sup>. Pour Locke l'identité personnelle est une question de continuité psychologique.

La construction imaginaire du Prince et du cordonnier (*the Prince and the cobbler*) en est un exemple classique<sup>1072</sup>. Réfutant la pensée cartésienne selon laquelle l'âme est à l'origine de la personnalité<sup>1073</sup>, l'auteur y aborde les problèmes de la réincarnation. Selon lui, les effets du transfert de l'âme d'un Prince et de toutes ses pensées princières, dans le corps d'un cordonnier dont l'âme l'aurait quitté ne seraient ressentis que par le cordonnier. Les autres, ne voyant que son corps, ne percevraient aucun changement de la personne. « *For should the soul of a prince, carrying with it the consciousness of the prince's past life, enter and inform the body of a cobbler, as soon as deserted by his own soul, every one sees he would be the same person with the prince accountable only for the prince's actions : but who would say it was the same man ? The body too goes to the making of the man and would I guess wherein the souls, with all its princely thoughts about it would not make another man : but he would be the same cobbler to everyone besides himself* ». La distinction que fait Locke entre l'homme et la personne rend possible le fait qu'une personne apparaisse dans un autre corps au moment de la résurrection, tout en restant la même personne. C'est la conscience que l'Homme a de lui-même, qui fait sa personnalité « *A person is an intelligent thinking being that can know itself as itself the same thinking thing in different times and places* » « Une personne est un être intelligent pensant, qui

---

<sup>1071</sup> J. LOCKE « An Essay Concerning Human Understanding. (1690) » §9 p318, Book II, Chapter XXVII, Of Identity and Diversity

<sup>1072</sup> J. LOCKE « An Essay Concerning Human Understanding. (1690) » §9 p318, Book II, Chapter XXVII, Of Identity and Diversity- Human understanding » §15 « The Body as well as the souls, goes to the making of a man » p324 ; E. FESER « Locke » (2007) pp66-68 Oxford: Oneworld Publications

<sup>1073</sup> R. DESCARTES « Discours de la méthode » (1637) « *je pense donc je suis ... Puis, examinant avec attention ce que j'étais, et voyant que je pouvais feindre que je n'avais aucun corps, et qu'il n'y avait aucun monde, ni aucun lieu où je fusse; mais que je ne pouvais pas feindre, pour cela, que je n'étais point; et qu'au contraire, de cela même que je pensais à douter de la vérité des autres choses, il suivait très évidemment et très certainement que j'étais; au lieu que, si j'eusse seulement cessé de penser, encore que tout le reste de ce que j'avais jamais imaginé eût été vrai, je n'avais aucune raison de croire que j'eusse été : je connus de là que j'étais une substance dont toute l'essence ou la nature n'est que de penser, et qui, pour être, n'a besoin d'aucun lieu, ni ne dépend d'aucune chose matérielle* ». Quatrième partie p. 22, Classiques des Sciences Sociales

[http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques\\_des\\_sciences\\_sociales/index.html](http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html)

possède raison et réflexion et qui peut se considérer lui-même comme soi-même, la même chose pensante en des temps et des lieux différents » (V. *infra* n° 455)

**454.** Si la problématique relative à la distinction des deux entités de la personne que sont le corps et l'esprit alimenta de nombreuses théories philosophiques au cours des siècles, la distinction juridique entre la personne et le corps devra attendre les progrès de la biotechnologie et des lois de bioéthique pour véritablement s'imposer.

Dans les sphères juridiques, la nature du droit applicable au corps humain, support physique de la personne a aussi été l'objet de débats passionnés autant que passionnels.

Pendant de très nombreuses années, la Doctrine et la jurisprudence imprégnées de contextes juridiques, philosophiques et moraux séculaires eurent quelques difficultés à désacraliser un corps<sup>1074</sup>, propriété exclusive du « Créateur » dans la tradition chrétienne, dont « *l'homme n'est que l'usufruitier* »<sup>1075</sup> et sur lequel il n'a pas prise puisque son existence, sa vie, sa mort ne dépendent pas de lui<sup>1076</sup>.

Jusqu'au milieu du XIXe siècle un système doctrinal censurant le corps humain avait installé dans le mode de raisonnement des juristes, « l'abstraction de la personne » telle qu'elle avait émergé du droit romain « *à la place de la matérialité du corps, lequel bénéficiait de la protection que le droit accordait à la personne* »<sup>1077</sup>.

L'« individu » devenu « personne », était corps et âme, un objet de droit complexe mais unique<sup>1078</sup>.

---

<sup>1074</sup> Même si les empreintes théologiques sont encore très présentes dans textes du droit français relatifs à l'indisponibilité du corps humain

<sup>1075</sup> « *L'homme n'est que l'usufruitier, non le possesseur indépendant et le propriétaire de son corps, de sa vie et de tout ce que le Créateur lui a donné pour qu'il en use, et cela conformément aux fins de la nature.* » Discours du Pape Pie XII à la VIIIe assemblée de l'Association Médicale Mondiale (1954) Liberia Editrice Vaticana Texte original disponible sur [https://w2.vatican.va/content/pius-xii/fr/speeches/1954/documents/hf\\_p-xii\\_spe\\_19540930\\_viii-assembly-medica.pdf](https://w2.vatican.va/content/pius-xii/fr/speeches/1954/documents/hf_p-xii_spe_19540930_viii-assembly-medica.pdf) ; « *L'homme a des puissances, des vertus, des capacités ; elles lui ont été confiées par la nature pour vivre, connaître, aimer ; il n'en a pas le domaine absolu, il n'en est que l'usufruitier ; et cet usufruit, il ne peut l'exercer qu'en se conformant aux prescriptions de la nature* » J. PROUDHON « Qu'est-ce que la propriété ? ou recherche sur le principe du droit et du gouvernement » (1966) p103 Garnier- Flammarion

<sup>1076</sup> « *Le principe selon lequel « Seul celui qui a le droit de disposition est habilité à en faire usage, et encore, uniquement dans les limites qui lui ont été fixées », est l'une des dernières et des plus universelles normes d'action, ... sans lesquelles l'ordre juridique et celui de la vie commune des hommes en société est impossible* ». Ibid Discours de Pie XII

<sup>1077</sup> J.P. BAUD « L'affaire de la main volée » (1993) p18 Editions du Seuil

<sup>1078</sup> Pour une présentation historique et critique de l'évolution des théories philosophiques du concept de personne, voir A. J. AYER « The concept of a person an other essays » (1963) pp82-128 Macmillan Press Ltd London and Basingstoke. Voir également l'excellente analyse de L. FOISNEAU « Identité personnelle et mortalité humaine

## Section 2. Le statut juridique de la personne et du corps humain

455. On peut considérer que, aujourd'hui, le corps humain est juridiquement reconnu comme la fraction matérielle de l'être humain, composée par un assemblage unique d'organes fonctionnels et de membres solidaires de l'individu. C'est la partie matérielle de l'être humain que l'on peut qualifier de « personne corporelle<sup>1079</sup> ».

La notion de personne juridique fut décrite comme « une élaboration doctrinale destinée à identifier l'individu-corps et âme- sur la scène juridique<sup>1080</sup> ».

Détachée de son référent humain, la notion juridique de personne est formelle<sup>1081</sup>.

---

Hobbes, Locke, Leibniz » *Archives de Philosophie* (2004) 67 :65-83 ; Pour les positions philosophiques marquantes ayant profondément affecté l'émergence des textes légaux actuellement en vigueur concernant les concepts de « personne » et « d'être humain », consulter par exemple les écrits de : E. KANT « les êtres raisonnables sont appelés des personnes, parce que leur nature les désigne déjà comme des fins en soi, c'est-à-dire comme quelque chose qui ne peut pas être employé simplement comme moyen, quelque chose qui par suite limite d'autant toute faculté d'agir comme bon nous semble (et qui est un objet de respect) ». (1792), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 2ème section p36. Traduit de l'Allemand en français par Victor Delbos. Les Classiques des sciences sociales" Université du Québec à Chicoutimi [http://classiques.uqac.ca/classiques/kant\\_emmanuel/kant\\_emmanuel.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/kant_emmanuel/kant_emmanuel.html) ; T. HOBBS « Une personne est celui dont les mots ou les actions sont considérés, soit comme les siens, soit comme représentant les mots et les paroles d'un autre homme, ou de quelque autre chose à qui ils sont attribués, soit véritablement, soit par fiction » (1651) Chapitre XVI. Des personnes, des auteurs et des choses personnifiées. p138 *Léviathan Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*. 1ere partie : De L'homme. Traduit de l'anglais par Philippe Folliot à partir de "LEVIATHAN or the Matter, Forme and Power of A Commonwealth Ecclesiastical and civil by Thomas Hobbes of Malmesbury London Printed for Andrew Crooke 1651 ; J. LOCKE « we must consider what person stands for;—which, I think, is a thinking intelligent being, that has reason and reflection, and can consider itself as itself, the same thinking thing, in different times and places » « nous devons prendre en compte la signification du mot de « personne » - qui je pense est un être intelligent pensant, qui possède raison et réflexion et qui peut se considérer lui-même comme soi-même, la même chose pensante en des temps et des lieux différents » et d'ajouter le besoin d'une prise de conscience inséparable de la capacité à penser pour laquelle elle est essentielle « which it does only by that consciousness which is inseparable from thinking, and, as it seems to me, essential to it » *An Essay Concerning Human Understanding*. (1690) §9 p318, Book II, Chapter XXVII, of Identity and Diversity ; P. SINGER « I propose to use 'person', in the sense of a rational and selfconscious being, to capture those elements of the popular sense of 'human being' that are not covered by 'member of the species Homo sapiens » « Je propose d'utiliser le mot personne, dans le sens d'un être rationnel qui a conscience de soi, pour exprimer les éléments du sens populaire de l'être humain qui ne sont pas inclus dans l'expression membre de l'espèce homo sapiens » (1993) *Practical Ethics* p87 Second Edition Cambridge University Press ; et M. TOOLEY qui plaide pour la précision des terminologies en considérant que l'utilisation de manière interchangeable des expressions « personne » et « être humain » est regrettable. Il propose de n'utiliser le terme « humain » seulement dans les contextes son emploi n'est pas philosophiquement dangereux. « The tendency to use expressions like "person" and "human being" interchangeably is an unfortunate one » p41... « My own approach will be to use the term "human" only in contexts where it is not philosophically dangerous » p43 in « Abortion and infanticide » *Philosophy & Public Affairs* (1972) 2 :37-65. Tooley reconnaît un droit à la vie aux personnes qui peuvent exprimer le souhait de vivre.

<sup>1079</sup> J.-C. GALLOUX « Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique » (1988) Thèse de Doctorat en Droit privé. Université de Bordeaux 1

<sup>1080</sup> J.P. BAUD « L'affaire de la main volée » (1993) p11 Editions du Seuil

La personnalité juridique s'entend comme l'aptitude d'un sujet de droit actif à exercer et à jouir des droits subjectifs qui lui sont reconnus par le droit objectif, à condition qu'il ait la capacité juridique, acquise par la majorité ou l'émancipation et ne pas être sous tutelle ou curatelle pour en jouir pleinement.

En tant que sujet de droit passif, la personne est soumise à des obligations.

Sont également sujets de droit les groupements de personnes réunies dans un intérêt commun, que l'on désigne alors de « personne morale ».

**456.** Si aujourd'hui sont considérés comme « sujets de droit » tous les êtres humains en tant que « personnes physiques » qui participent au commerce juridique, il n'en fut pas toujours de la sorte, comme le montre l'histoire de l'esclave au cours des temps. L'individu esclave, dépourvu de personnalité juridique, a de tout temps été considéré comme le bien matériel d'une personne<sup>1082</sup>.

En France, il faut ainsi attendre 1848<sup>1083</sup> pour que le gouvernement abolisse définitivement l'esclavage après qu'il l'ait déjà été précédemment par la Convention en 1794<sup>1084</sup> et rétabli par Bonaparte en 1802<sup>1085</sup>.

---

<sup>1081</sup> Voir pour une étude approfondie du concept juridique de personne humaine : X. BIOY « Le concept de personne humaine en droit public » La personnalité juridique p 78, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz 2003

<sup>1082</sup> Pour une étude détaillée du statut juridique des esclaves sous l'ancien régime en France, consulter E. LE GUERN « Une chose baptisée ? Le statut juridique de l'esclave des colonies françaises sous l'Ancien Régime » (2003) Mémoire de DEA d'histoire du droit. Université de Rennes I. Une histoire assez complète de l'esclavage depuis l'époque néolithique jusqu'à nos jours est disponible sur Wikipedia [https://fr.wikipedia.org/wiki/Histoire\\_de\\_l'esclavage](https://fr.wikipedia.org/wiki/Histoire_de_l'esclavage)

<sup>1083</sup> Décret relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et les possessions françaises du 27 avril 1848 « Art. 1<sup>er</sup>. L'esclavage sera entièrement aboli dans toutes les colonies et possessions françaises, deux mois après la promulgation du présent décret dans chacune d'elles. A partir de la promulgation du présent décret dans les colonies, tout châtimement corporel, toute vente de personnes non libres, seront absolument interdits. » [http://www2.assemblee-nationale.fr/14/evenements/2016/abolition-de-l-esclavage-1794-et-1848/1848-l-abolition-definitive#node\\_32613](http://www2.assemblee-nationale.fr/14/evenements/2016/abolition-de-l-esclavage-1794-et-1848/1848-l-abolition-definitive#node_32613)

<sup>1084</sup> « La Convention Nationale déclare que l'esclavage des Nègres dans toutes les colonies est aboli ; en conséquence elle décrète que tous les hommes, sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies sont citoyens français et jouiront de tous les droits assurés par la constitution » Fac-similé du Décret N.° 2262 de la Convention nationale, du 16 jour pluviôse, an second de la République Française, une et indivisible, qui abolit l'esclavage des Nègres dans les Colonies. [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/0/0d/D%C3%A9cret\\_n%C2%B0\\_2262\\_Convention\\_nationale\\_Abolition\\_esclavage\\_AD\\_Bordeaux.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/0/0d/D%C3%A9cret_n%C2%B0_2262_Convention_nationale_Abolition_esclavage_AD_Bordeaux.jpg) ; Décret du 4 février 1794 (du 16 pluviôse an II) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000844525&categorieLien=id>

<sup>1085</sup> « La loi du 30 Floréal, an X de la république une et indivisible (du 20 mai 1802) proclamée par le premier Consul Bonaparte décrète Art 1<sup>er</sup> Dans les colonies restituées à la France en exécution du traité d'Amiens, du 6 germinal

L'article 4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, dispose « *Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude ; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes* » et l'article 6 ajoute « *Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique* ».

En France, on reconnaît la personnalité juridique à tout être humain, quelques soient ses facultés mentales de discernement. Par exemple, un jeune enfant, un malade mental ou un être en pleine possession de ses moyens sont doués d'une personnalité juridique, mais n'ont pas tous une pleine capacité juridique qui requiert la faculté d'exercer et de jouir de ses droits de manière autonome<sup>1086</sup>. Avant sa naissance, l'être humain n'a pas de personnalité juridique, et il la perd lors de sa mort.

**457.** Le statut juridique de la personne et celui du corps humain sont actuellement régis par les articles 16 à 16-8 du Code civil, créés par la loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain »<sup>1087</sup>. L'article 16-9 quant à lui, attribue à ces dispositions un statut d'ordre public auquel il n'est pas permis de déroger.

Les deux principes fondamentaux qui découlent de ces textes en ce qui concerne le corps humain considéré comme partie physique de l'être humain sont l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain. Littéralement, cela implique qu'aucune atteinte à l'intégrité du corps humain ne devrait être permise et que le corps humain ainsi que ses constituants ne peuvent faire l'objet de convention ni de marchandisation.

En 2004, une première modification législative intervient. Elle concerne la mise en place d'un cadre juridique dans le domaine de la thérapie cellulaire avec l'élargissement des conditions d'utilisation de produits du corps humain et la généralisation du principe de consentement

---

an X, l'esclavage sera maintenu conformément aux lois et règlements antérieurs à 1789. II. Il en sera de même dans les autres colonies françaises au-delà du Cap de Bonne Espérance. III La traite des noirs et leur importation dans lesdites colonies, auront lieu, conformément aux lois et règlements existants avant ladite époque de 1789 » [https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi\\_du\\_20\\_mai\\_1802#/media/File:Loi\\_sur\\_la\\_traite\\_des\\_noirs\\_et\\_le\\_r%C3%A9gime\\_des\\_colonies,\\_30\\_flor%C3%A9al\\_an\\_X\\_1802.jpg](https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_du_20_mai_1802#/media/File:Loi_sur_la_traite_des_noirs_et_le_r%C3%A9gime_des_colonies,_30_flor%C3%A9al_an_X_1802.jpg)

<sup>1086</sup> La limitation de la faculté de jouissance ou d'exercice des droits, qualifiée d'incapacité de jouissance ou d'incapacité d'exercice, ne peut être totale, la privation de personnalité juridique étant contraire à la loi du 18 31 mai 1854 portant, par son article 1, abolition de la mort civile

<sup>1087</sup> Cette loi fait partie d'un ensemble de trois textes législatifs de ce qu'on appelle communément dénommés lois de bioéthique. Les deux autres textes sont la loi n° 94-548 du 1<sup>er</sup> juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal

préssumé. Elle étend l'interdiction du clonage humain, l'interdiction du diagnostic préimplantatoire, l'ouverture limitée à la recherche sur les embryons, et la création d'un crime contre l'espèce humaine<sup>1088</sup>. Deux autres révisions législatives intervenues en 2011, 2013, portent essentiellement sur les dons croisés d'organes, l'assistance médicale à la procréation et les conditions d'utilisation des embryons dans le cadre de la recherche.

Dans le cadre de la réforme éventuelle des lois de bioéthique prévue dans les textes, un nouvel examen de l'ensemble des textes en vigueur devrait intervenir au plus tard 7 ans après promulgation de la loi de 2011<sup>1089</sup>.

Un premier agenda pour la révision des lois de bioéthique prévoit des débats régionaux qui devraient donner lieu à projet de loi présenté au parlement en 2018. La tenue de ces « États Généraux de la bioéthique » qui fait déjà couler beaucoup d'encre<sup>1090</sup> et promet des débats animés... Un avis a été publié par le CCNE en date du 1<sup>er</sup> octobre 2018.<sup>1091</sup>

Actuellement, la presse évoque surtout la procréation médicalement assistée, les neurosciences, les greffes d'organes et de tissus ainsi que les techniques modernes de modifications du génome comme sujets « sensibles »<sup>1092</sup> car constituant des problèmes « phares » de société.

**458.** Pour l'heure, l'article 16 du Code civil en vigueur dispose en particulier, que « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

Pour ce qui est du respect de l'intégrité du corps humain, l'article 16-1<sup>1093</sup> du Code civil dispose qu'il est inviolable et qu'il ne peut, pas plus que « *ses éléments et ses produits* », « *faire l'objet*

---

<sup>1088</sup> Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (1)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005821809&dateTexte=20100401>

<sup>1089</sup> L'article 47, al.1 de la loi du 7 juillet 2011 dispose « *l. - La présente loi fait l'objet d'un nouvel examen d'ensemble par le Parlement dans un délai maximal de sept ans après son entrée en vigueur* »

<sup>1090</sup> Voir à ce sujet les informations livrées à la presse en décembre 2017, par le Professeur R. AUBRIS, membre du CCNE (Comité Consultatif National d'Éthique). « États généraux de la bioéthique : le CCNE ouvre le débat tous azimuts » <http://www.genethique.org/fr/etats-generaux-de-la-bioethique-le-ccne-ouvre-le-debat-tous-azimuts-68821.html#.Wj1Tb4bjJ2Y>; G. DUPONT « Bioéthique : des États généraux pour ouvrir le débat le plus largement possible » Le Monde Edition du 6 janvier 2018 [http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/06/bioethique-des-etats-generaux-pour-ouvrir-le-debat-le-plus-largement-possible\\_5238174\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/06/bioethique-des-etats-generaux-pour-ouvrir-le-debat-le-plus-largement-possible_5238174_3224.html)

<sup>1091</sup> Avis 129. Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019 [http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis\\_129\\_vf.pdf](http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_129_vf.pdf)

<sup>1092</sup> Voir par exemple « Un premier calendrier pour la révision des lois de bioéthique »

Synthèse de presse bioéthique. 14 septembre 2017 Loi de bioéthique <http://www.genethique.org/fr/un-premier-calendrier-pour-la-revision-des-lois-de-bioethique-68185.html#.WbuBIOG-jY>

*d'un droit patrimonial* ». Les articles 16.5<sup>1094</sup> et 16.6<sup>1095</sup> du Code civil, consacrent l'obligation du principe de gratuité et son indisponibilité qui limite de facto la libre disposition du corps humain mais aussi de ses « parties détachées ».

Par décision du Conseil constitutionnel « *La loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, ont été déclarées conformes à la Constitution*<sup>1096</sup> », consacrant ainsi le principe de respect de la dignité de la personne humaine énoncé à l'article 16 du Code civil.

La lecture des articles 16-6, 16-7, 16-4, du Code civil, 2151-1s du Code de la santé publique, L611-18 du Code de la propriété intellectuelle issus de ces lois et de l'article 16-10 du Code Civil fixant les conditions d'analyse des caractéristiques génétiques d'une personne, révèle selon messieurs les Professeurs Zenati-Castaing et Revet une assimilation omniprésente des concepts de personne et de corps humain<sup>1097</sup> génératrice de confusion et dont résulte un double visage juridique de la personne, à la fois sujet et objet de droit.<sup>1098</sup>

### *Section 3. La dignité humaine et la liberté individuelle*

**459.** Bien qu'il ait été dit que « *tout a été écrit sur la protection de la dignité humaine*<sup>1099</sup> » et qu'il puisse « *sembler vain d'évoquer à nouveau la notion ou le concept, alors que la doctrine*

---

<sup>1093</sup> Art. 16-1. – « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »

<sup>1094</sup> « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles »

<sup>1095</sup> Article 16-6 « Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci »

<sup>1096</sup> Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994. Journal officiel du 29 juillet 1994, page 11024.

<sup>1097</sup> J. CARBONNIER "Les personnes" Droit civil. t. 1(2000) PUF, Paris, 21e éd.n°48; J. PENNEAU, « Corps humain - bioéthique » (2012) Rép civ, 2017 ; M. AILINCAI « Propos introductifs » (2015) *La Revue des droits de l'homme* 8, 19 pages <https://revdh.revues.org/1535>

<sup>1098</sup> « Prise dans sa dimension substantielle, la personne est humaine. En tant que corps (notamment) elle est considérée par le législateur comme un objet de droits [ ] dont le titulaire n'est autre que la personne juridique, dont par ailleurs le corps même permet la présence dans le théâtre du droit , puisqu'il constitue le support des personnes physiques. Toute réduction de la personne humaine à la personne juridique –et inversement– consomme donc d'un contresens majeur » F. ZENATI-CASTAING, T. REVET « Manuel de droit des personnes » (2006) p232

<sup>1099</sup> P. COSSALTER « La dignité humaine en droit public français : l'ultime recours » (2014) *RGD. Études et réflexions* n° 4 <http://www.revuegeneraledudroit.eu>

française a proposé de nombreuses synthèses déjà et évoqué la dignité dans ses divers aspects philosophiques et juridiques<sup>1100</sup>» il nous a paru utile de nous arrêter sur certains aspects relatifs à ce concept qui, brandi à l'encontre de toute tentative d'utilisation personnelle du patrimoine génétique en stérilise l'exploitation rationnelle.

Selon Cossalter, la part d'artifice qui soutient la notion de protection de la dignité humaine transparait dans le « *déferlement des superlatifs* » employés pour y faire référence. Tantôt décrite comme « *Principe cardinal de l'ordre constitutionnel européen, source de tous les droits fondamentaux, source même de la démocratie, la dignité serait le fondement de l'ordre constitutionnel et de l'ordre social européen*<sup>1101</sup> ».

Nous en retiendrons la définition qu'en avait donnée E. DREYER<sup>1102</sup> quand il écrivait que « *La dignité correspond à l'essence de l'homme ; c'est ce qui permet de distinguer l'homme de l'animal et des choses en général* » et « *suppose d'admettre un rapport d'égalité, de voir en autrui également une personne, de ne jamais dénier en lui toute part d'humanité* »...et d'ajouter « *A tous ceux qui craignent une expression anarchique des volontés individuelles, la dignité humaine offre un moyen inespéré d'étouffer toute aspiration au changement. Elle permet d'imposer une norme de comportement, de dire ce qui est bon et bien, ce que chacun doit faire ou ne pas faire, etc.* »

**460.** Fer de lance de la philosophie Kantienne, le principe de dignité humaine ne peut pas être réduit à une expression de la décence morale.

Dans la distinction qu'il propose entre les règnes « de la nature » et « des fins », Kant écrit que « *Dans le règne des fins tout à un prix ou une dignité. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité*<sup>1103</sup> »

Bien qu'il fût au cœur du procès des médecins à Nuremberg<sup>1104</sup> qui aboutit à la condamnation solennelle internationale de la violation et du mépris des fondements les plus profonds des droits

---

<sup>1100</sup> *Ibid*

<sup>1101</sup> *Ibid*

<sup>1102</sup> E. DREYER « La dignité opposée à la personne » *D.* (2008) p. 2730

<sup>1103</sup> *Ibid* E. KANT (V. *supra* n° 454) Fondements de la métaphysique des mœurs, 2ème section p39

<sup>1104</sup> Tenus devant le Tribunal Militaire Américain entre 1946 et 1947 les douze procès au cours desquels 20 médecins ont dû répondre de quatre chefs d'accusation dont celui de « crimes contre l'humanité » ont conduit à l'établissement d'une liste de dix critères constituant le « Code de Nuremberg » dans lequel sont spécifiées les



de tous les êtres humains à vivre en paix et dans le respect de leur identité personnelle, le concept de dignité fit une entrée tardive dans le droit français qui contraste avec la reconnaissance internationale « *de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables* » au travers de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 qui l'érige en « *fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* » (V. *supra* n° 172).

**461.** La notion de dignité fut « sacralisée » en France par un arrêt du Conseil d'État<sup>1105</sup> qui « a considéré que le respect de la dignité de la personne humaine devait être regardé comme une composante de l'ordre public »

---

conditions auxquelles les expérimentations sur l'être humain doivent satisfaire pour être « acceptables ». Bien qu'il soit souvent considéré comme « un texte séminal en matière de règlement de la recherche sur l'être humain » (P. AMIEL « Des cobayes et des hommes » Expérimentation sur l'être humain et justice. p77 (2011) Les Belles Lettres, Paris) le « Code de Nuremberg », appliqué de manière inégale après la guerre, vit ses dispositions renforcées par la Déclaration de Helsinki de 1964, proposée par L'Association médicale mondiale (AMM) et adoptée en 1964. Son contenu fut amendé au cours des assemblées générales de l'AMM réunies en 1975 à Tokyo, 1983 à Venise, 1989 à Hong Kong, 1996 à Somerset West, 2000 à Édimbourg, 2008 à Séoul, et 2013 à Fortaleza. La déclaration d'Helsinki (37 articles en vigueur) stipule en particulier « *art 4. Le devoir du médecin est de promouvoir et de sauvegarder la santé, le bien-être et les droits des patients, y compris ceux des personnes impliquées dans la recherche médicale ; art 6. L'objectif premier de la recherche médicale impliquant des êtres humains est de comprendre les causes, le développement et les effets des maladies et d'améliorer les interventions préventives, diagnostiques et thérapeutiques (méthodes, procédures et traitements); art 7. La recherche médicale est soumise à des normes éthiques qui promeuvent et assurent le respect de tous les êtres humains et qui protègent leur santé et leurs droits ; art 8. Si l'objectif premier de la recherche médicale est de générer de nouvelles connaissances, cet objectif ne doit jamais prévaloir sur les droits et les intérêts des personnes impliquées dans la recherche* ». Ces dispositions constituent une condamnation ferme des expérimentations conduites sur des êtres humains dans des conditions indignes du respect de la dignité humaine, ayant souvent comme victimes des populations de couleur (voir par exemple H. A. WASHINGTON « Medical Apartheid. The Dark History of Medical Experimentation on black Americans from Colonial Times to present » (2006) Harlem Moon New York). Bien avant les horreurs du nazisme, l'Indiana en 1907 avait été l'un des premiers États à initier une campagne d'eugénisme expérimental fondé sur la stérilisation involontaire de personnes appartenant couches sociales défavorisées, ainsi que des détenus et patients d'institutions médicalisées. Malgré les prises de positions fermes de l'AMM, ce type de loi et celles visant à limiter l'immigration sur des bases eugéniques furent en vigueur jusque dans les années 70 (P.A. LOMBARDO Ed. « A century of eugenics in America » (2011) Indiana University Press). De la même manière, les appels à la vigilance éthique médicale furent suivis « par trois décennies de médecins violant les droits des patients à une échelle inégalée dans l'histoire médicale américaine » « *That 1946 call for ethical vigilance on the part of the profession was followed by three decades of physicians abusing the rights of patients on a scale unparalleled in American medical history* » (A. M. HORNBLUM « Acres of skin – Human Experiments at Holmesburg Prison » p244 Routledge New York). Pour un bref historique des cadres légaux actuels régissant les expérimentations humaines, voir aussi la loi Huriet de 1988, la convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine Oviedo 4 IV1997, la directive 2001/20/CE relative à l'application des bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques et de médicaments à usage humain

<sup>1105</sup> CE Ass. 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Rec. Lebon, p372. <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/27-octobre-1995-Commune-de-Morsang-sur-Orge>

Il s'agit en l'espèce d'une décision prise par maire de Morsang-sur-Orge pour interdire<sup>1106</sup> « des spectacles de « lancer de nains <sup>1107</sup> » qui devaient se dérouler dans des discothèques de cette ville » et qu'il considérait comme trouble de l'ordre public.

Le lancer de nains, pratiqué au Canada et dans certains États des USA est une attraction de bar qui consiste à projeter sur un matelas rembourré ou sur un mur capitonné, un nain casqué, habillé d'un costume protecteur matelassé. Un projet de loi déposé en 2003 pour interdire ce jeu dans l'Ontario<sup>1108</sup> n'a jamais abouti, faute de sanction royale. Le lancer de nain est interdit dans l'État de New York depuis le 23 juillet 1990<sup>1109</sup>. Son interdiction en Floride, actée en 1989 dans le cadre des régulations administratives relatives à la consommation de boissons alcoolisées, vise l'organisation d'activité de jeux impliquant des nains dans l'enceinte des bars<sup>1110</sup>. Les raisons ayant conduit à cet arrêt ont été controversées<sup>1111</sup>.

Tout comme l'arrêt de Morsang-sur-Orge n'interdit pas le « lancer de nains » *per se* mais autorise un maire à prendre éventuellement les dispositions de police qu'il juge nécessaires pour en empêcher l'organisation dans sa ville, on notera qu'une interprétation large du texte voté en Floride laisse la place à un lancer de nains qui serait organisé dans des cadres autres que ceux des débits de boisson.

Plusieurs voix critiquant le fait que ces interdictions constituent des atteintes à la liberté personnelle se sont fait entendre, aussi bien aux États-Unis qu'en France.

---

<sup>1106</sup> Selon les pouvoirs de police générale conférées aux maires par les dispositions de l'article L. 131-2 du Code des communes

<sup>1107</sup> « L'attraction de « lancer de nains », consistant à faire lancer un nain par des spectateurs, conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle. Une attraction de ce type a été regardée comme portant atteinte, par son objet même, à la dignité de la personne humaine. »

<sup>1108</sup> Bill 97, Dwarf Tossing Ban Act, 2003 [http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills\\_detail.do?locale=en&BillID=1128](http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&BillID=1128)

<sup>1109</sup> Cuomo Signs Bill to Ban Dwarf Tossing, LA Times July, 25, 1990. [http://articles.latimes.com/1990-07-25/news/mn-1001\\_1\\_dwarf-tossing](http://articles.latimes.com/1990-07-25/news/mn-1001_1_dwarf-tossing)

<sup>1110</sup> Section 561.665, Florida Statutes. Le texte interdit à tout propriétaire ou exploitant d'un établissement possédant une licence autorisant la vente d'alcool, d'organiser ou de promouvoir toute forme d'activité ludique mettant en danger la santé, la sécurité et le bien-être de toute personne atteinte de nanisme. « *prohibit every person maintaining, owning, or operating a commercial establishment located within this state at which alcoholic beverages are offered for sale on the premises, from undertaking or permitting any contest or promotion or other form of recreational activity involving exploitation endangering the health, safety, and welfare of any person with dwarfism* »

<sup>1111</sup> La loi fut passée après qu'un participant, à qui l'on attribue l'importation de ce jeu australien en Floride, soit mort après un lancer. L'autopsie médicale qui ne révéla aucune blessure interne pouvant être la cause de la mort, établit en fait que sa mort était due à un degré excessif d'alcoolémie au moment des faits

**462.** C'est ainsi qu'un membre du Parlement de Floride engagea en 2011 une action visant à faire abroger la loi interdisant les jeux de nains, qu'il estimait interférer avec l'autonomie et les libertés auquel le peuple américain est attaché<sup>1112</sup>. Dans plusieurs interviews, R. Workman précisa qu'il ne forcerait personne à faire ce choix d'emploi ni à payer pour assister à un tel spectacle qu'il trouvait « répugnant et stupide », mais que le choix individuel de participer à cette activité « n'est en aucun cas l'affaire du gouvernement » et devrait « au plus faire l'objet d'une ordonnance locale ». Un an après avoir déposé sa demande d'abrogation, et après avoir reçu de nombreuses demandes le priant d'abandonner son action, R. Workman décida d'abandonner son projet de loi<sup>1113</sup> tout en rappelant que malgré sa désapprobation personnelle concernant la pratique du lancer de nain, il trouvait encore plus révoltant qu'en 1989, l'état de Floride ait pu décider « *qu'une personne saine d'esprit- un être humain doté de toutes ses capacités intellectuelles- ne puisse pas décider de lui-même d'agir comme un sot* »

**463.** En France, la décision du Conseil d'État dans l'affaire de Morsang-sur-Orge fut l'objet d'un appel auprès du Comité des Droits de l'Homme<sup>1114</sup> pour violation par la France de plusieurs articles du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>1115</sup>.

Les faits présentés par le requérant étaient les suivants « *Atteint de nanisme, il se produisait muni des protections nécessaires dans des spectacles de "lancer de nains "* ». Une circulaire du 27 novembre 1991 prescrivant « *aux maires une grande vigilance à l'égard des spectacles de curiosité organisés dans leur commune* » précisait que « *l'interdiction des « lancers de nains* »

---

<sup>1112</sup> Bring back dwarf tossing to provide job stimulus, says US politician Ritch Workman October 7, 2011 <http://www.news.com.au/lifestyle/real-life/bring-back-dwarf-tossing-to-provide-job-stimulus-says-us-politician-ritch-workman/news-story/e03a54c3daee900832e1f4e8130f93e> ; Florida Lawmaker Seeks to End Ban on 'Dwarf-Tossing' <http://www.foxnews.com/politics/2011/10/07/florida-lawmaker-seeks-to-end-ban-on-dwarf-tossing.html> ; « *I would never force anybody to take this form of employment or pay to watch it* » « *I think it's repulsive and stupid. But it's none of the state's business if somebody wants to do this* » « *I'm not even sure why this is entertaining ... but some people like to do it, and some people like to get paid to be participants in it* » « *At best, this should be a local ordinance. ... It's not in the state's purview, in my belief* »

<sup>1113</sup> D. MOYE « Florida Dwarf Tossing Ban Repeal Dropped By Bill Sponsor Ritch Workman » April 12, 2012 Huffington post [http://www.huffingtonpost.com/2012/04/12/florida-dwarf-tossing-ban-repeal-ritch-workman\\_n\\_1421037.html](http://www.huffingtonpost.com/2012/04/12/florida-dwarf-tossing-ban-repeal-ritch-workman_n_1421037.html)

<sup>1114</sup> Institué en vertu de l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Nation Unies. Voté le 16 décembre 1966, ouvert à la signature le 19 décembre et entré en vigueur le 23 mars 1976, le Pacte est signé par 74 des 169 parties au jour du 10 octobre 2017

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_fr)

<sup>1115</sup> Paragraphe 1 de l'article 2, du paragraphe 2 de l'article 5, du paragraphe 1 de l'article 9, de l'article 16, du paragraphe 1 de l'article 17 et de l'article 26

devrait notamment se fonder sur l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » qui dispose que « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Suite à l'interdiction, prononcée par le maire de la commune, du « lancer de nain » prévu dans la discothèque de Morsang-sur-Orge le tribunal administratif après avoir examiné la plainte du requérant a annulé cet arrêté « entaché d'abus de pouvoir »<sup>1116</sup> .

Le 8 octobre 1992, le tribunal administratif de Marseille considérait à son tour que le « "lancer de nains" n'était pas de nature à porter atteinte à la dignité humaine » et annulait l'arrêté d'interdiction pris par le maire d'Aix en Provence qui avait en interdit le déroulement sur sa commune.

C'est à la suite des appels de jugement déposés par les maires de Morsang-sur-Orge et d'Aix en Provence que le Conseil d'État a considéré que l'attraction visée portant « atteinte à la dignité de la personne humaine, dont le respect est une composante de l'ordre public » « pouvait être interdite même en l'absence de circonstances locales particulières<sup>1117</sup> ».

**464.** C'est dans ce contexte que le requérant avait porté plainte devant le Comité des droits de l'homme en affirmant que « l'interdiction d'utiliser son travail a eu des conséquences négatives sur sa vie et représente une atteinte à sa dignité<sup>1118</sup> ». La dignité évoquée ici peut être entendue comme une qualité attachée à la personne constituant une protection contre les tiers, comme un marqueur des droits de l'Homme, plus que comme la qualité du genre humain, d'inspiration kantienne, opposable à la personne par les tiers<sup>1119</sup>.

---

<sup>1116</sup> L'annulation était motivée par les points suivants « Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le spectacle dont l'interdiction a été prononcée ait été de nature à porter atteinte au bon ordre, à la tranquillité ou à la salubrité publiques dans la ville de Morsang-sur-Orge; que la seule circonstance que certaines personnalités aient exprimé publiquement leur désapprobation de l'organisation d'un tel spectacle ne pouvait être de nature à laisser présager la survenance de troubles à l'ordre public; qu'à supposer même que ledit spectacle ait porté atteinte à la dignité humaine et ait revêtu un aspect dégradant ainsi que le soutient le maire, l'interdiction ne pouvait légalement être décidée en l'absence de circonstances locales particulières; qu'ainsi l'arrêté attaqué est entaché d'excès de pouvoir (...) »

<sup>1117</sup> CE 27 octobre 1995 - Commune de Morsang-sur-Orge - Rec. Lebon p. 372

<sup>1118</sup> Communication no 854/1999 Présentée par Manuel Wackenheim, contre France  
CCPR/C/75/D/854/1999 26 juillet 2002 G0245007

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsjIn58dhcgG7INftH8t18ZDbYZEBQ1qfl5M%2fVG%2fCoYnM2OLYtVB9VmpIIIhX8goTY7%2byqyVme31mw8RsgJ4QqHsWMMrtiAUR88bQ%2fbRfORP2xmNkc%2fhutIHUdGyTT%2bQ%3d%3d>

<sup>1119</sup> La dignité selon Kant pose le principe du respect dû à tout homme en interdisant de traiter la personne comme moyen. Elle a la faveur des juristes et ne doit pas être confondue avec la « dignitas » concept romain qui se

**465.** Dans ses commentaires aux observations de l'État partie, le Conseil du requérant souligne que « *le travail est un élément de la dignité de l'Homme et que priver un homme de son travail revient à lui ôter une partie de sa dignité*<sup>1120</sup> ». Les décisions prises par le Conseil d'État peuvent effectivement être ressenties comme le résultat d'une conception « *trop extensive de la dignité humaine* »<sup>1121</sup> « *réactivant la notion d'ordre moral en direction d'une activité aussi marginale qu'inoctensive comparée aux nombreux comportements réellement violents et agressifs que tolère actuellement la société française*<sup>1122</sup> ». Remettant en cause le bien-fondé d'une prise en compte de « la moralité publique » dans une décision qui n'avait pas de répercussions sur la « tranquillité publique », le Conseil du requérant « *ajoute qu'il s'agit de la consécration d'un nouveau pouvoir de police risquant d'ouvrir la porte à tous les abus, et pose la question de savoir si le maire va s'ériger en censeur de la moralité publique et en protecteur de la dignité humaine* ».

En conclusion de son analyse au fond, le Comité a estimé que « *les faits dont il est saisi ne font apparaître aucune violation du Pacte* »<sup>1123</sup>.

**466.** La décision du Conseil d'État, qui s'inscrivait dans la droite ligne de la conformité constitutionnelle accordée aux lois de bioéthiques un an auparavant<sup>1124</sup> déclencha des questionnements quant aux limites devant être imposées à l'usage du concept de dignité, considéré comme excessif par certains observateurs, surtout lorsqu'il était employé de manière inconsidérée et comme atteinte à la liberté individuelle d'expression<sup>1125</sup>.

---

rapporte à la fonction, la profession, la valeur morale et éthique d'un individu dont la « dignité » est un rempart social

<sup>1120</sup> Commentaires du conseil du requérant aux observations de l'État partie, §5.3 page 7 CCPR/C/75/D/84/1999.

<sup>1121</sup> §4.5 page 6 CCPR/C/75/D/84/1999

<sup>1122</sup> *Ibid* §5.2 p7 CCPR/C/75/D/84/1999

<sup>1123</sup> Le Comité « n'ignore pas qu'il existe d'autres activités qui ne sont pas interdites mais qui pourraient l'être éventuellement sur la base de motifs analogues à ceux qui justifient l'interdiction du « lancer de nains ». Toutefois, le Comité est d'avis que, compte tenu du fait que l'interdiction du « lancer de nains » est fondée sur des critères objectifs et raisonnables et que le requérant n'a pas établi que cette mesure avait une visée discriminatoire, le simple fait qu'il puisse exister d'autres activités susceptibles d'être interdites ne suffit pas en soi à conférer un caractère discriminatoire à l'interdiction du « lancer de nains »

<sup>1124</sup> Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994

<sup>1125</sup> Voir par exemple la décision d'un juge des référés du Tribunal Administratif de Nice qui, statuant sur une requête déposée par Conseil représentatif des associations noires (CRAN) lui réclamant de faire cesser l'exposition et la vente de pâtisseries vendues depuis une quinzaine d'années au motif qu'elles prennent la forme de « *deux personnes de couleur représentées dans des attitudes grotesques et obscènes* », considéra que l'exposition des

Les décisions, faisant appel à un respect de l'ordre public, sont de plus en plus fréquentes dans une Société qui considère l'Homme comme incapable de gérer ses actes de manière responsable<sup>1126</sup>. Désresponsabilisé, réclamant constamment tout et son contraire, trop souvent incapable d'assumer ses choix, l'individu a « besoin » que l'ordre public veille sur ses agissements et qu'au nom du respect de la dignité humaine, le droit brandi par l'État « *qui semble mieux connaître que nous ce qui est digne ou indigne pour nous*<sup>1127</sup> » le protège contre lui-même.

La dignité, telle qu'elle est maniée dans « *les positions humanistes des juristes et du législateur dont la logique quasi religieuse sont parfois contestées*<sup>1128</sup> » apparaît alors « *comme un potentiel fossoyeur de la liberté individuelle*<sup>1129</sup> ».

Au lieu de chercher à « consacrer juridiquement nos indignations morales<sup>1130</sup> », il serait plus sage de réserver l'usage du concept de dignité « *aux situations de revendications et de plaintes issues des sujets de droit eux-mêmes* »

Si la liberté s'émousse à être bafouée, la dignité s'effrite à être galvaudée.

## Chapitre 2. La propriété du « soi ».

**467.** Bien que les aspects concernant la propriété de « soi » et l'appréhension juridique du corps humain au travers des lois de bioéthique et des droits de la personnalité aient été largement

---

pâtisseries constituait « *une atteinte à la dignité de la personne humaine, et plus particulièrement à celle des personnes africaines ou d'ascendance africaine* ». Bien que l'ordonnance du TA de Nice enjoignant le maire de Grasse de faire cesser l'exposition des pâtisseries ait été annulée par le Conseil d'État, cette affaire illustre bien comment le concept de dignité peut être utilisé de manière perverse. Voir R. Letteron « De la dignité dans le gâteau » (2015) Contrepoints du 31 mars <https://www.contrepoints.org/2015/03/31/202789-de-la-dignite-dans-le-gateau>. Voir aussi P.-Y. QUIVIGER « L'inquiétante protection de la dignité humaine » (2011) Philosophie analytique du droit Klesis (2011) 21 :3-15

<sup>1126</sup> Voir à ce sujet la passionnante analyse de E. DREYER « La dignité opposée à la personne » *D* (2008) pp 2730-2745

<sup>1127</sup> D. BORILLO « Libre disposition de soi : un droit fondamental » (2015) dans Contrepoints du 22 avril <https://www.contrepoints.org/2015/04/22/205383-libre-disposition-de-soi-un-droit-fondamental> et Rapport du think-tank Génération Libre publié le 1<sup>er</sup> avril 2015 sur le site de Génération libre <https://www.generationlibre.eu/wp-content/uploads/2015/04/Libre-disposition-de-soi.pdf>

<sup>1128</sup> *Ibid* J.-M. POUGHON « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique ». *L'Europe des libertés* Numéro 11, [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id\\_article=100&id\\_rubrique=5](http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5)

<sup>1129</sup> *Ibid* P. COSSALTER « La dignité humaine en droit public français : l'ultime recours »

<sup>1130</sup> *Ibid* P.-Y. QUIVIGER « L'inquiétante protection de la dignité humaine »

abordés par ailleurs<sup>1131</sup>, et que le thème central de notre propos concerne essentiellement la propriété et la libre disposition du soi, entendu comme le génome humain et l'information génétique qu'il code, il nous semble important de situer brièvement, autour de quelques exemples représentatifs, comment cette problématique s'inscrit dans l'évolution des positions philosophiques, sociales, morales, scientifiques ou médicales concernant les relations de soi à soi et de soi à autrui, qui ont participé à l'élaboration de cadres normatifs biomédicaux et juridiques ayant bien mal vieilli et qui sont aujourd'hui de plus en plus souvent remis en cause.

### *Section 1. Une lecture critique des articles du Code civil traitant de la propriété de soi*

**468.** IL est généralement admis qu'en disposant « *chacun a droit au respect de son corps* », et que « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* » l'article 16 du Code civil exclut le corps humain du domaine des choses<sup>1132</sup>.

Les articles 16 à 16-8 du Code civil fixent les limites de ce droit en disposant i) que « *le corps humain est inviolable* » et en introduisant la notion de non-patrimonialité « *du corps humain, de ses éléments et de ses produits* » (16-1), ii) qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain hors raisons médicales et sans le consentement de la personne (16-3)<sup>1133</sup>, iii) que « *nul ne*

---

<sup>1131</sup> J. PENNEAU, « Corps humain – bioéthique » Rép civ (2012), Actualisé octobre 2017 n° 2. A. LEPAGE Rép civ/ Personnalité (Droits de la) (2017) (V. *supra* n° 168)

<sup>1132</sup> Les professeurs ZENATI-CASTAING et REVET ont une autre lecture de cet article qu'ils interprètent comme conférant implicitement à tout individu la capacité à exercer un pouvoir sur son corps ainsi qu'un droit de propriété lui permettant de disposer matériellement et juridiquement de son propre corps « *Les multiples limites imposées par l'ordre public à chaque propriétaire d'un corps humain [ ] n'entament en rien cette qualification car il entre dans la définition du droit de propriété de faire l'objet de limitations externes [ ] peu important que la loi interdise l'accès à telle utilité particulière le propriétaire conserve son titre du moment qu'il reste investi du pouvoir d'accéder par principe à toutes les autres utilités* » p 240 ZENATI-CASTAING et REVET (V. *supra* n° 458)

<sup>1133</sup> Il est intéressant de noter ici que le consentement de la personne subissant des atteintes à son intégrité physique, qui sera retenu comme valide dans une décision de la CEDH en 2005 (K. A. ET A. D. c. BELGIQUE, CEDH, 17 février 2005) avait été considéré inopérant, en 1937 par la Cour de cassation, car contraire à l'ordre public, dans une affaire mettant en cause un groupe d'anarchistes ayant volontairement souhaité être stérilisés par incision de leur parties génitales et section de canaux afférents (Cass. Crim, 1<sup>er</sup> juillet 1937) Cette décision était conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation (Chambres Réunies, et après délibération en Chambre du conseil le 15 décembre 1837) « *Le consentement de la victime est inopérant lorsque l'intérêt protégé est indisponible. Tel est le cas de la vie et de l'intégrité corporelle, attributs inviolables de la personne humaine* ». On peut aussi relever dans les « Grands Arrêts : le jugement pénal » que le Code pénal annoté 1<sup>er</sup> édition art 295 n°235 citait : Les coups et blessures volontaires ne sont pas justifiés par le consentement de la victime. C'est ce qui a été jugé, après la promulgation du Code pénal, dans une espèce où un individu avait mutilé un conscrit en lui coupant une phalange du pouce droit (Cass. Crim 13 août 1813) » [https://ledroitcriminel.fr/jurisprudence/gds\\_arrets/instr\\_et\\_jugt/le\\_jugt/qualif\\_faits/qual\\_posit/confront\\_loi\\_faits.htm](https://ledroitcriminel.fr/jurisprudence/gds_arrets/instr_et_jugt/le_jugt/qualif_faits/qual_posit/confront_loi_faits.htm)

*peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine* », soit par l'usage de pratiques eugéniques ou par des manipulations génétiques affectant la descendance de la personne (16-4). Enfin, la nullité des conventions conférant une valeur patrimoniale au corps humain et la gratuité des produits du corps ou de sa mise à disposition pour expérimentation sont imposées par les articles 16-5 et 16-6 du Code civil.

Bien que le principe de non patrimonialité posé par l'article 16-5 du Code civil semble assez restrictif, son application fut nuancée par les jugements qui ont reconnus aux éléments du corps un statut de bien pouvant être l'objet de confiscation ou de rétention<sup>1134</sup>, et par l'évaluation monétaire d'un préjudice moral, ou le monnayage des transferts de joueurs sportifs.

L'ancien article 1128 du Code civil<sup>1135</sup>, modifié, puis abrogé en 2016<sup>1136</sup> avait donné lieu à une jurisprudence dans « *des domaines aussi variés que les clientèles civiles, les droits de la personnalité, ou les fichiers informatisés* »<sup>1137</sup> et était souvent présenté comme un rempart contre la marchandisation du corps humain<sup>1138</sup> en disposant que seules les choses du commerce pouvaient faire l'objet de contrats.

---

<sup>1134</sup> Voir les exemples de confiscation pénale d'un doigt (TGI Avignon 24 septembre 1985, *Gaz Pal* 1986 1, doct. 96 et droit de rétention sur une dent (TGI Lille, ref 21 avr 1981, *Gaz Pal* 1983, 2. 416 note X. Labbéé rejeté ultérieurement par Cass. Civ.1ère, 9 et 29 oct 1985, D 1986, 417. Cités par S. SCILLER « Droit des biens » (2011) p 33, 5<sup>e</sup> édition Dalloz

<sup>1135</sup> Créé par la Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, l'article 1128 du Code civil disposait « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Voir à cet égard F. PAUL « Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil » (2001) Thèse Université Paris 1. Texte publié chez LGDJ ; G. LOISEAU « Typologie des choses hors du commerce » *RTD civ* (2000) pp47-63

<sup>1136</sup> Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, l'article 1128 dispose « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain »

<sup>1137</sup> *Ibid* F. BELLIVIER, C. NOIVILLE « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? » *RDC* (2016) N°3 p 505 Les auteurs citent comme exemples des affaires concernant i) la gestion d'actes infirmiers dispensés au sein d'une maison de retraites (Cass. 1 civ., 16 janv. 2007, n° 04-20711 : B n° 24 p21), ii) la publication d'un ouvrage concernant la société clearstream (Cass. 1 civ., 30 mai 2006, n° 04-17102 : Bull. civ. I, n° 273 p238), iii) la vente d'un fichier de clients informatisé qui non déclaré à la CNIL, n'était pas dans le commerce (Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17037 : Bull. civ. IV, n° 108)

<sup>1138</sup> Voir pour exemples i) l'affaire Perot, dans laquelle une jeune mineure de 17 ans invitée par la Société Ulysse Productions à « *tenir le rôle de la jeune fille tatouée* » dans une séquence du film Paris Secret, avait accepté une convention l'engageant à poser nue et de se faire tatouer « *une Tour Eiffel avec une rose* » sur une de ses fesses et d'autre part à accepter une opération de détatouage qui consistait à ôter la partie de peau tatouée qui deviendrait la propriété de la Société de Production. Le commentaire du tatouage filmé précisait que le « *lambeau de peau prélevé sur le corps de la jeune fille serait vendu au prix d'un Picasso* ». L'exérèse trop large qui fut pratiquée par le chirurgien se solda par des conséquences physiques pénibles au titre desquelles « *une immobilisation de cinq jours en position couchée sur l'abdomen* », la pose inutile de nouvelles agrafes visant à empêcher des forts saignements et la « *formation d'un tissu cicatriciel fibreux et inesthétique* ». A la suite de la plainte déposée par les parents le TGI ne pris pas en compte le consentement de la jeune fille mineure qui fut avancé par la défense et en condamnant les « *agissements scandaleux* » du chirurgien annula la convention jugée « *illicite, immorale et*



L'interdiction des contrats relatifs à des choses hors commerce est maintenant remplacée par l'article 1162<sup>1139</sup> d'ordre beaucoup plus général puisqu'il concerne, comme l'article 6 du Code civil<sup>1140</sup>, l'invalidité des contrats qui dérogent à l'ordre public.

La disparition du contenu de l'ancien article 1128<sup>1141</sup> et de sa référence aux limites juridiques applicables à la liberté contractuelle, au profit d'un cadrage reposant sur le respect de l'ordre public, peut apparaître insuffisante à la protection de la matière humaine<sup>1142</sup>, mais aurait le mérite de tenir compte du fait que le corps humain n'est pas une chose banale, et ne devrait donc pas être considéré au même titre que les autres choses dont traite le Livre III du Code civil<sup>1143</sup>.

**469.** Le contenu des articles 16 à 16-8 du Code civil et de l'ancien article 1128 du Code civil a été vivement critiqué et remis en cause par les défenseurs de la libre disposition de soi telle qu'elle est portée par les courants libéraux modernes.

---

*contraire à l'ordre public* » et ordonna à la fois que le lambeau de peau prélevé sur la demoiselle lui fût restitué et la séquence du tatouage supprimée du film (voir TGI Paris 3 juin 1969 : D 1970, pp136-138, note J.P. ainsi que Cour d'Appel Paris 16 mars 1970, et Cass. Civ. 1ère, 23 février 1972 N° 61 p54) ii) l'arrêt rendu dans une affaire de « mère porteuse » (voir plus loin) rendu en 1991 par la Cour de cassation (Cass. Ass. plén. 31 mai 1991 n°90-2015, publiée au B 1991 A.P. N° 4 p. 5) qui, réunie en assemblée plénière cassait une décision de la Cour d'Appel de Paris du 15 juin 1990, au visa des articles 6 et 1128 du Code civil

<sup>1139</sup> Modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, l'article 1162 dispose « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* »

<sup>1140</sup> L'article 6 du Code civil créé par Loi 1803-03-05, promulguée le 15 mars 1803, dispose « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* ». C. FRANCOIS dans sa présentation de la réforme du droit des contrats fait d'ailleurs remarquer que « cette prohibition [énoncée dans l'article 1162] est en grande partie redondante avec l'article 6 du Code civil qui n'est pas affecté par la réforme. » voir à ce sujet C. FRANCOIS « la réforme du droit des contrats, présentée par l'IEJ de Paris 1 - Présentation des articles 1162 à 1171 de la nouvelle sous-section 3 "Le contenu du contrat" du Code civil » <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect3-contenu-contrat/>

<sup>1141</sup> Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, l'article 1128 dispose maintenant « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain

<sup>1142</sup> *Ibid* F. BELLIVIER, C. NOIVILLE (V. *supra* n° 468)

<sup>1143</sup> L'article 1128 figurait à la section 3 : « De l'objet et de la matière des contrats » du Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Chapitre II : Des conditions essentielles pour la validité des conventions. Le nouvel article 1128 figure maintenant à la section 2 « *La validité du contrat* » du Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des sources d'obligations, Sous-titre 1er : Le contrat, Chapitre II : La formation du contrat. L'article 1162 quant à lui figure à la sous-section 3 « *le contenu du contrat* » du Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des sources d'obligations, Sous-titre 1er : Le contrat, Chapitre II : La formation du contrat, Section 2 : *La validité du contrat. Il remplace l'ancien article 1162 du 17 février 1804 qui traitait de l'interprétation des conventions* « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.* » Voir aussi l'analyse critique de F. BELLIVIER et C. NOIVILLE (V. *supra* n° 468)

## §1. Le principe d'inviolabilité et ses limites

**470.** Lors de la discussion de l'article 5 du projet de constitution, Victor Hugo déclarait devant l'Assemblée constituante le 15 septembre 1848<sup>1144</sup> « *Vous venez de consacrer l'inviolabilité du domicile, nous vous demandons de consacrer une inviolabilité plus haute et plus sainte encore, l'inviolabilité de la vie humaine* ». Il ajoutait sur ce sujet en 1865 dans ses notes concernant la peine de mort « *L'inviolabilité de la vie humaine est le droit des droits*<sup>1145</sup> ». En disposant que « le corps humain est inviolable », le deuxième alinéa de l'article 16-1 CC confère à tout individu le pouvoir de refuser ou d'accepter une quelconque atteinte à son intégrité corporelle<sup>1146</sup>, qui participe bien entendu de sa présentation physique, mais également, par extension, des conséquences psychiques de l'altération de son unité biologique<sup>1147</sup>. L'inviolabilité ainsi définie « *participe de la propriété du corps*<sup>1148</sup> ».

**471.** Dans le domaine de la santé, le premier alinéa de l'article 1111-10 du Code de la santé publique contraignait le médecin à respecter la volonté d'une personne en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, qui serait désireuse de limiter ou d'arrêter tout traitement<sup>1149</sup>. Dans un tel cas le médecin avait obligation d'informer le malade des conséquences que son choix pouvait générer et devait lui assurer les soins palliatifs définis à l'article 1110-10 du Code de la santé publique<sup>1150</sup>. L'article 1111-10 fut abrogé en 2016<sup>1151</sup> et

---

<sup>1144</sup> V. HUGO Actes et Paroles I 1841-1851 « Avant l'exil » (1938) p136 Albin Michel, Paris  
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6410209v.r=oeuvres%20completes%20victor%20hugo?rk=21459;2>

<sup>1145</sup> V. HUGO Actes et Paroles II 1852- 1870 « Pendant l'exil » (1938) p350 Albin Michel, Paris  
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6434744t.r=oeuvres%20completes%20victor%20hugo?rk=64378;0>

<sup>1146</sup> Voir en cela ZENATI-CASTAING et REVET p242-244 (V. *supra* n° 458)

<sup>1147</sup> L'importance de l'intégrité physique dans l'expression de la personnalité individuelle est de plus en plus révélée par les progrès de la Biologie et l'on se doit, dans la lecture du contenu de l'article 16-1, de considérer les conséquences psychiques des atteintes corporelles subies par les personnes. Ce dernier point n'est malheureusement pas pris en compte à sa juste valeur par la jurisprudence actuelle, ni par la doctrine.

<sup>1148</sup> *Ibid* ZENATI-CASTAING et REVET p242 (V. *supra* n° 458)

<sup>1149</sup> Article 1111-10 du Code de la santé publique créé par l'article 6 de la Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 « Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 »

<sup>1150</sup> Créé par la loi 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015>

<sup>1151</sup> L'article 1111-10 du Code la santé publique fut abrogé par l'article 6 de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie

son contenu fut inclus dans l'article 1111-4 du Code la santé publique dont les dispositions détaillent les principes généraux d'information des usagers du système de santé et l'expression de leur volonté.

Le médecin ne peut imposer un traitement qui mette en danger la vie de son patient sans l'en informer. Le fait qu'il ne soit pas tenu d'informer le patient de la dangerosité du traitement qu'il lui fait subir, dans le cas où celui-ci a manifesté sa volonté de ne pas être informé du diagnostic de sa maladie est considéré par certains auteurs comme une « *atteinte caractérisée à l'inviolabilité du corps humain* »<sup>1152</sup>.

Il est aussi reproché au Droit, en ce qui concerne l'application du principe d'inviolabilité du corps humain, de se substituer aux morales alors que son application doit leur permettre de s'épanouir dans un respect mutuel<sup>1153</sup>.

**472.** Les exceptions légales au respect de l'intégrité du corps humain et à la nécessité d'obtention du consentement de la personne concernée sont définies dans l'article 16.3 CC<sup>1154</sup>.

Dans les faits, les exceptions participent d'une « nécessité » de protéger l'intérêt du patient et l'ordre public qui est de plus en plus remise en question avec l'évolution actuelle des sociétés.

Nous nous arrêtons ici sur l'exemple de la vaccination obligatoire qui illustre les limites de la logique imposée et de l'interprétation des textes en vigueur.

---

<sup>1152</sup> *Ibid* ZENATI-CASTAING et REVET p246 (V. *supra* n° 458)

<sup>1153</sup> « Lorsque l'on applique la doctrine de l'intangibilité du corps humain, on impose une morale. L'idée d'une inviolabilité du corps humain signifie : ne pas utiliser son corps comme moyen pour atteindre certaines fins ; le seul moyen autorisé est le don et les seules fins convenables sont les finalités thérapeutiques. Il ne s'agit pas de droit ici mais de morale. Il ne s'agit pas de résoudre l'incompatibilité des fins multiples des individus qui entrent en conflit, il s'agit d'interdire les fins elles-mêmes » B. LEMENNICIER « Bioéthique et propriété de soi » (1991) [http://lemennicier.bwm-mediasoft.com/article\\_118\\_bioethique-et-propriete-d-esoi.html](http://lemennicier.bwm-mediasoft.com/article_118_bioethique-et-propriete-d-esoi.html)

<sup>1154</sup> Dans la version originale du 29 juillet 1994, l'article 16-3, al1 dispose « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne* » L'article 70 de la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture universelle modifie les termes du premier alinéa en disposant « Dans le premier alinéa de l'article 16-3 du Code civil, le mot : « *thérapeutique* » est remplacé par le mot : « *médicale* ». La « *nécessité thérapeutique* » devient ainsi la « *nécessité médicale* ». Enfin, la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 étend le cadre des dérogations en substituant la notion d'« *intérêt thérapeutique d'autrui* » à celui de « *nécessité thérapeutique pour la personne* ». Ainsi, en 2017, le premier alinéa de l'article 16 en vigueur dispose « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». Le contenu de l'al2 inchangé depuis sa création dispose « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* »

**473.** L'atteinte à l'intégrité corporelle que constitue l'injection d'un vaccin chez les nouveaux nés, enfants ou adultes en absence de besoin thérapeutique, légalisée en France, au titre des exceptions relevant de la « nécessité médicale » préventive d'intérêt général, a déclenché des débats sociétaux intenses dans plusieurs autres pays. Les scandales sanitaires qui ont vu le jour dans plusieurs pays au cours des dernières années ont très certainement eu un impact sur les populations qui expriment une suspicion grandissante à l'égard des dispositions médicales imposées par les pouvoirs politiques.

Les problèmes soulevés concernent, d'une part l'innocuité des préparations vaccinales et d'autre part, l'obligation faite à toutes les familles de se plier à des campagnes de vaccination très contraignantes, qui ne sont pas ressenties par un grand nombre comme une invite, souhaitée par les pouvoirs publics, à la compréhension des problèmes visant une amélioration de la santé publique<sup>1155</sup>, mais comme des « abus de pouvoir » politiques assortis de contraintes sociales par une proportion importante de la population concernée.

Les craintes générées par l'utilisation d'adjuvants aluminés dans les vaccins ont été exprimées à plusieurs occasions lors de la mise sur le marché de nouvelles préparations à qui étaient attribuées des effets secondaires violents. Relayées par la presse<sup>1156</sup>, ces craintes ont abouti à un véritable clivage sociétal et une défiance grandissante des populations qu'il n'est pas facile de maîtriser car les positions défendues par les uns et les autres sont fondées sur des

---

<sup>1155</sup> Interview de la ministre des Solidarités et de la Santé A. BUZIN donnée à BMFM -TV le 26 septembre 2017 <https://www.youtube.com/watch?v=h4NmguWBmVY>

<sup>1156</sup> Les débats relatifs à l'innocuité des vaccins débordent très largement le cadre de ce mémoire. Les références qui suivent donnent un bref aperçu des problèmes soulevés, aussi bien en France et en Europe qu'aux États-Unis, par exemple. "Faut-il avoir peur des vaccins ? (2013) *Science et Avenir Santé* [https://www.sciencesetavenir.fr/sante/faut-il-avoir-peur-des-vaccins\\_26608](https://www.sciencesetavenir.fr/sante/faut-il-avoir-peur-des-vaccins_26608);

S. ROY « Vaccins: des Français méfiants, des experts inquiets » (2015) *Le Figaro* Edition du 23 mars

<http://sante.lefigaro.fr/actualite/2015/03/23/23548-vaccins-francais-mefiants-experts-inquiets> ; A. JAIN, et al. « Autism occurrence by MMR vaccine status among US children with older siblings with and without autism » (2015 313 :1534-1540);

J. R. HAMMOND « American Academy of Pediatrics Refuses to Back Vaccine Claims with Science » <https://www.jeremyhammond.com/2017/03/28/american-academy-of-pediatrics-refuses-to-back-vaccine-claims-with-science/> ; American Academy of Pediatrics "Vaccine Safety : Examine the evidence" (2013)

[https://www.aap.org/en-us/Documents/immunization\\_vaccine\\_studies.pdf](https://www.aap.org/en-us/Documents/immunization_vaccine_studies.pdf); P. HOTEZFEB How the Anti-Vaxxers Are Winning (2017) *New York Times* [https://www.nytimes.com/2017/02/08/opinion/how-the-anti-vaxxers-are-winning.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2017/02/08/opinion/how-the-anti-vaxxers-are-winning.html?_r=0); Des centaines d'articles concernant ces sujets sont accessibles sur le site de la US National Library of Medicine, National Institute of health (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/?term=aluminium+vaccine>)

argumentations scientifiques divergentes qui, pour certains, sont insuffisamment étayées sur le plan expérimental<sup>1157</sup>.

**474.** Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, la vaccination contre onze maladies infectieuses est requise pour permettre la scolarisation des enfants et leur accueil au sein des diverses collectivités.

Selon les déclarations de la ministre de la santé, l'obligation ne sera pas rétroactive et ne concerne qu'une petite fraction de la population infantile<sup>1158</sup>. Le projet adopté par l'assemblée nationale<sup>1159</sup> « vise à élargir le champ des vaccinations obligatoires de l'article L. 3111-2 du

---

<sup>1157</sup> En ce qui concerne la polémique concernant une possible induction de la myofasciite à macrophages par des adjuvants contenant de l'hydroxyde d'aluminium, voir la revue récente de T. SANTIAGO, O. REBELO, L. NEGRÃO L, A. MATOS Macrophagic myofasciitis and vaccination : consequence or coincidence? *Rheumatol Int* (2015) 35 :189-192, dans laquelle on peut lire « La myofasciite à macrophages est une affection caractérisée principalement par des manifestations systémiques des troubles musculaires inflammatoires post-vaccination et un profil pathologique particulier sur la biopsie musculaire » « *Macrophagic myofasciitis [MMF] is a relatively new condition characterized mainly by post-vaccination inflammatory muscle disorder systemic manifestations and a distinctive pathological pattern on muscle biopsy* ». On peut également lire dans cette revue « Les vaccins contenant cet adjuvant peuvent déclencher la myofasciite à macrophages chez certains patients » « *The vaccines containing this adjuvant may trigger MMF in some patients* » et p6 dans la conclusion de l'article « *On the basis of the accumulated data, this immune-mediated condition that may be triggered by exposure to alum-containing vaccines, in patients with a specific genetic background, and the temporal association may be manifested from a few months up to 15 years* » « Sur la base des données accumulées, cette pathologie à médiation immunitaire qui peut être déclenchée par l'exposition à des vaccins contenant de l'aluminium, chez des patients avec un contexte génétique spécifique, peut se manifester après quelques mois jusqu'à 15 ans » Voir également Myofasciite à macrophages - (2001) Rapport d'investigation exploratoire Institut de Veille Sanitaire [http://invs.santepubliquefrance.fr/publications/myofasciite/rapport\\_myofasciite.pdf](http://invs.santepubliquefrance.fr/publications/myofasciite/rapport_myofasciite.pdf) ; Qu'est ce que la Myofasciite à Macrophages ? <http://www.asso-e3m.fr/myofasciite-a-macrophages/quest-m-f-m/>; Myofasciite à macrophages [https://fr.wikipedia.org/wiki/Myofasciite\\_%C3%A0\\_macrophages](https://fr.wikipedia.org/wiki/Myofasciite_%C3%A0_macrophages) au 28 novembre 2017. En réponse à une information largement diffusée dans la presse (Voir par exemple P. BENKIMOUN « Vaccins : une étude relance le débat sur les adjuvants » *Le Monde* (2017) Edition du 23 septembre [http://www.lemonde.fr/sante/article/2017/09/23/vaccins-une-etude-relance-le-debat-sur-les-adjuvants\\_5190051\\_1651302.html](http://www.lemonde.fr/sante/article/2017/09/23/vaccins-une-etude-relance-le-debat-sur-les-adjuvants_5190051_1651302.html); Communiqué AFP "Aluminium dans les vaccins : il faut poursuivre les recherches" *Le Point* (2017) Edition du 22 septembre), l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) a souhaité préciser "qu'il n'y a pas eu de rapport sur ce problème" et les documents disponibles sur le site de l'ANSM ("Les vaccins contenant de l'aluminium sont sûrs" (<http://ansm.sante.fr/S-informer/Communiqués-Communiqués-Points-presse/Les-vaccins-contenant-de-l-aluminium-sont-surs-Communiqué>) indiquent que « *l'avis du conseil scientifique* » rendu le 8 mars se rapportait au « *compte-rendu* » de la séance du conseil scientifique qui s'est tenue le même jour ! Le petit Robert (2016 Dictionnaires Le Robert – Le Petit Robert de la langue française) définit le compte rendu comme un « *Discours, texte qui rend compte de quelque-chose* » Selon DigiSchool un « *compte rendu* » est « *informatif et factuel* », alors que le « *rapport* » « *analyse et propose des solutions* » (<https://www.digischool.fr/methodologie/revisions/compte-rendu-rapport-note-de-synthese-3062.html>).

<sup>1158</sup> En 2017, selon les chiffres officiels, seulement 30% des enfants ne seraient pas vaccinés contre le méningocoque et 20% ne recevraient pas le rappel contre le trio rougeole-oreillons-rubéole

<sup>1159</sup> Projet de loi de financement de la sécurité sociale (PLFSS) pour 2018, adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 31 octobre 2017. Article 34 – Extension de l'obligation vaccinale à l'ensemble des vaccins figurant au calendrier vaccinal

*Code de la santé publique, en rendant obligatoires, pour les enfants, sauf contre-indication médicale reconnue, onze vaccinations du calendrier vaccinal* » se substituera au cadre précédent dans lequel seulement trois vaccins étaient obligatoires<sup>1160</sup>, alors que les autres vaccinations n'étaient que recommandées et pouvaient dès lors apparaître comme moins importantes aux yeux de certaines familles.

Les sanctions spécifiques au refus de vaccination sont abrogées à l'exception de celles prévues à l'article 227-17 du Code pénal<sup>1161</sup>. Le fait que les huit nouvelles vaccinations obligatoires soient exigibles pour être admis en collectivité soulève des oppositions de la part de certains parents qui ne comprennent pas un tel « autoritarisme » qu'ils estiment ne pas être une mesure susceptible de « rendre la confiance dans les vaccins ».

**475.** Sur un plan juridique, « la mesure relève de la seule compétence de la France<sup>1162</sup> ».

Au niveau européen, « *Il n'existe pas de règlements ou de jurisprudences s'appliquant spécifiquement à ce sujet. En tout état de cause, la mesure n'est pas contraire aux règles fixées par les traités ou en découlant* <sup>1163</sup> », l'article 48 du TFUE se limite à prévoir une simple coordination des législations des États membres. Les règles européennes de coordination ne mettent pas en œuvre une harmonisation des régimes nationaux de sécurité sociale.

Les États membres demeurent souverains pour organiser leurs systèmes de sécurité sociale <sup>1164</sup>»

Par exemple, le Riksdag (Parlement suédois), conscient de la résistance massive à toute les formes de coercition en termes de vaccination, a rejeté le 10 mai 2017<sup>1165</sup>, les motions qui ouvriraient la porte à plus de vaccinations ainsi qu'à la vaccination forcée « *Riksdagen röstade*

---

<sup>1160</sup> Aux vaccinations préalablement obligatoires contre la diphtérie le tétanos et la poliomyélite, s'ajoutent les vaccinations « *contre la coqueluche ; contre les infections invasives à Haemophilus influenzae de type B ; contre le virus de l'hépatite B ; contre les infections invasives à pneumocoque ; contre le méningocoque de sérogroupe C ; contre la rougeole ; contre les oreillons et contre la rubéole.* »

<sup>1161</sup> Article 227-17 Modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 19 JORF 7 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006 « *Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* »

<sup>1162</sup> *Ibid* PLFSS 2018

<sup>1163</sup> *Ibid* PLFSS 2018

<sup>1164</sup> *Ibid* PLFSS 2018 Pour un tour d'horizon de la situation dans différents pays voir l'article paru dans La Dépêche le 16 juin 2017 « Vaccination des enfants : comment font les autres pays ? <https://www.ladepeche.fr/article/2017/06/16/2595268-vaccination-des-enfants-comment-font-les-autres-pays.html>

<sup>1165</sup> Après avoir pris connaissance du rapport 2016/17 de la Commission sociale SoU7 qui contient un certain nombre de mesures en matière de santé publique

*Nej till alla vaccinmotioner* »<sup>1166</sup>. A la même époque, en Italie, sur proposition du président Paolo Gentiloni et de la ministre de la Santé, Beatrice Lorenzin, le Conseil des ministres a approuvé le 19 mai 2017, un train de mesures urgentes visant à garantir une homogénéité nationale dans le maintien de conditions de sécurité épidémiologique adéquates en termes de prophylaxie et de couverture vaccinale<sup>1167</sup>. Après deux semaines de contestations et débats, deux vaccins (méningite B, méningite C) ont été retirés et sont seulement recommandés. L'idée de créer un livre noir pour inscrire les familles réfractaires, a également été abandonnée<sup>1168</sup>

## §2. Le principe d'indisponibilité

**476.** Avant que la loi de Bioéthique de 1994<sup>1169</sup> ne fasse de la non-patrimonialité du corps humain un principe d'ordre public, le concept d'indisponibilité du corps humain fut introduit en 1991<sup>1170</sup>, dans un arrêt de rejet rendu par la Cour de cassation rendu à l'occasion d'une demande d'adoption plénière d'un enfant « en absence d'indication de filiation maternelle »<sup>1171</sup> et résultant de ce qu'on appelle aujourd'hui la gestation pour autrui (GPA) par « mères porteuses ».

L'indisponibilité du corps est perçue par une majorité de la doctrine comme une expression du respect du corps, d'un droit de la personnalité concernant les attributs personnels, incompatible avec la reconnaissance d'un droit de propriété de l'homme sur son corps et l'instrumentalisation sans cesse croissante du corps, nourrie des progrès de la biomédecine et des avancées biotechnologiques.

---

<sup>1166</sup> « Le Riksdag a voté Non à toutes les motions de vaccination » <http://www.thenhf.se/riksdagen-rostade-nej-till-alla-vaccinmotioner/>

<sup>1167</sup> Le décret-loi rendait obligatoire 8 vaccins supplémentaires (coqueluche, haemophilus B, méningite B, méningite C, rougeole, oreillons, rubéole et varicelle) en plus des 4 (diphtérie, tétanos, poliomyélite et hépatite B) qui l'étaient jusqu'alors. « Il Decreto vaccini è legge, tutte le novità » (les nouveautés du décret-loi sur les vaccins) [http://www.salute.gov.it/portale/news/p3\\_2\\_1\\_1\\_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=3027](http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=3027)

<sup>1168</sup> A. F. DUMONT « Après des semaines de débats, l'Italie assouplit son projet de loi sur la vaccination obligatoire » (2017) Marianne, Edition du 24 juillet 2017 <https://www.marianne.net/monde/apres-des-semaines-de-debats-l-italie-assouplit-son-projet-de-loi-sur-la-vaccination>

<sup>1169</sup> La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain

<sup>1170</sup> Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 B N°4 p5 cassant et annulant l'arrêt rendu le 15 juin 1990 par la Cour d'appel de Paris, qui infirmait le jugement du TGI de Paris en date du 28 juin 1989

<sup>1171</sup> Alors que les textes législatifs français ne mentionnent pas le concept d'indisponibilité du corps, on peut lire dans le troisième attendu de l'arrêt « *alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

**477.** Le principe d'indisponibilité n'était pas appuyé sur des précédents juridiques. Il répondait à une volonté d'interdire tout type de convention, gratuite aussi bien qu'onéreuse, qui mettrait en jeu le corps humain, alors que le concept de non patrimonialité posé par l'article 16-1 est plus limitatif, en ce qu'il vise à frapper de nullité les conventions qui ont une valeur pécuniaire. En disposant que le corps et ses éléments ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, l'article 16-1 en interdit la marchandisation mais pas la cession gratuite<sup>1172</sup>.

Parce que la non-patrimonialité n'est pas incompatible avec une libre disposition altruiste du corps humain<sup>1173</sup>, elle n'a pas totalement remplacé celle d'indisponibilité qui a été et est encore aujourd'hui utilisée dans de nombreux jugements et arrêts postérieurs à la promulgation de la loi de bioéthique et de l'article 16-1 du Code civil<sup>1174</sup>.

La survivance de ce droit d'interdire totalement une libre disposition de son corps en vertu de la sauvegarde d'une certaine idée de la dignité humaine soulève aujourd'hui une ferme opposition de la part de ceux qui demandent au nom de quel principe supérieur au droit à l'autonomie personnelle individuelle que la CEDH reconnaît à tout individu, autrui peut-il décider pour tous de ce qui est bon et « convenable » et imposer des règles de sauvegarde d'une « dignité » correspondant à une vision moraliste figée qui ploie sous la pression des évolutions sociales.

#### *A. La coercition « bienfaitrice »*

**478.** Qui et sur quelle base, peut s'arroger le pouvoir de décider ce qui n'est pas anodin pour autrui ?

L'article 16-2 du Code Civil dispose « *Le juge peut prescrire toutes mesures propres à*

---

<sup>1172</sup> La loi de bioéthique de 1994 concernant le don et l'utilisation des éléments et produits du corps en est une illustration

<sup>1173</sup> Qui pourrait, entre autres, servir de base à une légalisation de la GPA

<sup>1174</sup> Voir par exemple Cass. Civ.1ère, 29 juin 1994, 92-13.563, B N° 226 p. 165 (GPA) ; Cass. Crim., 18 mai 1998, 97-80.198, Inédit (appropriation frauduleuse d'organe); CA Rennes, 4 juillet 2002, 01/02471(GPA); CA Nîmes, CT0007, 19 décembre 2006, 647 (détournement de l'institution de l'adoption); Cass. Crim., 16 mars 2010, 09-85.000, Inédit (expertise médicale imposée à une personne refusant de s'y prêter); Cass. Civ.1ère, 6 avril 2011, 09-66.486, B I, n° 71 (GPA); Cass. Civ.1ère, 6 avril 2011, 09-17.130, B I, N° 70 (GPA); Cass. Civ.1ère, 7 juin 2012, 10-26.947, B I, n° 123 (changement de sexe); Cass. Civ.1ère, 13 février 2013, 12-11.949, B I, n° 14 (changement de sexe) ; Cass. Civ.1ère, 4 décembre 2013, 12-27.964, Inédit (atteinte à la liberté matrimoniale) ; Cass. Civ.1ère, 5 juillet 2017, 16-16.495, Publié au Bulletin (GPA); Cass. Civ.1ère, 5 juillet 2017, n°16-16.455, Publié au Bulletin (GPA), TGI Evry, 4 sept 2017, n° 16/06684 (GPA), TGI Evry, 2 oct. 2017 n°17/01775 (GPA)



*empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ».*

Si l'on peut comprendre que cette disposition soit essentielle pour protéger les individus d'exactions commises sur eux par autrui, elle ne doit pas, à notre sens, permettre d'intrusions disproportionnées dans la vie privée individuelle en privant les hommes de leurs libertés fondamentales.

Des mises en garde contre le désir de dégradation, d'automutilation ou d'auto-esclavage qui risquerait de germer dans l'esprit de personnes faibles d'esprit sont avancées par certaines analyses juridiques et philosophiques. D'où le besoin, que nous ne partageons pas, « d'enfermer l'humanité » dans des cadres rigides permettant de veiller sur les comportements de ceux qui pourraient ne plus avoir aucune notion de la véritable dignité...

L'humain n'est pas un moyen mais une fin !

**479.** Interdire pour limiter les dérives : un mode de pensée trop facilement et abusivement déployé par des États qui « savent » mieux que la personne concernée ce qui est bon pour elle.

Les comportements dits « déviants » sont mathématiquement définis par le fait qu'ils s'écartent de la majorité des comportements considérés comme « normaux » représentée par la surface centrale d'une cloche de type Gaussien<sup>1175</sup>, et qu'ils se situent aux extrêmes de la courbe<sup>1176</sup>.

Imposer des interdictions à la majorité quand elles ne devraient concerner qu'une faible minorité d'individus n'est pas raisonnable et encore moins démocratique. C'est la solution de facilité utilisée par un système politique pyramidal qui au nom de la sauvegarde morale de quelques-uns, prive tous les individus de leurs liberté individuelle fondamentale<sup>1177</sup>.

Ne pas accepter de considérer le corps comme simple matière biologique, relève d'une approche très fortement teintée de la conception religieuse de la personne, dans laquelle le corps de l'homme indissociable de son âme ne peut être extérieur au sujet de droit qu'est l'individu et ne peut par conséquent être l'objet de commerce, puisque malgré les exceptions permises par la

---

<sup>1175</sup> B. BRU, « La courbe de Gauss ou le théorème de Bernoulli raconté aux enfants », *Mathématiques et sciences humaines* (2006) 175 : 5-23

<sup>1176</sup> Selon Quetelet, « dans une population donnée, il y a toujours un type générique, soumis à des variations accidentelles ou circonstancielles, les hasards multiples de la vie, et ces variations ne sont pas quelconques, elles se distribuent suivant une courbe, la courbe de Gauss », que Quetelet appelle la « loi des causes accidentelles ».

<sup>1177</sup> Le même type d'interdiction aveugle et irraisonnée est aujourd'hui appliquée lorsqu'il s'agit d'étouffer une liberté d'expression culturelle ou religieuse séculaire pour satisfaire aux exigences de minorités irrespectueuses de l'histoire et du passé social des communautés qui les hébergent

requalification de non-patrimonialité, le corps humain est toujours considéré comme interdit de convention.

L'être humain serait-il donc parvenu, après ces millions d'années d'évolution, à un niveau de développement si misérable qu'il est incapable de décider lui-même, en toute liberté, d'agir de manière responsable vis à vis de son corps ?

Nous croyons et voulons encore croire qu'il est être de raison.

**480.** La question de la libre disposition de son corps, posée directement à l'occasion de l'insémination artificielle donna lieu, en son temps à bien prises de positions antagonistes, concernant l'équilibre entre la volonté individuelle et l'ordre naturel<sup>1178</sup>, qui sont aujourd'hui encore bien présentes dans les esprits et au centre des débats relatifs à la gestation pour autrui (GPA)<sup>1179</sup> et la procréation médicalement assistée (PMA).

### *B. Le corps « hôte », rejeté par le droit, revendiqué par la biotechnologie*

---

<sup>1178</sup> En 1880 une insémination artificielle avait été condamnée parcequ' « Elle répugne à la loi naturelle, elle peut constituer un véritable danger social »... » « En 1987, l'insémination artificielle avec donneur extérieur au couple, fut refusée au motif qu'elle posait « de graves problèmes d'ordre moral ou religieux ». Alors que la Cour d'Appel de Paris, validait en 1990, l'insémination artificielle avec donneur, « en tant que libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelle de ceux qui y souscrivent », la Cour de cassation cassa cette décision par laquelle la volonté individuelle primait à l'ordre naturel « en invoquant (ou en créant ?) le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain ». Les réactions furent vive et « Il fut reproché aux magistrats d'outrepasser leur rôle qui est d'appliquer la loi et non de créer des valeurs » J.-M. PUGHON « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique ». *L'Europe des libertés* Numéro 11, [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id\\_article=100&id\\_rubrique=5](http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5)

<sup>1179</sup> La gestation pour autrui (GPA) fut rendue illégale en France par la loi de bioéthique du 29 juillet, modifiée en 2011 et réaffirmée lors de la révision de 2013. Aux termes de l'article 16-7 du Code civil, figurant au chapitre II, intitulé « Du respect du corps humain », du titre Ier du livre Ier de ce Code : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». En vertu de l'article 16-9 du même Code, ces dispositions revêtent un caractère d'ordre public. Dans les cas les plus simples, la procédure met en jeu un couple souhaitant avoir un enfant (désignés « parents d'intention ») et une femme qualifiée de « mère porteuse » qui est inséminée par le sperme du futur père, pour pallier l'incapacité de la « mère d'intention » à mener une grossesse son à terme. En théorie, les gamètes utilisés peuvent être ceux du père et de mère d'intention, ou ceux du père et de la future mère porteuse. Pour simplifier les problèmes psychologiques et de filiation, les autorités de Grande Bretagne où la GPA est légale, ont introduit la nécessité que la gestatrice (mère porteuse) ne soit pas la mère génétique et que l'ovocyte provienne d'une autre donneuse. Cette situation peut alors s'apparenter à une adoption

**481.** Si le statut de la PMA devrait être reconsidéré dans la révision des lois de bioéthiques prévue en 2018<sup>1180</sup>, il ne semblerait pas être de même, à l'heure où ces lignes sont écrites, pour la GPA dans laquelle « *il peut y avoir trois mères : la donneuse d'ovocyte, la mère porteuse, et la mère éleveuse [ ] qui a le projet d'enfant, qui l'accueille, qui l'aime, qui l'éduque. Tout comme la mère est celle qui adopte un enfant et l'élève* »<sup>1181</sup>. Il faut noter à ce sujet que pour l'OMS la GPA fait partie des procédures de maternité de substitution applicables à la résolution de l'infertilité féminine, au même titre que tout autre pratique de procréation médicalement assistée.

La gestation pour autrui est d'ailleurs une pratique ancienne<sup>1182</sup>, à laquelle ont fait appel bien des couples avant que la société politique de plus en plus moralisatrice se retranche derrière les concepts d'éthique biomédicale et de dignité humaine pour imposer des sanctions sévères<sup>1183</sup>.

La condamnation de la GPA au nom du principe d'indisponibilité du corps humain, et certains arguments avancés par les membres du CCNE<sup>1184</sup> opposés à une légalisation de la GPA<sup>1185</sup> sont

---

<sup>1180</sup> Dans une interview diffusée sur Radio Monte-Carlo, le 12 septembre 2017, la Secrétaire d'État à l'Égalité entre les hommes et les femmes confirme, « sans préjuger du débat parlementaire », que conformément aux engagements pris par le Président de la République lors de sa campagne électorale, un projet de loi ouvrant la PMA pour toutes les femmes sera proposé en 2018 dans le cadre de la révision de la loi de bioéthique. « Le Comité d'éthique a émis un avis favorable [ ] il n'y a rien qui nous empêche de rendre la PMA légale pour toutes les femmes » (<https://www.youtube.com/watch?v=Tcxno3rDalU>). Voir aussi <https://www.publicsenat.fr/article/politique/le-gouvernement-proposera-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes-en-2018-77210>

<sup>1181</sup> E. BADINTER : « Je suis pour une GPA éthique » Entretien accordé au magazine "Elle" publié 8 mars 2013 <http://www.elle.fr/Societe/Les-enquetes/Elisabeth-Badinter-Je-suis-pour-une-GPA-ethique-2383496>

<sup>1182</sup> M.-X. CATTO « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? » (2013) La Revue des Droits de l'Homme vol 3 Dossier thématique. Les droits des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant. Accessible en ligne : <https://revdh.revues.org/201?lang=en> ; voir aussi le dossier "GPA et PMA: les techniques de procréation assistée", accessible en ligne sur <https://babygest.com/techniques-de-procreation-medicalement-assistee/> ainsi que les résultats du sondage IFOP réalisé pour le site My-pharma.info, le 22 septembre 2017

<sup>1183</sup> Les sanctions aux atteintes à la filiation, telles que définies à la section 4 du chapitre VII du titre II traitant dans le livre II du Code pénal, des atteintes à la personne humaine, sont énoncées aux articles 227-12, -13 et -14. « La simulation » [ par les parents d'intention] « ou la dissimulation » [par la mère porteuse] d'un accouchement « ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant », est passible d'une amende de 45000 euros d'amende et 3 ans d'emprisonnement. (227-13) Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende, le fait de servir d'intermédiaire dans la réalisation de l'entente entre « une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent d'abandonner son enfant né ou à naître ». De même l'incitation à faire « abandonner un enfant né ou à naître est puni de 6 mois d'emprisonnement et 7500 euros d'amende. Les peines sont doublées si les faits incriminés sont commis à « titre habituel ou dans un but lucratif » (227-12) On remarquera ici que le Code pénal ne fait pas spécifiquement mention de la gestation par autrui

<sup>1184</sup> Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé

<sup>1185</sup> Par exemple, « la dissociation, déjà présente dans les autres formes d'assistance médicale à la procréation entre les relations sexuelles et la procréation entre la fécondation et l'implantation, entre la génétique et la parenté, se doublerait ici d'une dissociation entre les différentes fonctions de la maternité, utérine et sociale, voire génétique... ». ou encore « L'avenir de tout enfant est par nature empreint d'incertitude et il serait illusoire de vouloir garantir à chacun un contexte familial optimal. » Avis N°110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation

des illustrations de l'impact des contraintes sociales et de la morale religieuse qui bâillonnent la liberté personnelle et familiale, à une époque où le contexte international qui évolue vers une acceptation de ces pratiques<sup>1186</sup> conduit les familles à se tourner vers l'étranger au détriment de la qualité de vie à laquelle ils aspirent<sup>1187</sup>.

Dans une note annexe à l'avis 110, certains membres du CCNE « *particulièrement sensibles au drame humain que représente pour certains couples le fait de pouvoir obtenir des embryons avec leurs propres gamètes, sans avoir la possibilité de faire mener par la mère "d'intention" la grossesse à son terme, faute d'utérus* » avaient exprimé « *le vœu que la GPA, strictement encadrée de façon à préserver la dignité et la sécurité de tous les protagonistes impliqués, soit prévue, à titre dérogatoire, dans la loi, à l'occasion de sa future révision* »<sup>1188</sup>

---

pour autrui (GPA) 1er avril 2010 ». En quoi donc ce dernier point concerne-t-il plus spécialement la GPA ?. Voir également le §20 de l'article de M.-X. CATTO cité ci-dessus

<sup>1186</sup> Il ressort, d'une recherche de droit comparé produite par la CEDH en 2014 dans le cadre de l'affaire *Mennesson c. France* (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11), et des informations fournies par Babygest.com, que « *la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États : l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Islande, l'Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovaquie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Dans dix autres États, (Andorre, de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de Saint-Marin) soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine* ». Elle « *est en revanche autorisée dans sept États (Albanie, en Géorgie, en Grèce, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Russie et en Ukraine) sous réserve de conditions strictes* » En Grèce, la loi autorise le recours aux mères porteuses à toutes les nationalités, mais pas aux couples gays, alors qu'en Géorgie, la GPA légale depuis 1997 n'est autorisée que pour les couples hétérosexuels sur indication médicale. Au Portugal, la GPA est autorisée depuis 2016 si elle est effectuée dans une clinique agréée par le ministère de la santé portugais. Enfin, « *elle ne fait pas l'objet d'une réglementation en Belgique, en République tchèque et, éventuellement, au Luxembourg et en Pologne* ». Les conditions de reconnaissance ou l'établissement du lien de filiation avec un enfant né de GPA, sont également décrites dans cet arrêt. Aux États-Unis, chaque État applique sa propre réglementation et le prix à payer varie selon les sommes payées à la mère porteuse, à la clinique et à l'agence. Au Canada, il est difficile de trouver une mère porteuse bien que la GPA soit légale, car la loi restreint le rôle des agences. De plus, La Finlande, la Suède, le Danemark, la Belgique, les Pays-Bas, le Royaume Uni et l'Espagne autorisent la PMA pour les couples de même sexe (<http://www.my-pharma.info/actu/enquete-ifop-pma-gpa/>)

<sup>1187</sup> Un sondage réalisé en 2017 par l'IFOP (Institut Français d'Opinion Publique) pour le site My-pharma.info, et publié le 22 septembre 2017 ([http://www.ifop.com/media/poll/3853-1-study\\_file.pdf](http://www.ifop.com/media/poll/3853-1-study_file.pdf)) révélait que la majorité des français sont favorables à la légalisation de la GPA (59% pour les couples hétérosexuels, 44% pour les couples homosexuels). Pour 71 % des français, les enfants nés de la GPA devraient avoir les mêmes droits que les autres enfants nés à l'étranger de parents français. Le même sondage indique « *également que 60% des français (77% des jeunes de 18-24 ans) sont favorables à un élargissement de la PMA* ». Le sondage IFOP fut effectué à la suite des déclarations de la Secrétaire d'État à l'Égalité entre les hommes et les femmes du 12 septembre 2017 (voir plus haut) et qui annonçait une semaine plus tard, que « *l'ensemble du gouvernement est opposé à la GPA* » qu'elle souhaite que la GPA reste interdite en France « *Elle ne sera jamais proposée pendant le quinquennat du président de la République. Notre boussole, c'est l'intérêt de l'enfant. Non, le gouvernement ne proposera pas la GPA, et à titre personnel, j'y suis opposée* »

<sup>1188</sup> Fort heureusement, à en croire son nouveau président, les avis du CCNE « *ne sont pas inscrits dans le marbre* ». Interview de J. F. Delfraissy par E. FAVEREAU (2017) Libération du 15 octobre

Le statut des enfants nés à l'étranger d'un père français et d'une mère porteuse fut longtemps ignoré par la loi française.

**482.** Dans trois affaires, l'infertilité de la mère avait conduit des couples français, d'une part M. X & Mme Y, et d'autre part M & Mme Mennesson, ainsi que M & Mme Labassee, à faire procéder une GPA dans les États américains du Minnesota et de Californie, où cette procédure est légale. Les certificats de naissance établis par les autorités américaines indiquaient dans chacun des trois cas, le nom des deux membres de chaque couple comme pères et mères des enfants nés de mère porteuse. Pour les trois arrêts rendus dans ces affaires<sup>1189</sup>, l'attendu de la Cour de cassation, énonçait que « *en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil* »<sup>1190</sup>.

Les problèmes posés par cette situation juridique ont été reconsidérés en 2013 par le ministère de la justice pour permettre la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés de père français et de mère porteuse ayant fait appel à des techniques de GPA sur un territoire étranger où ces pratiques sont légales<sup>1191</sup>. Les réactions véhémentes que cette décision, validée

---

<sup>1189</sup> Cass. Civ.1ère, 6 avril 2011, B N°70, Cass. Civ.1ère, 6 avril 2011, B N°71, Cass. Civ.1ère, 6 avril 2011, B N°72

<sup>1190</sup> Dans la première affaire, la Cour d'Appel de Paris, par un arrêt rendu le 26 février 2009, avait confirmé la décision du tribunal de grande instance de Paris en disant « *que Mme Y... n'était pas la mère de Z... et annulé dans la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, la mention relative à Mme Y...* ». Pour la famille Mennesson, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 18 mars 2010 avait « *annulé la transcription, sur les registres du service central d'état civil de Nantes, des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie)* » et en désignant M. et Mme Mennesson en qualité de père et mère des jumelles nées de la procédure de GPA. Dans l'affaire Labassee, les plaignants avaient attaqué la décision de la Cour d'Appel de Douai, du 14 septembre 2009, par laquelle « *Monsieur et Madame X... ainsi que Madame A...* » étaient déboutés « *de leur demande de transcription de l'acte de notoriété dressé le 3 décembre 2003 établissant la possession d'état de l'enfant Y... sur le registre de l'état civil français* ». La Cour de cassation avait rappelé qu'en se rendant aux États-Unis afin d'y conclure une convention de mère porteuse, les époux français n'ignoraient pas qu'ils « *enfreignaient une règle d'ordre public* » et que la convention ayant permis la naissance de l'enfant né de la PGA « *est donc incontestablement frauduleuse* ». En conséquence, les demandeurs ne pouvaient se prévaloir de la possession d'état viciée pour obtenir la retranscription de l'acte de notoriété sur l'acte de naissance de l'enfant et « *qu'ainsi, ledit acte de notoriété ne pourra plus être utilisé et aucune copie ne pourra en être délivrée* »

<sup>1191</sup> Circulaire JUSC 1301528SC, CIV/02/13, C4 « *Délivrance des certificats de nationalité française-convention de mère porteuse- État civil Étranger* » que « *lorsqu'il apparaît avec suffisamment de vraisemblance qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* » [ ] « *et sous réserve que les conditions relatives à la délivrance des certificats de nationalité française* » soient remplies, il « *soit fait droit* » aux « *demandes des certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger* » [ ] « *dès lors que*

par le Conseil d'État<sup>1192</sup>, déclencha au sein des divers partis politiques, aussi bien dans l'opposition que dans la majorité de l'époque et dans le monde juridique<sup>1193</sup> donnent une idée du contexte difficile dans lequel ces problèmes sont accueillis.

Plusieurs observateurs avaient considéré que si la circulaire de 2013 « ouvrait une brèche » de par son positionnement en porte-à faux vis à vis de la jurisprudence de l'époque<sup>1194</sup>, elle n'ouvrait cependant pas nécessairement la voie à une légalisation de la GPA.

Son application fut loin d'être immédiate.

**483.** Le choix des autorités françaises de privilégier des positions de principe au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant, a été condamné par la CEDH qui, dans les affaires *Menesson c. France* et *Labassee C. France*<sup>1195</sup>, faisait prévaloir les droits des enfants tels que définis dans l'article 8 de la Convention et l'article 3§1 de la convention internationale des droits de l'enfant<sup>1196</sup>.

Il faut préciser que la CEDH ne s'était pas prononcée sur le choix des autorités vis à vis de l'interdiction de la GPA en France<sup>1197</sup> et que les décisions prises dans les affaires susvisées ne concernaient que les enfants nés de gestation pour autrui effectuée à l'étranger à la demande de parents d'intention français.

---

*le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du Code civil* » circu\_2013-01-25\_NOR-JUSC-1301528C-nationalite-fr-mere-porteuse.pdf

<sup>1192</sup> CE 365779, lecture du 12 décembre 2014

<sup>1193</sup> Voir par exemple les craintes exprimées par le député D. FASQUELLE « *Des couples vont aller à l'étranger pratiquer la GPA, et conforter ensuite des situations qui en France sont illégales, explique-t-il. On ouvre la voie à bien d'autres dérives... Ce ne sont plus seulement les droits de l'enfant que l'on viole, mais aussi ceux de la personne humaine. Car la GPA est une forme de location du corps humain* »

<sup>1194</sup> Cass. Ass. plén, 31 mai 1991 B. n°4, Cass. Civ.1ère. 6 avril 2011 Bn°70, Cass. Civ.1ère. 6 avril 2011 B n°71, Cass. Civ.1ère. 6 avril 2011 B n°72

<sup>1195</sup> *Menesson c. France* (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11) ; *Labassee c. France* (CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11)

<sup>1196</sup> Aux termes de la convention des droits de l'enfant « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »

<sup>1197</sup> Voir par exemple dans l'arrêt *Labassee* : §62. « *L'impossibilité pour les requérants de voir reconnaître en droit français le lien de filiation entre les premiers et la troisième d'entre eux est donc, selon la Cour de cassation, un effet du choix d'éthique du législateur français d'interdire la gestation pour autrui. Le Gouvernement souligne à cet égard que le juge interne a dûment tiré les conséquences de ce choix en retenant que la possession d'état ne pouvait être invoquée pour établir en France la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. Selon lui, le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit contourné et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction* ». §63. « *La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé* »

Par ces deux arrêts, que la France n'a pas contestés, le gouvernement français était enjoint par la CEDH de transcrire sur les registres d'état civil français, les actes de naissance d'enfants nés de GPA aux États-Unis, afin qu'ils puissent bénéficier des mêmes droits que les enfants des familles « naturelles » ouvrant ainsi la porte à une application plus large de la « circulaire Taubira ».

**484.** A la suite des Affaires Mennesson et Labassee, la Cour de cassation prit plusieurs arrêts en 2015 qui allaient dans le sens de la jurisprudence européenne<sup>1198</sup>, mais il fallut attendre deux nouvelles condamnations de la France par la CEDH en 2016 et 2017<sup>1199</sup> pour que la Cour de cassation décide par un premier arrêt<sup>1200</sup> que « *Le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* » et par un second<sup>1201</sup> que « *l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant [né de GPA à l'étranger], de créer un lien de filiation entre celui-ci et l'épouse de son père* »<sup>1202</sup>.

---

<sup>1198</sup> Cass. Ass. plén, 3 juillet 2015, n°14-21.323 et n° 15-50.002. Par ces deux arrêts, « *l'assemblée plénière de la Cour de cassation a, d'une part, cassé partiellement un arrêt de la cour d'appel de Rennes du 15 avril 2014, qui refusait de faire droit à la transcription sur un registre consulaire de l'acte de naissance établi en Russie d'un enfant né dans ce pays d'une gestation pour autrui et, d'autre part, rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de cette même juridiction du 16 décembre 2014, qui faisait droit à une telle transcription* » cité au §36 de l'arrêt de la CEDH du 21 octobre 2016

<sup>1199</sup> Foulon et Bouvet c. France, CEDH, 21 octobre 2016 n° 9063/14 et n° 10410/14 ; Laborie c. France, CEDH, 19 janvier 2017 n° 44024/13 à l'occasion desquelles, la Cour avait dit a deux reprises prendre « bonne note des indications du Gouvernement selon lesquelles, postérieurement à l'introduction des présentes requêtes et au prononcé des arrêts Mennesson et Labassee précités, la Cour de cassation a, par deux arrêts du 3 juillet 2015, procédé à un revirement de jurisprudence »

<sup>1200</sup> Cass. Civ.1ère, 5 juillet 2017, n° 16-16.901

<sup>1201</sup> Cass. Civ.1ère, 5 juillet 2017, n° 16-50.025

<sup>1202</sup> Si la transcription de la paternité biologique est ainsi résolue, la question ne l'est pas pour ce qui concerne la maternité d'intention, telle qu'elle est réclamée dans les pourvois déposés par les époux Mennesson. Confrontée à ce problème, la Cour de cassation, réunie en formation solennelle, sursit à statuer et déposa, en application du protocole 16 entré en vigueur après sa ratification par la France le 12 avril 2018, une demande d'avis à la CEDH (Cass. Ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053) concernant « *l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États signataires de la Convention* ». De plus la Cour « *s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention* »

**485.** Les deux arrêts de 2017 qui furent qualifiées de « politiques et morales »<sup>1203</sup> prenaient manifestement plus en compte la situation de l'enfant que la manière (GPA) par laquelle il avait été conçu. Accueillies par certaines familles et associations comme un progrès permettant aux deux parents d'intention d'obtenir un statut légal vis à vis de l'enfant, elles furent considérées comme insuffisantes par d'autres.

Il est utile de remarquer ici que les décisions prises par la Cour de cassation ne prenaient pas en compte la position prise par la Grande Chambre de la CEDH quelques mois plus tôt quand elle refusait une demande d'adoption plénière au motif que l'écartement de la mère pour rendre l'enfant adoptable ne pouvait être validé sans méconnaître les droits de l'enfant concerné ainsi que ceux de tous les autres enfants<sup>1204</sup>.

Le tribunal de Grande instance d'Évry a suivi l'exemple de la Grande Chambre en rejetant deux demandes d'adoption d'enfants nés de GPA qui furent déposées par le père biologique et son conjoint en absence de filiation maternelle établie<sup>1205</sup>.

Une analyse des points de vue d'une doctrine qui peut encore sembler très empreinte d'un passé théologique contraignant<sup>1206</sup>, et des positions exprimées très vivement par les uns et les autres au sein du grand public<sup>1207</sup> vis à vis de l'opportunité d'une légalisation générale des techniques

---

<sup>1203</sup> A. MORAN, C. RIVIECCIO. Libération du 5 juillet 2017 Ce que change la décision de la Cour de cassation sur la GPA [http://www.liberation.fr/france/2017/07/05/ce-que-change-la-decision-de-la-cour-de-cassation-sur-la-gpa\\_1581809](http://www.liberation.fr/france/2017/07/05/ce-que-change-la-decision-de-la-cour-de-cassation-sur-la-gpa_1581809)

<sup>1204</sup> Paradisio et Campanelli c. Italie CEDH Grande Chambre, 24 janvier 2017 n° 25358/12

<sup>1205</sup> On peut noter que les demandes validées par la Cour de cassation en juillet 2015 visaient des adoptions simples alors que celles qui furent rejetées par le TGI d'Évry concernaient des demandes d'adoption plénière. Voir A. MIRKOVIC « Adoption après GPA : le TGI d'Évry fait de la résistance » <https://www.village-justice.com/articles/adoption-apres-gpa-tgi-evry-fait-resistance,26623.html>

<sup>1206</sup> S. BOLLEE « Nullité d'ordre public de la convention de mère porteuse ». Revue critique de droit international privé (2014) pp 619-626 « Sonnant comme un défi autant qu'une menace pour l'autorité des réglementations nationales impératives, l'essor contemporain du tourisme procréatif a assez naturellement suscité, au sein de la jurisprudence française, un réflexe défensif » ; J.-M. POUGHON « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique ». L'Europe des libertés Numéro 11, [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id\\_article=100&id\\_rubrique=5](http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5) (V. *supra* n°480)

<sup>1207</sup> Voir par exemple : « 10 mauvais arguments invoqués contre la GPA » [claradoc.gpa.free.fr/doc/35.pdf](http://claradoc.gpa.free.fr/doc/35.pdf) ; « Pour l'arrêt immédiat de la gestation pour autrui » Tribune sur Libération [http://www.liberation.fr/societe/2015/05/11/pour-l-arret-immediat-de-la-gestation-pour-autrui\\_1306937](http://www.liberation.fr/societe/2015/05/11/pour-l-arret-immediat-de-la-gestation-pour-autrui_1306937) ; C. PIQUET « Deux ados nées par GPA témoignent pour la première fois » Le Figaro du 25 juin 2015 <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/06/25/01016-20150625ARTFIG00059-deux-ados-nees-par-gpa-temoignent-pour-la-premiere-fois.php> ; S. et D. MENNESSON « La révision des lois bioéthiques en matière de gestation pour autrui : constats et propositions » (2011) pp 203-210 in G. DAVID, R. HENRION, P. JOUANNET, C. BERGOIGNAN-ESPER « La gestation pour autrui » Éditions Lavoisier Médecine Sciences ; I. THERY « Régulation internationale de la GPA ou "abolition universelle" : deux voies, deux lignes, deux camps » L'humanité du 10 juin 2015 <https://www.humanite.fr/regulation-internationale-de-la-gpa-ou-abolition-universelle-deux-voies-deux->



d'aide à la procréation, fait prendre la mesure d'un profond schisme sociétal qui dépasse largement les conflits d'opinion concernant la notion d'indisponibilité du corps humain.

Au moment où se mettent en place les révisions des lois de bioéthique, il nous apparaît particulièrement alarmant de lire dans la presse<sup>1208</sup> grand public que ces lois ont été des « *transgressions à l'unique principe du respect de la vie et de la dignité de la personne humaine* » et qu'il est regrettable de tenir compte de l'opinion des français exprimée au travers d'un sondage concernant « *les français et les questions liées à la bioéthique*<sup>1209</sup> » effectué pour le journal La Croix<sup>1210</sup>.

A notre avis, évoquer un « *diktat des sondages*<sup>1211</sup> » et ne pas tenir compte de l'opinion d'une population qui est concernée au premier chef par ces problèmes, révèle plutôt un diktat paternaliste obsolète et déplacé.

**486.** Sur un plan juridique international, la CEDH confrontée depuis plusieurs années à de nombreuses affaires relatives à la liberté de disposer de son corps a reconnu ouvertement, comme nous l'avons vu, un principe d'autonomie personnelle attribuant à chacun un champ large d'actions concernant son propre corps<sup>1212</sup>. Cependant ses positions récentes au regard de la GPA ont déclenché des levées de bouclier de la part de certains groupes craignant que la

---

lignes-deux-camps. Les candidats à la présidence de la république ont également largement exprimé leurs points de vue dans la presse. Voir par exemple M. LONGUET "Abolition, interdiction, restriction : les positions des candidats sur la GPA" dans Le Parisien du 19 avril 2017

<http://www.leparisien.fr/elections/presidentielle/polemique-autour-de-la-gpa-ce-que-dit-vraiment-emmanuel-macron-19-04-2017-6866685.php>

<sup>1208</sup> Interview de J.-M. LE MENE pour Gèneéthique en date du 3 janvier 2018 « les révisions de la loi de bioéthique face au diktat des sondages » <http://www.genethique.org/fr/les-revisions-de-la-loi-de-bioethique-face-au-diktat-des-sondages-68846.html>

<sup>1209</sup> Sondage IFOP « Les Français et les questions liées à la bioéthique » FD/EP N° 115159 effectué en décembre 2007 établissant que 60% des français sont favorables à la PMA pour les femmes célibataires ou en couple féminin, 64% sont favorables à la GPA, et 80% et 77% sont favorables aux modifications génétiques des embryons humains visant respectivement à guérir des maladies graves ou corriger des anomalies génétiques avant la naissance, alors que 78% sont opposés aux modifications génétiques embryonnaires destinées à corriger des traits non vitaux. [http://www.ifop.com/media/poll/3938-1-study\\_file.pdf](http://www.ifop.com/media/poll/3938-1-study_file.pdf)

<sup>1210</sup> L BESMOND de SENNEVILLE, M. BOËTON « Bioéthique, ce qu'en disent les français » La Croix édition du 3 janvier 2018 <https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/Bioethique-quen-disent-Francais-2018-01-03-1200903245>

<sup>1211</sup> *Ibid* Interview de J.-M. LE MENE

<sup>1212</sup> M. AILINCAI « Propos introductifs Dossier thématique : Corps, genre et droit » II Le corps et la Cour Européenne des Droits de l'Homme » (2015) 8 <https://revdh.revues.org/1535>

libéralisation de la GPA aboutisse à une marchandisation du corps féminin<sup>1213</sup> alors que l'exemple de réglementation d'une GPA altruiste au Royaume Uni fournit des éléments plutôt apaisants à cet égard<sup>1214</sup>.

**487.** Il est urgent d'aborder ce problème de la manière la plus large et démocratique possible afin que les clivages ne se transforment pas en rejets haineux se réclamant de « vérités » et faisant fi du respect mutuel que les individus de toutes positions sociales, croyances, convictions politiques et morales se doivent au nom du principe de « dignité » humaine si souvent banalisé.

**488.** Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye<sup>1215</sup> a été mandaté depuis peu pour réaliser une étude des questions de droit international privé relatives aux « conventions de maternité de substitution » et au statut des enfants qui en sont les fruits<sup>1216</sup>. Un Groupe d'experts a été désigné en 2015 pour conduire ces travaux au niveau international. Le Groupe s'est réuni en 2016, 2017 et plus récemment en 2018<sup>1217</sup>. Au cours de cette troisième réunion, le groupe a abordé des questions concernant *a) d'éventuelles dispositions portant sur la reconnaissance de plein droit des décisions judiciaires étrangères en matière de filiation ; b) la possibilité de reconnaître la filiation lorsqu'elle est consignée dans un acte public et les éventuelles*

---

<sup>1213</sup> Voir par exemple les réactions aux jugements récents de la CEDH : G PUPPINCK « GPA : l'engrenage de la CEDH » Le Figaro du 13 février 2015, <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/02/13/31003-20150213ARTFIG00353-gpa-l-engrenage-de-la-cedh.php>; C. de La HOUGE « CEDH : de la GPA à la vente d'enfant » Valeurs actuelles du 17 février 2015 <http://www.valeursactuelles.com/societe/cedh-de-la-gpa-a-la-vente-denfant-50780>

<sup>1214</sup> GPA au Royaume-Uni : législation, prix et inconvénients. Babygest <https://babygest.com/royaume-uni/>

<sup>1215</sup> Conférence de La Haye de droit international privé (<https://www.hcch.net/fr/home>)

<sup>1216</sup> On estime aujourd'hui à plusieurs milliers, le nombre d'enfant nés de GPA dans le monde occidental, dont environ 2000 en France (estimations difficiles à contrôler) voir par exemple Nationalité et filiation des enfants nés par GPA à l'étranger. <https://babygest.com/etat-civil-enfants-nes-a-letranger-gpa/>; O. KELLEHER « Over 100 surrogate babies born in India, Ukraine and Thailand and flown back to Ireland with parents in last decade ». Irish Mirror 11 novembre 2017 <http://www.irishmirror.ie/news/irish-news/over-100-surrogate-babies-born-11506509>; voir aussi en Grande Bretagne Surrogate Motherhood Center [https://www.mother-surrogate.com/?utm\\_source=GoogleAdWords&utm\\_medium=cpc&utm\\_campaign=England&utm\\_term=%2Bsurrogate%20%2Buk&gclid=EAlaIQo bChMIkLv9vbrK1wIVbCrTCh1RkQOPEAAAYiAAEgLv\\_D\\_BwE](https://www.mother-surrogate.com/?utm_source=GoogleAdWords&utm_medium=cpc&utm_campaign=England&utm_term=%2Bsurrogate%20%2Buk&gclid=EAlaIQo bChMIkLv9vbrK1wIVbCrTCh1RkQOPEAAAYiAAEgLv_D_BwE); aux USA, les statistiques publiées par le Council for Responsible Genetics ([www.councilforresponsiblegenetics.org](http://www.councilforresponsiblegenetics.org)) indiquaient que le nombre de bébés nés de mères porteuses avait doublé entre 2004 et 2008 (de 738 à 1400 bien que ce nombre ne représente probablement « qu'une petite fraction du marché »). "Surrogacy in America" <http://www.thelizlibrary.org/surrogacy/Surrogacy-in-America.pdf>

<sup>1217</sup> Rapports du groupe d'experts sur le projet filiation / maternité de substitution. 2016 (15 au 18 février) <https://assets.hcch.net/docs/abf15fe3-18dc-4155-867b-2aaefe5016ed.pdf>; 2017 (31 janvier au 3 février) <https://assets.hcch.net/docs/443f72ec-a21e-45b0-8503-e28533aeded6.pdf>; 2018 (6 au 9 février) <https://assets.hcch.net/docs/f4c34b79-9625-4644-8354-8070fe6b790c.pdf>

considérations à cet égard ; c) si des cas particuliers (par ex., la filiation d'enfants nés de conventions de maternité de substitution ou du recours à la procréation médicalement assistée) justifient de se concentrer sur une démarche différenciée ». Le groupe a conclu que dans l'état actuel des travaux, il est nécessaire d'avoir des discussions plus approfondies concernant la mise en place de « règles uniformes concernant le droit applicable en matière de filiation » sur lesquelles les experts ont exprimé des positions divergentes, la reconnaissance « des actes publics étrangers qui consignent la filiation » et le « perfectionnement d'éventuelles dispositions concernant la reconnaissance de décisions judiciaires étrangères ». Dans un contexte aujourd'hui marqué, en France, par les discussions entamées au sujet des États généraux de la bioéthique (18 janvier-30 avril 2018), les travaux de ce Groupe n'ont pas été toujours très bien accueillis<sup>1218</sup>.

## *Section 2. La propriété corporelle et la libre disposition de soi*

**489.** Les problèmes soulevés dans le cadre de l'indisponibilité du corps appliquée à la procréation pour autrui conduisent directement aux problématiques concernant la propriété de soi.

### §1. Le concept de propriété corporelle

**490.** La paternité du concept de « propriété de soi » est attribuée à Richard Overton, un Leveller<sup>1219</sup> qui adressa en 1646 de la cellule où il était emprisonné pour ses positions politiques, un appel véhément<sup>1220</sup> dirigé contre les membres de la Chambre des Lords dans lequel il écrivait : « *A chaque individu est attribuée une propriété individuelle par nature, que personne ni quoi que ce soit n'a le droit d'usurper ; car chacun est soi et a donc une propriété*

---

<sup>1218</sup> Voir par exemple C. de la HOUGUE qui reproche au Groupe de donner au terme de « filiation » une définition purement positiviste, indépendante de tout lien avec la réalité. « GPA : Que s'est-il dit à la conférence de la Haye ? » (2018) Le coin des experts – Génétique Tribune du 17 avril. Pour un état actuel des débats concernant au niveau international la pratique de la GPA, consulter l'ouvrage de I. COTE, K. LAVOIE, J. COURDURIES « Perspectives internationales sur la gestation pour autrui : Expériences des personnes concernées et contextes d'action » (2018) Presse de l'université du Québec - Social Science Canada

<sup>1219</sup> Mouvement politique qui au moment de la guerre civile en Angleterre (1642-1646) prônait en particulier la souveraineté populaire et l'égalité devant la loi. Voir la biographie de Richard Overton disponible sur [https://en.wikipedia.org/wiki/Richard\\_Overton\\_\(Leveller\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Richard_Overton_(Leveller))

<sup>1220</sup> R. OVERTON « An Arrow against all tyrants » du 12 octobre 1646. Le texte intégral est disponible sur le site de la Constitution Society [http://www.constitution.org/lev/eng\\_lev\\_05.html](http://www.constitution.org/lev/eng_lev_05.html)

personnelle. Dans le cas contraire il ne peut être lui-même. De ce fait, personne ne saurait prétendre l'en priver, sans violation manifeste et affront aux principes mêmes de la nature et des règles d'équité et de justice qui prévalent entre les hommes. Le "mien" et le "tien" ne peuvent exister autrement qu'ainsi. Aucun homme n'a de pouvoir sur mes droits et mes libertés, et je n'en ai aucun sur les droits et liberté d'autrui. »<sup>1221</sup>

**491.** Quelques années plus tard, le philosophe John Locke qui s'imposa comme un des champions du concept de « self ownership », écrivait dans son Traité du Gouvernement Civil « *Bien que la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent à tous les hommes, chacun a un droit de propriété sur sa propre personne que nul autre ne peut revendiquer*<sup>1222</sup> ». Pour Locke, l'homme est pourvu des droits naturels fondamentaux que sont la vie, la liberté et la propriété, qui ne sont pas le fait de législateurs, et que personne ne peut outrepasser. Les législations doivent être des expressions du droit qu'elles servent<sup>1223</sup>.

Dans la même veine, Tocqueville, dans son analyse de la démocratie américaine, écrivait que le citoyen était maître de ce « *qui ne regarde que lui-même* » et que l'individu « *est le meilleur comme seul juge de son intérêt particulier*<sup>1224</sup> ».

De ces discours philosophiques réclamant une liberté de l'homme à prendre en main sa destinée et sa place d'être responsable au sein de la société dans laquelle il évolue, est née la politique

---

<sup>1221</sup> « *To every individual in nature is given an individual property by nature not to be invaded or usurped by any. For everyone, as he is himself, so he has a self-propriety, else could he not be himself; and of this no second may presume to deprive any of without manifest violation and affront to the very principles of nature and of the rules of equity and justice between man and man. Mine and thine cannot be, except this be. No man has power over my rights and liberties, and I over no man's* » Première phrase de la lettre envoyée à Henry Marten, membre de la Chambre des Communes (House of Commons)

<sup>1222</sup> « *Though the earth, and all inferiour creatures, be common to all men, yet man has a property in his own person: this nobody has any right to but himself* » J. LOCKE 1680 « The two treatise of Government » 1680 Of civil Government, book II, Of property §27 (Vol 4 p353 de l'œuvre complète de J. Locke en 9 volumes, 1824, C. Baldwin Printer, New Bridge Street London)

<sup>1223</sup> Plusieurs auteurs, considèrent que ces concepts sont retrouvés dans l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui dispose « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* » Voir par exemple « *Le Libertarisme comme Lemennicier* » Octobre 2014 L'Université Liberté <http://universite-liberte.blogspot.fr/2014/10/le-libertarianisme-comme-lemennicier.html>

<sup>1224</sup> « *Dans tout ce qui concerne les devoirs des citoyens entre eux, il est donc devenu sujet. Dans tout ce qui ne regarde que lui-même, il est resté maître : il est libre, et ne doit rendre compte de ses actions qu'à Dieu. De là cette maxime, que l'individu est le meilleur comme le seul juge de son intérêt particulier, et que la société n'a le droit de diriger ses actions que quand elle se sent lésée par son fait, ou lorsqu'elle a besoin de réclamer son concours* » p59 Chapitre V Nécessité d'étudier ce qui se passe dans les États particuliers, avant de parler du gouvernement de l'union. De l'existence communale. (1835) A. de TOCQUEVILLE « De la démocratie en Amérique » Institut Coppet <http://www.institutcoppet.org>

« libertarienne »<sup>1225</sup> initialement portée aux États-Unis par Robert Nozick, considéré comme le père philosophique du libertarianisme (aussi appelé libetarisme)<sup>1226</sup> et relayée ultérieurement par de nombreux courants de philosophie politique qui ont opposé les premiers libertariens de « droite » à ceux de « gauche » en ce qui concernait le rôle que devait avoir l'État<sup>1227</sup>. Tous s'accordent cependant à considérer que le libertarianisme concerne les aspects relatifs à la propriété de son corps dans le cadre plus général de celui de la propriété privée.

**492.** Le concept de « self ownership »<sup>1228</sup> ou de « propriété de soi » recouvre un droit absolu de propriété que chaque être humain a non seulement sur son corps, mais également sur le pouvoir de décider et éventuellement permettre ce qu'autrui peut lui faire<sup>1229</sup>. Ce concept dérive

---

<sup>1225</sup> Le libertarianisme est un ensemble de courants de philosophie politique qui s'adressent entre autres aux problèmes de liberté, justice, propriété, droit et lois, avec comme principal objectif la défense de la liberté et de l'autonomie des individus. Plusieurs analyses concernant les fondements et les différentes approches politiques et philosophiques au sein des tendances et mouvements libertariens, sont disponibles. De manière non exhaustive, voir B. WILLIAM « Essays, Philosophical, Historical, and Literary » (1789) Dilly, In the poultry Londres, dans lequel le terme « libertarien » apparaît à la page 11 du premier essai intitulé « On liberty and Necessity », un thème de discorde philosophique entre Hobbes et Bramhall commenté par V. CHAPPELL dans son Introduction de l'ouvrage « Hobbes and Bramhall on Liberty and Necessity » (1999) Cambridge University Press, MA. Pour les fondements du système Libertarien J. Rostan « L'Éthique de la Liberté, Fondement du Système Libertarien » de l'ouvrage de Murray Newton ROTHBARD « L'Éthique de la Liberté » (1982) Traduit par F. Guillaumat et P. LEMIEUX Société d'Édition Les Belles Lettres, Paris. Voir aussi « Le Libertarianisme comme Lemennicier » (2014) L'université Liberté <http://universite-liberte.blogspot.fr/2014/10/le-libertarianisme-comme-lemennicier.html> ; ainsi que « Six mythes au sujet du libertarianisme ». Par M. N. Rothbard (2012) Traduction de Geoffroy Le Gentilhomme, Institut Coppet <http://www.institutcoppet.org/2012/12/07/six-mythes-au-sujet-du-libertarianisme-par-murray-rothbard> et « Liberal Critique and Conservatrice Critique of Libertarianism » The Encyclopedia of Libertarianism <https://www.libertarianism.org/encyclopedia/liberal-critique-libertarianism>

<sup>1226</sup> Robert NOZICK « Anarchy, State, and Utopia » (1974) Blackwell Cambridge USA. Cet ouvrage est cité par le supplément littéraire du Times comme l'un des 100 livres les plus influents de l'après-guerre. Bien que Nozick se réclame de Locke dont il partage la notion de droit naturel il s'en démarque en particulier en rejetant, dans son ouvrage, le concept de « droit inaliénable »

<sup>1227</sup> Pour ce qui est des implications de la conception libertarienne dans le cadre de la justice globale et de la justice sociale voir J.-S. GHARBI, C. SAMBUC « Propriété de Soi et Justice Sociale chez les Libertariens » *Cahiers d'économie politique* (2012) 62 :187-222

<sup>1228</sup> Pour une définition large et les limites du concept de « self ownership », voir l'article de P. VALLENTYNE (1992) dans Encyclopedia of Ethics L. C. BECKER and C. B. BECKER (Eds) pp1561-1563, Garland Publishing New York . Voir aussi M. N. ROTHBARD (1926) « The Libertarian Creed » pp28-37 in « For a New Liberty – The Libertarian Manifesto » Collier Books, Macmillan Publishing Co, Inc New York « The right to self-ownership asserts the absolute right of each man, by virtue of his (or her) being a human being, to “own” his or her own body; that is, to control that body free of coercive interference ». En France aujourd'hui, ce concept est surtout défendu par l'économiste B. Lemennicier (B. LEMENNICIER « Bioéthique et liberté » (1990) Droits : revue française de théorie juridique 13 :111-122 ; « Le Libertarianisme comme Lemennicier » (2014) L'université Liberté <http://universite-liberte.blogspot.fr/2014/10/le-libertarianisme-comme-lemennicier.html>)

<sup>1229</sup> « the person's right to his own body, his personal liberty, is a property right in his own person, as well as a "human right" » M. N. ROTHBARD « The Ethics of Liberty » p113 §15 « Human rights as Property Rights » New York

du « droit libertarien » d'interdire aux autres de formuler une décision autoritaire concernant la manière avec laquelle un objet est utilisé par l'individu qui le possède. Appliqué à la propriété de soi, cela implique qu'autrui n'a aucun droit de décision en ce qui concerne la manière d'utiliser l'ensemble des caractéristiques, richesses et ressources qui composent un « soi »<sup>1230</sup>.

C. BIRD précise que dans la thèse libertarienne de la propriété de soi, les individus ont le devoir absolu de ne pas agir contre certains sacro-saints et inviolables aspects d'eux-mêmes. Dès lors, la propriété de soi ne peut être exhaustive, mais seulement partielle, étant donné qu'il y a certains aspects de soi dont on ne peut ni user ni abuser... Dans ce cas, un individu qui interviendrait pour empêcher un autre de violer ses devoirs lui rendrait plutôt service en lui fixant les limites de ce qu'il peut faire de lui-même comme il l'entend.

Selon M. N. Rothbard, « *le droit de la personne sur son propre corps, est un droit de propriété, tout autant qu'un droit de l'Homme* ». Il implique une libre disposition de son corps et de ses éléments constitutifs tels que organes et tissus, dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs et repose sur la notion de libre consentement, autre grande idée à laquelle J. Locke était très attaché.

**493.** Bien que la propriété de soi-même ne reste pour certains qu'un concept philosophique sans aucune portée pratique, on peut espérer que « *Après la reconnaissance de la volonté et de la liberté individuelles dans le domaine politique (le contrat social), juridique (le Code civil), économique (le marché libre et la liberté des échanges), se profile la maîtrise sur son corps et sa vie la plus intime. La dignité humaine résiderait dans cette totale liberté* <sup>1231</sup> »

## §2. Liberté de disposer de son corps

**494.** Les opposants à l'idée que les individus aient le même type de droit vis à vis de leur corps que ceux qu'ils peuvent avoir vis à vis des objets inanimés, taxent l'individualisme

---

University Press. Les conséquences extrêmes de la logique de Rothbard en ce qui concerne le parent propriétaire de l'enfant, sont discutées par J.-M. PUGHON (V. *supra* n°480)

<sup>1230</sup> C. BIRD « The thesis of self-ownership » p143 (1999) § in « The Myth of Liberal Individualism » Cambridge University Press

<sup>1231</sup> J.-M. PUGHON « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique ». §2 Les libertariens. In L'Europe des libertés Numéro 11, [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id\\_article=100&id\\_rubrique=5](http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5) *Ibid* (V. *supra* n°480)

corporel d'hédonisme contemporain<sup>1232</sup> qu'ils réfutent souvent sur la base d'une dignité « dépréciée car banalisée » et de principes moraux hérités de fondements religieux séculaires qui laissent la porte ouverte à des dérives de type fondamentaliste.

Ainsi, depuis la promulgation des lois de bioéthique<sup>1233</sup> se confrontent deux conceptions de la propriété et de la libre disposition du corps qui reflètent deux lectures antagonistes du principe de dignité. « *A ceux qui, au nom d'une morale judéo-chrétienne, limitent la libre disposition du corps humain répondent ceux qui souhaitent au contraire que l'individu, parce qu'il est libre, puisse davantage en disposer. D'un côté, les tenants de la dignité humaine au détriment de la liberté individuelle, de l'autre les partisans de la liberté individuelle la plus large possible, mais avec une autre conception de la dignité humaine* »<sup>1234</sup>. Il en résulte une dichotomie de la Doctrine dont certains membres, à qui nous nous associons, considèrent que le corps est distinct de la personne, alors que le plus grand nombre fonde son appréciation du concept de disponibilité sur une lecture du principe de la dignité humaine qui identifie le corps et la personne<sup>1235</sup>.

**495.** L'individu propriétaire de son corps, à qui le droit positif reconnaît le pouvoir de s'opposer à tout usage non consenti, peut en contrepartie l'utiliser comme il le souhaite tant que les traitements qu'il fait subir à son corps ne troublent pas « l'ordre public » et respectent ce qu'il est convenu d'appeler « les bonnes mœurs ».

Bien que la doctrine n'ait pas trop de mal à s'accorder sur le rôle du droit dans le cadrage et la répression des actes commis par un individu dont les agissements perturbent l'ordre social ou

---

<sup>1232</sup> « *Les mêmes, qui dénonçaient - il y a quelques années - le flou de la notion de dignité, l'ont apprivoisée pour la retourner contre la personne et en faire une arme permettant de lutter contre l'individualisme « hédoniste » contemporain : sous couvert d'humanité, ils espèrent rétablir ainsi une morale de comportement que l'affaiblissement du contrôle social a fait disparaître. Ils ont trouvé là le moyen de secréter des règles, dont le législateur - qui est lui tenu par le respect de la liberté individuelle - ne veut pas et qui trouve parfois échos auprès de juges - particulièrement administratifs - d'autant plus enclins à les écouter qu'il s'agit d'accroître leur emprise sur la société* » E. DREYER « La dignité opposée à la personne » (V. *supra* n°459)

<sup>1233</sup> V. *supra* n° 457

<sup>1234</sup> J.-M. POUGHON « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique ». *Ibid* (V. *supra* n°480)

<sup>1235</sup> Voir à ce sujet « Le corps consubstantiel à la personne » sous le §A « Rappel théologique » de l'article de J.-M. POUGHON (V. *supra* n°480)

affectent l'intégrité d'autrui<sup>1236</sup>, il n'en est pas de même pour ce qui concerne les comportements individuels que l'on peut ranger dans les rapports de soi à soi.

Des positions très divergentes ont émergé des différentes interprétations du concept de liberté de disposer de son corps et il est important que les protagonistes de ces débats arguant de leurs compétences juridiques ne se retranchent pas finalement derrière des positions morales ou philosophiques personnelles qui, bien que tout à fait respectables, ne doivent pas altérer leur analyse professionnelle<sup>1237</sup>.

**496.** Le droit français aime à donner l'apparence qu'il accorde une grande liberté d'action à chacun, en n'intervenant pas ou peu, par exemple sur la pratique de sports extrêmes ou sur le choix de chacun de s'habiller comme il l'entend tout en restant pudique<sup>1238</sup>. On pourrait s'étendre à l'envi sur la liste des agissements non réprimés par les pouvoirs publics mais il ne faut pas laisser l'arbre cacher la forêt, car si l'on y réfléchit de plus près, ne pourrait-on pas simplement conclure que ce qui est permis aurait bien du mal à être réprimé. Et pour cause, les agissements les plus autodestructeurs peuvent être conduits dans la plus grande intimité sans que personne n'en soit au courant. Laisser au droit le devoir de contrôler ces actes relèverait d'une gageure digne de 1984<sup>1239</sup>!

**497.** Ce qui, à notre sens, est beaucoup plus perturbant, concerne le grignotage constant des libertés individuelles, y compris celles de disposer de son corps, que nous subissons de la part d'une société soumise à une emprise grandissante des desideratas d'un pouvoir de plus en plus omniprésent. Comme l'avait si bien exprimé D. Borello « *le rapport de soi à son corps, à sa vie*

---

<sup>1236</sup> On peut ranger dans cette catégorie les comportements criminels volontaires (meurtre, viol etc.) ou involontaires par négligence (homicide résultant du non-respect de règles de sécurités telles que la conduite en état d'ivresse)

<sup>1237</sup> Voir à ce sujet la réflexion qu'avait inspiré la démarche d'un groupe d'enseignants chercheurs par laquelle ils entendaient « protester contre le projet de loi relatif au mariage pour tous [en se fondant] sur leurs titres académiques et savoirs professionnels [ ] pour propager toute une série de jugements qui, à l'examen, sont bien plus des jugements de valeur que des analyses juridiques » P. BRUNET, et al. *D* (2013) pp 784-787

<sup>1238</sup> Sans vouloir rentrer dans un débat sociétal qui dépasse le cadre de notre propos, il nous semble à ce sujet que s'élever contre l'interdiction du port du voile, expression d'une appartenance religieuse, dans les lieux publics revient à nier le respect de la femme à qui cette pratique est le plus souvent imposée et n'est pas son choix

<sup>1239</sup> G. ORWELL (V. *supra* 233)



*et a sa destinée me semble si intime, si subjectif que l'intervention de l'État n'est envisageable que d'une manière exceptionnelle et comme ultima ratio* <sup>1240</sup>»

Si on laisse à l'individu l'illusion qu'il peut se livrer sur lui-même à toute sorte d'atteinte et de marquage en lui donnant comme exemple le jeûne, le tatouage ou le piercing, il n'en reste pas moins que sa latitude de modifier son apparence reste limitée par des dispositions qui au prétexte de veiller à la santé de chacun ne résolvent en rien les problèmes de fond, mais font parties du cortège sans fin des interdictions que les gouvernements manient avec une facilité déconcertante lorsqu'ils sont incapables de prendre les mesures éducatives qui seraient bien plus efficaces que des mesures sans cesse contournées.

**498.** Il est frappant par ailleurs, de constater que les opposants à une liberté étendue laissée à chacun de décider de la destinée de son corps et des organes qui le constituent, mettent fréquemment en avant la crainte de voir les individus libérés se livrer à « n'importe quoi ».

L'individu n'est-il pas assez sage pour décider lui-même de ce qui n'est pas bon pour lui ou manque-t-il tout simplement d'une meilleure information ?

On peut citer à titre d'exemples les problèmes soulevés par les cabines de bronzage<sup>1241</sup> et les comportements de jeunes filles cédant aux appels des sirènes du mannequinat<sup>1242</sup>.

---

<sup>1240</sup> D. BORILLO. Le corps du délit ou la libre disposition de soi : Conférence d'ouverture de D. Borillo au colloque organisé par le Syndicat de la Magistrature au Sénat le 3 novembre 2014. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01237834>

<sup>1241</sup> En France, les effets nocifs des ultraviolets délivrés en cabine de bronzage ont eu la prévalence sur leurs bienfaits reconnus des UV. Le problème a été évoqué essentiellement sous l'angle des expositions prolongées à hautes doses, dans des conditions de contrôle jugées insuffisantes. L'article 21 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé dispose au §II, 4° que « *Toute pratique commerciale visant à faire croire que l'exposition aux rayonnements ultraviolets émis par un appareil de bronzage a un effet bénéfique pour la santé* » est interdite et confirme les termes du décret de 2013-1261 qui « *fixe notamment les catégories la vente et la mise à disposition du public de certains équipements utilisant les UV* » <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/1/26/AFSX1418355L/jo>

<sup>1242</sup> Le « mythe du mannequin » : un ensemble de comportements suscités par une identification à un stéréotype qui déclenche un désir aveugle de mimétisme pouvant conduire à une véritable autodestruction physique (R. BLAIS « In Memoriam » La face cachée de la mode. Publié par le Réseau québécois d'action pour la santé des femmes (RQASF) <http://rqasf.qc.ca/blogue/in-memoriam>). Il est demandé aux mannequins féminins appelés aujourd'hui à participer à des défilés de haute couture d'avoir des mensurations et des corps décharnés de gamines. De plus en plus jeunes et elles sont devenues des « cintres vivants ». Parallèlement à l'essor de ce monde du luxe de la haute couture, plusieurs blogs « pro-ana » pour « pro anorexique » dédiés à l'anorexie ont vu le jour aux États-Unis dans les années 2000 et en France deux ans plus tard. La mort de deux jeunes mannequins en 2006 [M. CABANNE « Brésil. Victime de la mode » (2006) La Dépêche Edition du 17 novembre ; C SPORTIS, C. THOMAS- "Taille de guêpe, du Darfour au podium" (2007) Libération Edition du 23 janvier]] déclencha une prise de conscience dans plusieurs milieux de la mode

Dans les deux cas, on se doit de respecter les décisions prises par des individus adultes en possession de tous leurs moyens, si elles le sont en totale connaissance de cause.

C'est le principe même de la libre disposition de son corps qui n'est pas remis en cause lorsqu'un individu décide de commettre un suicide.

**499.** Pour ce qui est du mannequinat, le problème est aigu car malgré la difficile entrée en vigueur récente de deux articles de loi<sup>1243</sup>, il nous semble illusoire de penser pouvoir interférer avec la puissance des lobbies commerciaux de la publicité et de la mode<sup>1244</sup> au travers de mesures considérées comme stériles car facilement contournables et trop superficielles<sup>1245</sup> et qui ne correspondent pas à l'attente du public visé par les défilés de haute couture.

Souvent accusés d'entretenir les racines du mal par leurs exigences<sup>1246</sup>, les acteurs du monde de la mode tente de se dédouaner en se retranchant derrière une évolution esthétique, les demandes d'un certain public et la nécessaire responsabilisation des mannequins qui doivent prendre les décisions les concernant en toute connaissance de cause<sup>1247</sup>.

---

<sup>1243</sup> L'article 19 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016, créant l'article L.2133-2 du Code de la santé publique selon lequel « *Les photographies à usage commercial de mannequins, dont l'apparence corporelle a été modifiée par un logiciel de traitement d'image afin d'affiner ou d'épaissir la silhouette du mannequin doivent être accompagnées de la mention : « Photographie retouchée* », et l'article 20 de la même loi qui dispose « *Art. L. 7123-2-1.- L'exercice de l'activité de mannequin est conditionné à la délivrance d'un certificat médical. Ce certificat atteste que l'évaluation globale de l'état de santé du mannequin, évalué notamment au regard de son indice de masse corporelle, est compatible avec l'exercice de son métier* »

<sup>1244</sup> L'industrie de la couture et du prêt à porter représentent 150 milliards de chiffre d'affaire en 2016 pour la France - H. GUILLAUME « L'industrie de la mode, plus forte que l'aéronautique » Le Figaro Madame du 4 octobre 2016 <http://madame.lefigaro.fr/style/lindustrie-de-la-mode-plus-forte-que-laeronautique-041016-117132>.

<sup>1245</sup> Les propositions législatives initiales concernant l'index de masse corporelle minimum devant être requis et le délit d'incitation à la maigreur excessive visant les sites faisant l'apologie de l'anorexie, n'ont pas été retenues dans la version finale de la loi

<sup>1246</sup> J. JAMES « Faut-il interdire les couturiers qui affament les mannequins "cintres" ? » 19 mars 2015. Mediapart <https://blogs.mediapart.fr/jjames/blog/190315/faut-il-interdire-les-couturiers-qui-affament-les-mannequins-cintres>

<sup>1247</sup> C'est ainsi que, en réponse à la question « A travers vos images publicitaires, ne participez-vous pas à une quête d'esthétisme, de maigreur et de perfection très névrotique pour beaucoup de femmes ? » K. Lagarfeld, disait « *C'est l'histoire de l'apprenti sorcier. Je pousse ce que je crois correspondre à l'évolution de l'esthétique. Si ça entraîne des névroses, je n'y peux rien... Parce qu'à force de proposer toujours la même chose, les femmes vont voir ailleurs ; mais surtout, je crois qu'il ne faut pas trop personnaliser les dialogues avec ses supposées « clientes ». Moi, je travaille avec une vision presque abstraite de cette « cliente ». Ce n'est pas à moi d'en faire une réalité commerciale par une espèce de terrorisme totalitaire, à force de publicités par exemple. Je propose, aux autres de choisir.* ». Par ailleurs, D. GRUMBACH, alors président de la fédération française de la couture exigeait en 2006 « *une information sur l'anorexie* » et non « *de la réglementation dans la profession de mannequin* »

**500.** Confrontée au problème de la liberté de disposer de son corps dans ses aspects les plus intimes, dans une affaire devenue célèbre de sadomasochisme<sup>1248</sup>, la CEDH, sur le fondement de l'article 8 de la Convention<sup>1249</sup> « botta en touche » pour certains et adopta une position très progressiste pour d'autres, en reconnaissant, le droit à chacun, au nom du principe d'autonomie personnelle de mener sa vie intime comme il l'entend, jusqu'au point d'entretenir des relations sexuelles pouvant être dangereuses ou physiquement dommageables<sup>1250</sup>. Cette position marquait une évolution certaine dans la jurisprudence de la Cour par rapport aux décisions prises précédemment<sup>1251</sup> et « *contribuait à révéler les liens étroits qui unissent les notions de dignité et d'autonomie personnelle* <sup>1252</sup>»

Cet arrêt aurait-il dû comme on put le lire « *affirmer clairement que torturer et humilier une femme n'est pas un droit de l'homme* <sup>1253</sup> » ? La condamnation des requérants pour non-respect de la volonté de la « victime » qui réclamait avec force l'arrêt des sévices qu'elle subissait

---

<sup>1248</sup> K.A. ET A.D. c. BELGIQUE, CEDH, 17 février 2005 DÉFINITIF 06 juillet 2005, n° 42758/98 et 45558/99 avril 2002, Recueil 2002-III, § 61)

<sup>1249</sup> La Cour rappelle à ce sujet au §83 de l'arrêt rendu, « *L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel (Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], arrêt du 11 juillet 2002, Recueil 2002-VI, § 90) ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (Pretty c. Royaume-Uni, arrêt du 29 avril 2002, Recueil 2002-III, § 61). Ce droit implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (voir, par exemple, Burghartz c. Suisse, série A no 280-B, rapport de la Commission, § 47, et Friedl c. Autriche, série A no 305-B, rapport de la Commission, § 45), en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée et est à ce titre protégé par cette disposition (Smith et Grady c. Royaume-Uni, arrêt du 27 septembre 1999, Recueil 1999-VI, § 89) »*

<sup>1250</sup> §83 « *Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps »*

<sup>1251</sup> Voir en particulier Laskey et les autres c ; Royaume-Uni CEDH 19 février 1997, n° 21627 ; 21628/93 ; 21974/93 dans laquelle les requérants, jugés pour pratiques sadomasochistes entre adultes consentants invoquèrent une violation des articles 7 et 8 de la convention. Il faut noter qu'au cours des procédures précédents leur recours devant la CEDH les requérants « perdirent tous leur emploi et M. Jaggard dut subir un traitement psychiatrique prolongé ». La Cour confirma dans son arrêt celui de la Commission qui n'avait retenu que le grief concernant la violation de l'article 8 (dont on peut rappeler qu'il dispose « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ») et qui avait conclu qu'il n'y avait pas eu violation du respect de la vie privée des requérants. Dans son commentaire de l'arrêt, J.M. Larralde conclut à très juste titre selon nous « *Il apparaît en effet légitime que la Cour souhaite garantir « le respect que les êtres humains se doivent les uns aux autres » [ ]. Il semble par contre plus discutable que ce respect soit imposé contre la volonté d'individus pleinement responsables dans cette partie la plus personnelle de l'intimité que constitue la vie sexuelle. »* J.M. LARRALDE « *Vie privée et pratiques sadomasochistes* » (1998) D pp 97-104

<sup>1252</sup> J.-P. MARGUENAUD « *Sadomasochisme et autonomie personnelle* » *RTD civ* (2005) pp341-342

<sup>1253</sup> M. FABRE-MAGNAN « *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme* » *D* (2005) pp2973-2989

constituait à notre sens un pas important vers une plus large reconnaissance de la dignité et du respect de la femme qui sont bafoués en maintes occasions<sup>1254</sup>.

**501.** Les nombreux commentaires soulevés par l'arrêt de la CEDH dans cette affaire ont encore accentué le schisme existant entre ceux qui considèrent que « *l'ordre public commande [ ] que la vie et le corps de la personne soient protégés, indépendamment de sa volonté, des atteintes qui peuvent lui être portées par autrui*<sup>1255</sup> » et ceux, à qui nous nous associons, qui sont partisans d'une totale liberté de soi émanant de la responsabilisation individuelle, que les tendances « *susceptibles d'anéantir toute prétention subjective de l'individu à son corps, à sa vie et à sa destinée*<sup>1256</sup> » interpellent.

Ne faut-il pas chercher ailleurs que dans l'absence de répression les sources de comportements pervers et déviants ?

### Chapitre 3. Réification des composants du corps humain

**502.** Il est intéressant de rappeler que, tout comme la notion de vie privée avait été au centre d'une jurisprudence abondante, avant qu'elle ne fasse l'objet de disposition législative explicite, la mise à l'écart d'une marchandisation du corps humain avait elle aussi été assurée dans une jurisprudence consistante fondée sur l'articulation des articles 6 et 1128 du Code civil, avant

---

<sup>1254</sup> « Si le principe d'autonomie personnelle permet d'opérer des choix concernant son propre corps, le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus [ ] Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti [ ] les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la « victime » n'y consentait plus n'ont pas été respectés. »

<sup>1255</sup> A. LEPAGE Rép civ/ Personnalité (Droits de la) (2017) (V. *supra* n° 168); Dans ce texte A. Lepage met aussi en avant que la position de la Cour « en considérant que le consentement peut justifier de graves atteintes à l'intégrité corporelle d'une personne infligées à l'occasion de pratiques sadomasochistes, [ ] témoigne d'une méconnaissance complète de l'inaptitude du consentement de la victime en droit pénal à constituer un fait justificatif ». Pour ce qui est du consentement de la victime et fait justificatif, voir « *Consentement de la victime* » Fiche d'orientation septembre 2017 La base de données juridique des Éditions Dalloz

<sup>1256</sup> *Ibid* D. BORILLO (V. *supra* n° 497)

d'être au cœur d'une législation qui ne pouvait plus ignorer le vide juridique concernant l'utilisation grandissante de parties du corps.

L'ambiguïté de feu l'article 1128 tenait d'ailleurs dans le fait qu'en excluant le corps du domaine des choses du commerce, il en faisait une chose<sup>1257</sup> !

En précisant l'étendue des exceptions au principe de non patrimonialité du corps humain, les lois de bioéthique qui apportaient un support législatif manquant, ont été un élément moteur d'une réification cadrée de certains éléments constitutifs du corps humain lorsqu'ils en sont dissociés.

**503.** La reconnaissance juridique de la « chosification » des éléments et produits « détachés » du corps suit un chemin difficile dont le tracé se dessine au rythme des bouleversements tant moraux que philosophiques, qui sont imposés par à-coups, aux structures sociales modernes par le biais des progrès de la recherche biomédicale et de la génétique moléculaire, ainsi que par l'émergence grandissante, au sein des populations, d'un besoin du respect de la volonté individuelle et de la liberté de disposer de soi .

L'avalanche de nouvelles approches développées dans les domaines des biotechnologies applicables à l'Homme et le développement connexe des réseaux sociaux ont profondément bouleversé le paysage des relations que les individus entretiennent avec les praticiens médicaux. Les progrès d'une recherche biomédicale qui, après s'être adressée à l'humain dans son ensemble, aborde aujourd'hui les aspects sub-microscopiques et moléculaires les plus sophistiqués du fonctionnement normal et pathologique de ses constituants, sont rapidement révélés au grand public par des médias assoiffés de sensationnalisme.

Il en résulte une demande grandissante d'accès aux techniques de pointe concernant tous les aspects de l'amélioration des conditions de vie permises par des découvertes révolutionnaires

---

<sup>1257</sup> J.-P. BAUD « *Où la doctrine démontre que le corps est une chose en voulant prouver le contraire* » dans « La main coupée », p25 où l'auteur cite le rapport Braibant « Les sciences de la vie, de l'éthique au droit » présenté au Conseil d'État le 25 mars 1988 dans lequel il est mentionné au titre de « *la plus grosse incohérence* » détruisant « *d'emblée l'ensemble de la construction doctrinale* » le paragraphe suivant « *Le corps c'est la personne, cela signifie qu'il ne peut être ravalé au rang de bien ; de ce fait il est indisponible et, n'étant pas un bien, il ne peut faire l'objet d'une appropriation et ne peut donc entrer dans la circulation des biens. Mais ce principe n'existe pas en tant que règle juridique explicite ; il n'est reconnu que de manière implicite, déduit de l'article 1128 du Code civil au terme duquel il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ». Les temps ont bien changé !

concernant aussi bien la lutte contre les maladies que le remplacement d'organes défaillants ou la correction d'anomalies génétiques que la médecine traditionnelle a du mal à gérer.

**504.** De très nombreux ouvrages et articles ont déjà largement analysé et discuté les problèmes juridiques posés par la réification grandissante du support physique de la personne et les conséquences qu'elle pouvait engendrer sur les conditions de vie de l'Homme.

Les problèmes générés par une chosification grandissante des organes, tissus et cellules d'origine humaine n'impliquent pas seulement des considérations morales, éthiques et juridiques liées directement à la marchandisation de la matière humaine, mais aussi et surtout selon nous, des considérations beaucoup plus générales concernant l'utilisation mercantile de méthodes permettant à terme de créer et modifier des individus dont les caractéristiques et le comportement prédéterminés pourraient représenter un danger potentiel pour la pérennité de l'espèce humaine.

### *Section 1. Valorisation pécuniaire de la matière humaine*

**505.** Les manuels et cours de droit nous enseignent que certains produits du corps humain peuvent faire l'objet de conventions reconnues au titre d'exceptions à la règle d'extrapatrimonialité, telle que nous l'avons définie précédemment, qui permettent par exemple, d'effectuer des prélèvements licites d'organes ou de collecter du sang à condition qu'ils ne soient pas objets de marchandisation mais fassent l'objet de dons, consentis librement par la personne sur laquelle ces éléments sont prélevés. Il est aujourd'hui permis de faire don bénévole de son sang, de sa moelle osseuse et dans le cadre de transplantations au sein d'un organisme autre que celui du donneur, d'un fragment de foie ou d'un rein.

J.-M. Poughon voit dans cette exception « *la continuation du mépris chrétien de l'argent... C'est la raison pour laquelle on parlera hypocritement selon certains de « dons » de sang ou d'organes, tout comme le chrétien fait don de sa personne dans un esprit de sacrifice et de charité* »<sup>1258</sup>. Aujourd'hui en France, le « don » d'organes sur personne décédée qui s'apparente

---

<sup>1258</sup> *Ibid* J.-M. POUGHON « L'individu, propriétaire de son corps ? (V. *supra* n° 480) et J.-M. POUGHON « Histoire doctrinale de l'Échange » (1987) LGDJ p236 et s.

plus souvent à un « prélèvement obligatoire » qu'à un acte noble et altruiste<sup>1259</sup> s'écarte de cette filiation.

On remarquera que si le don d'organes et de certains produits du corps sont permis par la loi, le don sous la forme d'une mise à disposition altruiste d'une partie de soi dans le cadre de la GPA est interdite en France, ce qui renforce bien la différence faite par la loi entre le corps et ses éléments détachés.

### §1. Statut juridique des parties détachées du corps

**506.** Alors que le don des yeux pour la pratique de greffes de cornée était permis depuis 1949<sup>1260</sup> et que le don du sang et de ses dérivés en France est règlementé depuis 1952<sup>1261</sup>, le don et l'utilisation des autres éléments et produits du corps humain sont encadrés en France depuis 1994 par la loi de bioéthique de 94-654<sup>1262</sup>, les titres II et III de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique modifiant les droits de la personne et ses caractéristiques génétiques, Le titre II intitulé « Organes et cellules » de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, l'article 40 de Loi no 2016-41 du 26 janvier 2016 et l'Ordonnance n° 2017-51 du 19 janvier 2017 portant harmonisation des dispositions législatives relatives aux vigilances sanitaires<sup>1263</sup>.

**507.** On peut retenir des articles du Code de la santé publique qui ont été créés ou modifiés par ces textes <sup>1264</sup>, plusieurs principes importants cadrant la nature des « *activités afférentes* » aux « *éléments et produits du corps humain* » (art 1211-1) ; « *le consentement préalable du donneur* » et « *les fins médicales ou scientifiques* » pour lesquelles les prélèvements et collectes

---

<sup>1259</sup> V. *infra* n° 512

<sup>1260</sup> Loi n° 49-890 du 7 juillet 1949

<sup>1261</sup> Loi n°52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés. JORF du 22 juillet 1952 pages 7357 et 7358 [https://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?id=JORFTEXT00000512411&pageCourante=07357](https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT00000512411&pageCourante=07357); [https://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?id=JORFTEXT00000512411&pageCourante=07358](https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT00000512411&pageCourante=07358)

<sup>1262</sup> L'article 20 de la loi 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, abroge les dispositions de la loi n° 49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donneurs d'yeux volontaires ; 2° La loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes (loi dite « Cavaillet »); et l'article 13 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social

<sup>1263</sup> JORF n°0017 du 20 janvier 2017 texte n° 29

<sup>1264</sup> Articles L1211-1 à L1219

peuvent être effectués (art 1211-2) ; ainsi que la non rémunération des collectes et prélèvements « *Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits.* » (art 1211-4). Le secret lié à l'identité des donneurs est receveur est garanti par l'article 1211-5 qui dispose en particulier « *Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique* ».

**508.** D'une manière très ambiguë, souvent pointée du doigt car laissant la porte ouverte à certains abus, l'article 1211-8 mentionne que les articles 1211-1 à 1211-7 ne s'appliquent pas aux « *produits du corps humain pour lesquels il est d'usage de ne pas appliquer l'ensemble des principes* » qu'ils énoncent. Par ailleurs, l'article R1211-49 du Code de la santé publique <sup>1265</sup> laisse libre cours à la collecte, le prélèvement et la vente de phanères<sup>1266</sup> humains en disposant « *Ne sont pas soumis aux dispositions du présent titre les produits du corps humain désignés ci-après : 1° Les cheveux ; 2° Les ongles ; 3° Les poils ; 4° Les dents.* »<sup>1267</sup>.

Outre les recherches qui sont effectuées dans un cadre biomédical, les conditions d'utilisation des organes prélevés et des produits du corps collectés concernent essentiellement les greffes de tissus effectués dans des buts thérapeutiques ou réparateurs<sup>1268</sup>.

Les articles 16 à 16-9 du Code civil et les articles 511-1 à 511-14 du Code pénal<sup>1269</sup> régissent également ces pratiques.

**509.** On peut prédire que le choix du législateur de ne pas inclure les phanères dans les tissus soumis aux réglementations appliquées au reste des produits humains constituera dans les

---

<sup>1265</sup> Article R1211-29 (T) dans les textes antérieurs au 19 décembre 2003

<sup>1266</sup> Les phanères sont des formations épidermiques tégumentaires. Chez l'homme on considère souvent les dents comme des phanères alors qu'elles ne sont pas d'origine tégumentaire

<sup>1267</sup> Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du Code de la santé publique. NOR: SANP0321523D Version consolidée au 25 janvier 2018 Section 2 : Règles de sécurité sanitaire Sous-section 1 : Organes, tissus et cellules prélevés à des fins thérapeutiques, Section 3 : Produits du corps humain non soumis aux dispositions du présent titre p 44

<sup>1268</sup> Pour un aperçu des conditions relatives à la greffe et au prélèvement d'organes, voir la fiche d'orientation correspondante dans la base de données juridique des Éditions Dalloz octobre 2017

<sup>1269</sup> Livre cinquième des autres crimes et délits (L. no 92-1336 du 16 déc. 1992) Le livre V du Code pénal est entré en vigueur le 1er mars 1994 (L. no 92-1336 du 16 déc. 1992, art. 373, modifié par L. no 93-913 du 19 juill. 1993). Titre premier des infractions en matière de santé publique ; Chapitre premier des infractions en matière d'éthique biomédicale ; De la protection de l'espèce humaine



années à venir une source de conflits au regard de la disponibilité du matériel génétique sur laquelle nous reviendrons plus loin, car ces tissus sont des sources d'ADN couramment utilisées par ailleurs en médecine légale ou en criminologie. A moins que la nouvelle version de la loi de bioéthique ne prenne en compte cette réflexion, ce qui semble peu probable.

Avant d'aborder ces questions, nous examinerons comment le droit considère aujourd'hui les parties détachées du corps humain dans le cadre des dons d'organes, puis de produits d'origine humaine.

## §2. Le don d'éléments du corps.

**510.** Le corps humain est constitué par un ensemble de cellules, tissus, fluides et organes<sup>1270</sup> dont le plus grand d'entre eux, la peau, protège l'organisme du milieu extérieur dans lequel il évolue.

Les relations fonctionnelles qui assurent des conditions homéostatiques indispensables aux interactions harmonieuses avec l'environnement, depuis les premières étapes de la fécondation jusqu'à la mort, sont médiées par des composés biochimiques circulants ou non, produits naturellement par l'organisme.

L'ensemble des éléments constitutifs corporels et des composés biochimiques produits par les organes constituent un milieu biologique intégré et complexe.

En France, la cession et l'utilisation des éléments et produits du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier du Code civile et par les dispositions des articles L1211-1 à 1211-18 du Code de la Santé Publique.

Ainsi, le prélèvement et la collecte d'éléments et produits du corps humain ne peuvent être effectués qu'avec le consentement préalable et révocable du donneur (art 1211-2), aucun paiement ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement ou la collecte des éléments et

---

<sup>1270</sup> Un tissu est composé par un ensemble de cellules qui assurent une fonction commune, bien qu'elles ne soient pas nécessairement identiques, du fait de la différenciation cellulaire. On distingue quatre types de tissus qui assurent des fonctionnalités différentes. Les tissus conjonctifs et de soutien (tissu adipeux et osseux), les tissus épithéliaux qui reposent sur une lame basale et assurent la cohésion tissulaire, les tissus musculaires, et les tissus nerveux. Le sang est un tissu conjonctif, composé de cellules baignant dans le liquide plasmatique. L'organe est un viscère qui fait l'objet de transplantation nécessitant l'abouchage d'une artère et d'une veine, alors que le tissu greffé ne requiert pas une telle opération

produits de son corps (art L1211-3). Selon l'article 1211-6-1 nul ne peut être exclu du don du sang en raison de son orientation sexuelle ou en dehors de contre-indications médicales<sup>1271</sup>.

**511.** Nous nous intéresserons ici uniquement au don d'organe effectué par des donneurs vivants, car il traduit un engagement instantané qu'on pourrait, dans une certaine limite, comparer à une mutilation consentie doublée d'une volonté active de disposer librement des éléments de son corps que l'on ne retrouve pas nécessairement dans la situation, créée par les textes légaux actuels régissant les dons *post mortem*, qui conduit à « subir » un prélèvement automatique d'organes en absence d'opposition exprimée lors de son vivant.

**512.** Il faut rappeler à cet égard qu'en France, le refus du don d'organe après la mort est soumis à un système qualifié de « opt-out »<sup>1272</sup>. Chacun, après son décès, est un donneur potentiel. C'est le consentement présumé qui prévaut. Pour ne pas donner ses organes après la mort, il faut s'inscrire sur le registre national des refus<sup>1273</sup>. En cas d'impossibilité de faire valoir par écrit un refus, il suffit que deux témoins attestent de la volonté du défunt de ne pas donner ses organes<sup>1274</sup>. Une opposition exprimée par oral à un proche donnant lieu à une retranscription datée, écrite et signée par un proche est suffisante. En tout état de cause, la recherche

---

<sup>1271</sup> En ce qui concerne l'exclusion des homosexuels masculins du don de sang, le Conseil d'État statuant au contentieux (Section du contentieux, 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies) a conclu que le ministre des affaires sociales et de la santé n'avait pas adopté une mesure discriminatoire illégale en fixant par l'arrêté du 5 avril 2016 « *les critères de sélection des donneurs de sang, en prévoyant un ajournement du candidat s'il présente une contre-indication, décelée lors de l'entretien préalable au don* » CE 28 décembre 2017 M. C, Association Mousse et autres Nos 400580, 414973

<sup>1272</sup> L'article L1232-1, al. 3 du Code de la santé publique dispose « *Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révoquant à tout moment.* » Modifié par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 - art. 192

<sup>1273</sup> Inscription au registre national des refus de dons d'organes Vérifié le 06 janvier 2017 - Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre) <https://www.service-public.fr/particuliers/vos-droits/R18929>

<sup>1274</sup> Ce système, adopté par plusieurs autres pays européens (tels que l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la Finlande, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, le Portugal, la Suède, et plus récemment par l'Angleterre bien après le pays de Galles et l'Écosse - « *Jeremy Hunt launches opt-out organ donation plans in England* » <https://www.theguardian.com/society/2017/dec/12/jeremy-hunt-launches-opt-out-organ-donation-plans-in-england-and-wales>; ainsi que les Pays-Bas « *Pays-Bas: Les citoyens vont être automatiquement donneurs d'organes, sauf refus explicite* » - 20 Minutes avec AFP Edition du 14/02/18 <https://www.20minutes.fr/monde/2220495-20180214-pays-bas-citoyens-vont-etre-automatiquement-donneurs-organes-sauf-refus-explicite>), est différent de celui qui est en vigueur au Danemark et en Allemagne où un consentement explicite (« opt in ») est requis

d'informations permettant d'apprécier et de respecter la position du défunt au sujet d'un éventuel refus est obligatoire<sup>1275</sup> .

**513.** Les commentaires publiés en réaction aux articles de presse traitant du sujet révèlent que l'adoption du principe « d'opt-out » ne fait pas l'unanimité.

Lors d'une enquête récente la BBC a présenté des données suggérant que le système d'opt-out n'avait pas l'impact escompté sur l'accroissement des dons d'organes<sup>1276</sup>. En créant une nouvelle catégorie de personnes ayant exprimé leur refus, en plus de ceux qui étaient indécis ou favorables, le système aurait même dans certains cas diminué le nombre de donneurs potentiels. Selon la BBC, il n'existe aujourd'hui aucune donnée validant l'affirmation selon laquelle « chaque année des centaines de personnes paient le prix de l'absence d'un système d'opt-out en Angleterre »<sup>1277</sup> . Les seuls exemples d'augmentation significative du nombre de donneurs proviennent d'États tels que l'Autriche ou Singapour ayant opté pour un système dur d'opt-out sans dérogation, dans lesquels les familles des donneurs potentiels n'ayant pas exprimé leur refus, ne sont pas consultées.

Dans ces conditions, quand on sait que l'information circule mal ou n'est pas comprise, peut-on vraiment parler d'acte « volontaire », de « don » et de « liberté de décider du devenir des parties de son corps » quand l'oubli ou la méconnaissance des textes se solde par une obligation de prélèvement ? <sup>1278</sup>

**514.** Comment peut-on attendre d'une population qui n'a jamais été préparée ou invitée à réfléchir à ce type de question qu'elle puisse l'aborder sereinement, alors que c'est une véritable confrontation de l'individu à sa propre mort ?

---

<sup>1275</sup> Voir à ce sujet la liste des indices permettant d'évaluer les réticences, refus ou acceptation concernant un éventuel don d'organe. Prélèvement d'organes sur une personne décédée. Consentement ou refus <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F183>

<sup>1276</sup> Reality Check team BBC News « Does organ donation without consent save lives? » <http://www.bbc.com/news/health-41199918>

<sup>1277</sup> Dans un débat parlementaire relatif au don d'organe, le député travailliste D. Jarvis avait dit « The evidence is clear, hundreds of people a year are dying because of us not doing so and its time we put a stop to such needless suffering » « Les preuves sont claires : des centaines de personnes meurent chaque année à cause de notre incapacité à le faire et il est temps que nous mettions un terme à ces souffrances inutiles ». *Ibid* Reality Check team BBC

<sup>1278</sup> Cette pratique ne manquera pas de nous rappeler celle qui est utilisée dans les contrats de connexion internet pour lesquels le « consentement avisé » requiert la lecture de plusieurs dizaines de pages...

A notre sens la mise en place du protocole « Maastricht 3 » qui concerne les prélèvements d'organes sur des personnes décédées d'arrêt cardiaque n'a fait qu'amplifier les craintes d'une partie de la population dans la mesure où il valide les prélèvements sur patients dont l'arrêt cardiaque est provoqué à la suite d'un arrêt des traitements<sup>1279</sup>.

**515.** L'article 1231-1 du Code de la santé publique définit les conditions et finalités dans lesquelles le prélèvement d'organes sur personne vivantes est autorisé.

Un organe peut être prélevé sur une personne vivante, avec son accord et en absence de rémunération<sup>1280</sup>, pour être greffé dans le corps d'une autre personne si le don est effectué « *dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur* ». Par « *dérogation* » à la nécessité que le donneur ait « *la qualité de père ou mère du receveur* », « *son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère* » peuvent aussi être donneurs (par exception au principe d'anonymat). « *Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le*

---

<sup>1279</sup> X. DUCROCQ « *La classification internationale, dite classification de Maastricht, a été révisée en février 2013 et distingue quatre catégories de donneurs : - les personnes qui font un arrêt circulatoire en dehors de tout contexte de prise en charge médicalisée, déclarées décédées à la prise en charge (catégorie I de Maastricht) ; - les personnes qui font un arrêt circulatoire avec mise en œuvre d'un massage cardiaque et d'une ventilation mécanique efficaces, mais sans récupération d'une activité circulatoire (catégorie II de Maastricht) ; - les personnes pour lesquelles une décision de limitation ou d'arrêt programmé des thérapeutiques est prise en raison du pronostic des pathologies ayant amené la prise en charge en réanimation (catégorie III de Maastricht); - les personnes décédées en mort encéphalique qui font un arrêt circulatoire irréversible au cours de la prise en charge en réanimation (catégorie IV de Maastricht)* » dans « Procédure sur cœur arrêté (protocole de Maastricht) : comment ne pas hâter la mort ? » Génétique édition du 1er octobre 2015. <http://www.genethique.org/fr/de-la-mort-au-don-dorganes-64015.html>; C. ANTOINE, F. MOUREY « Conditions à respecter pour réaliser des prélèvements d'organes sur des donneurs décédés après arrêt circulatoire de la catégorie III de Maastricht dans un établissement de sante » Direction générale médicale et scientifique de l'Agence de la biomédecine. Protocole : Prélèvement d'organes Maastricht III -DGMS/DPGOT - Version n°6-mai 2016

<sup>1280</sup> Le problème de la rémunération du don d'organe, prohibé dans la plupart des pays aujourd'hui se pose encore de manière très vive dans certains pays. Voir à ce sujet : B. S. SHAIKH « An ethical appraisal of financial incentives for organ donation » *Clinical Liver Disease* (2016) 7 :109-111 ; F. L. DELMONICO et al. Living and Deceased Organ Donation Should Be Financially Neutral Acts *Am. J. of Transplant* (2015) 5:1187-1191; Working Group on Incentives for Living Donation "Incentives for Organ Donation : Proposed Standards for an Internationally Acceptable System *Am. J. Transplant* (2012) 12 : 306-312

P. BRUZZONE « Paid Organ Donation: An Italian Perspective » *Transplantation Proceedings*, (2015) 47 : 2109-2112; A. CHKHOTUA "Incentives for Organ Donation: Pros and Cons" *Transplant P* (2012) 44: 1793-1794; P. BRUZZONE Financial « Incentives for Organ Donation: A Slippery Slope Toward Organ Commercialism? » *Transplant P* 2010, 42 : 1048-1049; L. WRIGHT, D. S. SILVA « Incentives for organ donation: Israel's novel approach » *The Lancet* (2010) 375: 1233-1234

receveur »<sup>1281</sup>. Dans le cas où une incompatibilité biologique ne permet pas la transplantation entre un donneur potentiel et le receveur, il est possible de procéder à des greffes croisées dans les conditions régies par le troisième alinéa de l'article 1231-1<sup>1282</sup>.

**516.** Outre les avantages biologiques liés aux dons d'organes du vivant<sup>1283</sup>, qu'il soit direct ou croisé, la procédure renforce, sur un plan personnel, le sentiment de secours volontairement décidé et de satisfaction altruiste d'un choix noble.

Aujourd'hui le don d'organes effectué de leur vivant par des personnes répondant aux critères fixés par les lois de bioéthique, concerne essentiellement les reins<sup>1284</sup> et moins fréquemment, un

---

<sup>1281</sup> Les transplantations sont possibles entre individus immunocompatibles. Le donneur doit subir une série d'examens immunologiques pour vérifier l'immunocompatibilité du donneur et du receveur, des tests biologiques visant à vérifier son bon état de santé, la fonctionnalité de ses deux reins et son état psychologique. Plusieurs tests permettant le dépistage immunologique de maladies transmissibles à composante virale (telles que HIV, HTLV, CMV, EBV), parasitaire (toxoplasmose), ou bactérienne (syphilis)

<sup>1282</sup> Cette situation est rencontrée, par exemple, dans le cas où un donneur (1) qui souhaite donner un rein à son proche (2) apprend qu'il est incompatible avec (2) mais compatible avec un autre receveur potentiel (3) ne pouvant lui-même recevoir pour cause d'incompatibilité le rein d'un donneur proche (4). Une greffe peut alors être envisagée d'une part entre le donneur (1) et le receveur (3), et d'autre part entre le donneur (4) et le receveur (2), bien qu'ils ne soient pas liés familialement. Dans ce cas l'anonymat doit être respecté. Alinéa 3 de l'article 1231-1 créé par l'article 7 de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, entré en application par Décret n° 2012-1035 du 7 septembre 2012 relatif au prélèvement et à la greffe d'organes « *En cas d'incompatibilité entre la personne ayant exprimé l'intention de don et la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré ...le donneur et le receveur potentiels peuvent se voir proposer le recours à un don croisé d'organes. Celui-ci consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don ... tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur. En cas de mise en œuvre d'un don croisé, les actes de prélèvement et de greffe sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs. L'anonymat entre donneur et receveur est respecté.* »

<sup>1283</sup> Les principaux avantages de la donation et de la greffe faites de et sur personnes vivantes tiennent dans i) l'accès facilité à la greffe dans un contexte où la demande insatisfaite grandissante pour des raisons liées essentiellement au vieillissement des populations, ii) la diminution ou même la suppression du temps de dialyse nécessaire à la procédure et iii) une probabilité de fonctionnement généralement plus long et de meilleure qualité. Pour plus de détails, consulter le site de l'agence de biomédecine <https://www.agence-biomedecine.fr/>

<sup>1284</sup> Les reins sont indispensables à la vie car ils assurent une fonction de filtration qui permet l'élimination des déchets solubles présents dans la circulation sanguine, le maintien de l'homéostasie glucidique avec le foie et le pancréas, et le maintien d'une hydratation nécessaire au bon fonctionnement du corps. Les reins sont au nombre de deux. Ils produisent des hormones et d'autres métabolites essentiels. Bien qu'il soit souvent dit dans le grand public qu'un seul rein suffise, la présence de deux reins assure les fonctions vitales nécessaires en cas de défaillance de l'un d'entre eux. Il existe de nombreuses pathologies qui peuvent affecter le fonctionnement rénal et avoir des conséquences graves. Par exemple, le diabète ou les glomérulonéphrites qui sont des inflammations des glomérules rénaux participant à la filtration rénale, peuvent entraîner des lésions irréversibles des reins. Dans le cas où l'un des deux reins est touché, l'autre peut assurer le relai. Dans les conditions de vie normale, on peut effectivement vivre très correctement avec un seul rein. C'est pour cette raison que lorsqu'un patient est atteint d'une maladie rénale grave, on fait appel à un proche pour procéder à une greffe de rein immunohistologiquement compatible qui redonne au patient une espérance de vie considérablement plus grande

lobe de foie. Les chiffres publiés par l'agence de la biomédecine montrent que la France accuse un déficit important alors qu'elle fut la première nation à pratiquer la greffe du rein dès 1952 avec J. Hamburger<sup>1285</sup>.

En 2016, les greffes de foie effectuées à partir de donneurs vivants avaient progressé 6%. A la même époque, les greffes rénales à partir de donneurs vivants représentaient 16% des 3615 greffes de reins pratiquées en 2016, ce qui représentait une augmentation de 167% en dix ans. L'avantage considérable d'un don d'organe sain réside dans le fait que l'organe greffé ne souffre normalement d'aucun des traumatismes physiques et fonctionnels pouvant être causés par la mort du donneur.

**517.** L'utilisation d'organes animaux pour effectuer des xéno greffes humaines a été envisagée depuis de nombreuses années. Plusieurs tentatives, essentiellement fondées sur la parenté physiologique et morphologique des organes de porc et d'homme<sup>1286</sup> ont été développées pour tenter de pallier le manque d'organes disponibles à la transplantation<sup>1287</sup>.

---

Dans une série de fiches destinées au grand public, l'agence nationale de la biomédecine a décrit les problèmes légaux et biologiques qui régissent les différentes étapes du prélèvement et de la greffe de reins provenant de donneurs vivants (voir le dossier de presse « Greffe rénale à partir d'un donneur vivant. Campagne d'information de l'agence de la biomédecine du 17 au 30 octobre 2016

[https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/dossierdepressedvi2016\\_vdef.pdf](https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/dossierdepressedvi2016_vdef.pdf)

<sup>1285</sup> Voir l'histoire de Marius Renard, premier greffé par le Professeur J. Hamburger. « Un peu d'histoire : La Greffe » <http://www.renalo.com/infos-sante2/la-greffe-faits-et-chiffres/histoire-de-la-greffe?showall=&start=5>

<sup>1286</sup> Les tissus d'origine porcine ont depuis longtemps été considérés comme un matériel de choix potentiel pour réaliser des greffes chez l'homme. Par exemple, les valves cardiaques issues de cartilage de porc, mises au point en 1968 par le professeur français Alain Carpentier (Prix Lasker en 2007) ont constitué un progrès très significatif en chirurgie cardiaque et plusieurs approches basées sur l'implantation d'ilots cellulaires porcins dans le pancréas de diabétiques ont également été réalisées récemment (voir P. ROSSI « Quand le cochon vient en aide aux diabétiques » <http://diabetes-hebdo.com/quand-le-cochon-vient-en-aide-aux-diabetiques/>. Pour une introduction synthétique destinée à une large audience, consulter H. HANSMAN «The Future of Animal-to-Human Organ Transplants -Could a genetically engineered pig heart one day function in a person? »

<https://www.smithsonianmag.com/innovation/future-animal-to-human-organ-transplants-180956402/>

<sup>1287</sup> Tous les pays développés sont confrontés à une très grande pénurie d'organes humains utilisables pour des transplantations. Par exemple, les statistiques de 2017 publiées par le Health Resources & Services Administration aux USA (<https://www.hrsa.gov/>) au printemps 2018 (<https://organdonor.gov/statistics-stories/statistics.html>) indiquent que 116 000 personnes étaient en attente d'une greffe en août 2017 et que 33 611 transplantations avaient été effectuées en 2016. Chaque année le nombre de personnes sur liste d'attente croît plus vite que le nombre de donneurs. Il est estimé que statistiquement, 20 personnes en attente d'une transplantation meurent chaque jour. Pour remédier à ce problème, plusieurs groupes de recherche se sont attachés à développer des systèmes de xénotransplantation. Les résultats obtenus dans ce domaine au cours des 50 dernières années ont généré alternativement des périodes d'euphorie et de déception conduisant certains à abandonner leurs recherches. Le singe a longtemps été considéré comme le système donneur idéal. Cependant pour des raisons économiques et de conservation des espèces, les cochons génétiquement modifiés grâce à des manipulations

L'obtention récente de porc dont le génome est dépourvu de gènes rétroviraux viraux endogènes<sup>1288</sup> lève un obstacle technique majeur et ouvre la voie à une xénotransplantation facilitée d'organes et matériel biologique de porc chez l'homme<sup>1289</sup> en dépit de certaines réticences éthiques et religieuses exprimées par certains.

## *Section 2. La collecte de produits du corps*

**518.** Nous considérerons ici la collecte du sang et du lait maternel qui illustrent bien les problèmes liés aux pratiques et aux limites nées au niveau international, de conceptions différentes concernant la liberté de disposer de son corps et au commerce de ses produits, puis

---

génétiques sophistiquées, sont devenus les systèmes de choix. Les réactions hyper aigües de rejet induites par la greffe de tissus porcins chez les primates et la présence de séquences rétrovirales endogènes dans le génome porcine ont constitué des entraves majeures au développement des xénotreffes. Les réactions de rejet sont de quatre types et interviennent successivement (MEIER R.P.H. et al. « Xenotransplantation : back to the future ? » *Transplant Int* (2018) 31:465-477). Afin de s'affranchir des problèmes de rejet induits par les xénotreffes, des babouins ont reçu des greffes cardiaques de porc génétiquement « humanisés » (voir Revicor « the technology of regenerative medicine aux USA <https://revicor.com>), ou de porcs transgéniques soumis à des nouveaux régimes immunorégulateurs et dépourvus du gène codant pour l'alpha 1,3 Galactosyltransférase responsable de la synthèse de Gal alpha(1,3)Gal, molécule clef impliquée dans les réactions de rejet immunitaires aigus (M.S. SANDRIN, I. F. MCKENZIE « Gal alpha (1,3) Gal, the major xenoantigen(s) recognised in pigs by human antibodies » *Immunol Rev* (1994) 141:169-190) Mohiuddin et al. « Chimeric 2C10R4 anti-CD40 antibody therapy is critical for long-term survival of GTKO.hCD46.hTBM pig-to-primate cardiac xenograft ». *Nat Commun* (2016) 7:11138

<sup>1288</sup> NIU D. et al. Inactivation of porcine endogenous retrovirus in pigs using CRISPR-Cas9 » *Science* (2017) 357 : 1303-1307 ; YANG L et al. 2015 Genome-wide inactivation of porcine endogenous retroviruses (PERVs). *Science* 350 :1101-1104. Dans ce travail, il a été confirmé que des rétrovirus endogènes porcins (porcine endogenous retroviruses : PERVs) peuvent infecter des cellules humaines et être transmis de manière horizontale. Afin d'éviter tout problème potentiel pouvant être lié à la transmission des PERVs lors de xénotrefe, les sites codant ces séquences endogènes dans le génome du porc ont été éliminés de manière globale par l'usage de la technique CRISPR-Cas9 qui permet des mutagenèses dirigées in vivo. Voir à ce sujet SCOBIE L, et al. Inactivation of porcine endogenous retrovirus in pigs using CRISPR-Cas9, editorial commentary. *Xénotransplantation* (2017) 24(6)

<sup>1289</sup> Plusieurs compagnies privées et organismes publics de recherches sont actuellement impliqués dans la production d'organes de porc utilisables pour des xénotreffes humaines. Voir par exemple : A. REGALADO « Surgeons Smash Records with Pig-to-Primate Organ Transplants »

<https://www.technologyreview.com/s/540076/surgeons-smash-records-with-pig-to-primate-organ-transplants/>; L. GARFIELD « The world's largest pork producer is exploring ways to grow human organs from pig parts » *Business insider* (2017) Edition du 14 avril ; L. RAMSEY « A startup cofounded by a 31-year-old just got a step closer to transplanting pig organs into humans » *Business insider* (2017) Edition du 10 août

<http://www.businessinsider.fr/us/crispr-startup-egenesis-engineers-pig-organs-for-human-transplant-2017-8>; Revivicor <http://www.revivicor.com/about.html>; REICHART B et al. 2015 « Xenotransplantation of Cells, Tissues, Organs and the German Research Foundation Transregio Collaborative Research Center 127. pp143-155 in J.D. Lambris et al. Eds Immune Response to Biosurfaces Adv Exp Med Biol 865 Springer International Publishing Switzerland; United Therapeutics « 3X4 Pipeline Plan Longer Term Launches 2016-2019 » <https://www.unither.com/pipeline.html>

dans un second temps, la problématique concernant la patrimonialité des tissus humains prélevés dans des cadres de médecine expérimentale<sup>1290</sup>.

Il est intéressant de rappeler à cet égard qu'avec la découverte des techniques de transfusion sanguine se sont posées pour la première fois les questions concernant « le statut juridique de l'élément corporel séparé du corps »<sup>1291</sup>

## §1. Le sang

### A. Quelques rappels concernant le sang humain

**519.** Afin d'appréhender les cadres socio-économiques et juridiques ainsi que le marché dans lesquels la collecte du sang s'inscrit, il est nécessaire de revenir brièvement sur quelques notions concernant la biologie du sang et les processus de traitement auquel il est soumis.

Le sang humain<sup>1292</sup> est constitué par un fluide salé<sup>1293</sup> jaunâtre, le plasma, dans lequel circulent des cellules : globules rouges<sup>1294</sup> et globules blancs<sup>1295</sup> et des *plaquettes* sanguines<sup>1296</sup>. Le plasma

---

<sup>1290</sup> Nous n'aborderons pas ici les greffes de moelle osseuse (considérée abusivement d'« organe » à l'article L 671-1 de la loi no 94-654 du 29 juillet 1994), bien qu'elles revêtent une place importante dans le traitement de maladies graves du sang. La biologie sur laquelle est fondée la greffe de moelle osseuse [voir J.-P. CASSUTO, O. CASSUTO « Greffe de moelle osseuse : d'une chimère à l'autre » (2014) *Les carnets de santé* Edition du 7 septembre], est un frein naturel à sa marchandisation et à une potentielle exploitation des donateurs

<sup>1291</sup> « Si dans un système qui a distingué les personnes des choses, on est finalement obligé de reconnaître que ce qui a été séparé du corps appartient à la catégorie des choses, la question essentielle est alors ... le fait de séparer un élément du corps modifie-t-il le statut juridique de cet élément ? Si on répond par la négative, on admet par là même que le corps est une chose » J.-P. BAUD « L'affaire de la main volée » p189 (V. *supra* n° 455)

<sup>1292</sup> Environ 5 à 6 litres chez l'homme et 4 à 5 litres chez la femme de poids moyen

<sup>1293</sup> Le plasma contient des sucres, des vitamines, des graisses, des sels minéraux (dont Sodium, calcium, magnésium, chlore, et carbonates) qui sont nécessaires au fonctionnement des muscles et des nerfs, à la régulation de la pression artérielle, au maintien de l'équilibre hydrique, à la coagulation sanguine, et au métabolisme osseux

<sup>1294</sup> Les globules rouges, ou érythrocytes également dénommés hématies, sont dépourvus de noyau. On en compte en moyenne 4,2 à 5,7 milliards par millilitre de sang chez l'homme et 4,0 à 5,3 milliards chez la femme. Elles assurent un rôle essentiel dans le processus de respiration. Leur cytoplasme contient de grandes quantités d'hémoglobine qui assure le transport de l'oxygène des poumons aux tissus et la régulation du transport sous forme de bicarbonate, du gaz carbonique produit par les cellules vers les poumons. Les hématies sont porteuses d'antigènes de surface définissant des groupes sanguins chez l'homme

<sup>1295</sup> Les globules blancs, ou leucocytes, au nombre de 4 à 10 millions par millilitre de sang chez l'homme et la femme, sont produits par la moelle osseuse. On les trouve aussi dans la lymphe, les organes lymphoïdes et certains tissus conjonctifs. Il en existe plusieurs types morphologiques et fonctionnels. Ils jouent un rôle important dans les processus immunitaires permettant de lutter contre les infections bactériennes, virales, parasitaires ou fongiques. Ils sont aussi essentiels dans les processus de reconnaissance du soi et dans les allergies

<sup>1296</sup> Les plaquettes sanguines, ou thrombocytes, sont nécessaires à la formation du caillot lors de la coagulation sanguine. Elles sont produites à partir de la fragmentation de grandes cellules de la moelle osseuse dénommées



composé de 90% d'eau et 10% de protéines, constitue 57% du volume sanguin total. Il est riche de plus de 300 protéines ayant de très nombreuses fonctions essentielles<sup>1297</sup>.

Le plasma frais congelé (PFC) figure, à côté des concentrés de plaquettes (CP) et de globules rouges (CGR) et du sang entier non fractionné, dans la liste des médicaments essentiels publiée depuis 1977 par l'Organisation Mondiale de la Santé<sup>1298</sup>.

En France, les concentrés de globules rouges sont transfusés pour « *le traitement de l'anémie, qu'elle soit d'origine médicale, chirurgicale ou obstétricale, lorsqu'elle entraîne un défaut d'oxygénation des organes risquant de provoquer des dommages irréversibles* »<sup>1299</sup>. La transfusion de concentrés plaquettaires, permettant la formation d'un caillot sanguin, est le plus souvent utilisée « *de manière préventive pour empêcher l'hémorragie, quand le taux plaquettaire du patient est si bas qu'un saignement grave peut survenir à n'importe quel moment*<sup>1300</sup> ». L'emploi de transfusions plasmatiques est aujourd'hui essentiellement réservé à des troubles graves de la coagulation, ou des « *pathologies thrombotiques qui constituent une grande urgence thérapeutique*<sup>1301</sup> »

**520.** Lorsque le sang est collecté, il est fractionné en lots de cellules blanches et rouges et plaquettes. Le plasma peut être utilisé directement pour des transfusions après traitements conservateurs appropriés ou utilisé par les industries spécialisées qui purifient des constituants plasmatiques destinés à rentrer dans la composition de médicaments destinés à des patients souffrant de maladies génétiques ou d'infections très graves. Malgré le coût élevé de leur production que les industries pharmaceutiques attribuent aux technologies de pointes utilisées pour la production de ces protéines plasmatiques, la demande est en constant accroissement. Le

---

mégacaryocytes et ne contiennent pas de noyau. Le nombre de plaquettes peut être affecté par certaines pathologies. En plus de leur rôle dans la coagulation, elles sont des modulateurs de processus inflammatoires

<sup>1297</sup> Quantitativement, les plus importantes protéines plasmatiques sont l'albumine, les anticorps essentiels aux réactions immunologiques, le fibrinogène qui joue un rôle important dans la coagulation sanguine, la transferrine qui transporte le fer et les lipoprotéines de type HDL et LDL (High- and Low-Density Lipoproteins) qui transportent le cholestérol. Le plasma est aussi un transporteur d'hormones de molécules circulantes impliquée dans la signalisation cellulaire et de très nombreuses protéines utilisées comme médicaments pour soigner les hémophiles ou les grands brûlés par exemple

<sup>1298</sup> La liste modèle de médicaments essentiels a été publiée pour la première fois en 1977. La 20<sup>e</sup> édition publiée en 2017 contient 334 à 580 médicaments suivant les pays concernés

[https://en.wikipedia.org/wiki/WHO\\_Model\\_List\\_of\\_Essential\\_Medicines](https://en.wikipedia.org/wiki/WHO_Model_List_of_Essential_Medicines)

<sup>1299</sup> « Qui est transfusé ? » Institut National de la Transfusion Sanguine <https://www.ints.fr/SangTransfQuiTransf.as>

px

<sup>1300</sup> *ibid*

<sup>1301</sup> *ibid*

segment le plus important est celui de la thérapie par injection intraveineuse de mélanges d'immunoglobulines<sup>1302</sup> pour le traitement de pathologies sanguines, en forte augmentation, liées au vieillissement global de la population, aux désordres inflammatoires nerveux<sup>1303</sup> et aux nombreux cas d'immunodéficience, mais au total, c'est plus d'une centaine de maladies qui sont demandeuses de médicaments dérivés du plasma.

Le marché mondial des produits dérivés du plasma qui s'élève aujourd'hui à 17 milliards de dollars est en très forte croissance avec un taux annuel de croissance (Compound Annual Growth Rate CAGR) de 12,10% sur la période 2014-2019<sup>1304</sup>. Il est partagé par quelques grands groupes pharmaceutiques au nombre desquels figurent principalement Baxter<sup>1305</sup>, CSL Behring<sup>1306</sup>, Grifols Therapeutics<sup>1307</sup> et Octapharma<sup>1308</sup>.

### *B. Le don du sang et du plasma en France*

**521.** En France le don du sang est considéré comme un acte libre, gratuit, anonyme, volontaire et non dirigé de générosité humaine. Il s'inscrit dans le principe plus large de non patrimonialité du corps humain développé plus haut.

---

<sup>1302</sup> Intravenous Immunglobulin (IVIg) for immune disorders treatment

<sup>1303</sup> Chronic inflammatory demyelinating polyneuropathy (CIDP)

<sup>1304</sup> L. WOOD « Global Plasma Therapeutics Market 2015-2019 with Baxter, CSL Behring, Grifols Therapeutics & Octapharma Dominating » Cision PR Newswire 9 septembre 2015

<sup>1305</sup> Avec l'implantation de Baxalta à Covington en Géorgie, Baxter a réalisé un investissement considérable dans la construction d'un site ayant pour but le développement de nouvelles techniques de fractionnements et de purifications de protéines plasmatiques à visée thérapeutique. La capacité annuelle du site est supposée atteindre plus de trois millions de litres de plasma. <https://www.pharmaceutical-technology.com/projects/baxter-manufacturing-plasma-treatments-us/>

<sup>1306</sup> CSL Behring se présente comme le leader mondial dans le domaine des technologies de pointe concernant le traitement de maladies de la coagulation, de l'immunodéficience des maladies autoimmunes, et de maladies pulmonaires sévères ou rares telles que l'œdème angioneurotique. [https://www.cslbehring.com/-/media/documents/csl-corporate-brochure\\_final.pdf?la=en-us&hash=DCA6CD66E69B83D094FA5B511D55B19A2138BC5A](https://www.cslbehring.com/-/media/documents/csl-corporate-brochure_final.pdf?la=en-us&hash=DCA6CD66E69B83D094FA5B511D55B19A2138BC5A)

<sup>1307</sup> Grifolds possède quatre sites de production situés en Espagne et aux USA qui fractionnent chaque année environ 8 millions de litres de plasma <http://www.grifols.com/en/web/international/about-grifols/plasma-products#>

<sup>1308</sup> Octapharma, entreprise familiale dont le siège est situé à Lachen en Suisse, est un leader mondial dans le domaine de la production des protéines plasmatiques et de lignées cellulaires humaines. Elle distribue, entre autres, des produits hématologiques, tels que des facteurs de coagulation pour le traitement des hémophiles, des produits utilisés en immunothérapie et pour le traitement de maladies auto-immunes. Avec un chiffre d'affaire de 1513 milliards d'euros en 2015, l'entreprise affiche une croissance de 18,2%.

C. QUMSIEH « Le Groupe Octapharma publie ses résultats pour 2015 :

1,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires et 351 millions d'euros de résultat d'exploitation. <https://www.businesswire.com/news/home/20160309005806/fr/>

Les modalités de collecte, préparation, conservation du sang et de ses composants ainsi que des produits sanguins labiles sont définies par les articles L1221-1 à L1221-14 du Code de la santé publique. C'est ainsi que « *La transfusion sanguine s'effectue dans l'intérêt du receveur et relève des principes éthiques du bénévolat et de l'anonymat du don, et de l'absence de profit* » (art L1221-1). Les conditions dans lesquelles les dons peuvent être autorisés sont fixées par les articles D1221-3 et D1221-4. L'article D1221-1 dispose en particulier que « *Le don de sang ou de composants du sang ne peut donner lieu à aucune rémunération, directe ou indirecte. Sont notamment prohibés à ce titre, outre tout paiement en espèces, toute remise de bons d'achat, coupons de réduction et autres documents permettant d'obtenir un avantage consenti par un tiers, ainsi que tout don d'objet de valeur, toute prestation ou tout octroi d'avantages* ». Sont autorisés les remboursements « *des frais de transports exposés lors du don, à l'exclusion de tout remboursement forfaitaire* » (art D1221-4) de même que « *la remise au donneur des marques de reconnaissance prévues par la réglementation en vigueur ainsi que l'offre d'une collation consécutive au don* » (art D1221-3).

L'Établissement Français du Sang (EFS)<sup>1309</sup> est, à ce jour, l'unique établissement public administratif responsable de la collecte, de la préparation de la qualification et de la

---

<sup>1309</sup> L'EFS a été créé par la Loi N°98-535 du 1er juillet 1998 (art. 18) Paragraphe XXVII, C, 2° « *L'Établissement français du sang étant substitué, à compter de sa création, aux établissements de transfusion sanguine, aux personnes publiques membres des groupements d'intérêt public et à l'Agence française du sang dans tous leurs droits et obligations d'employeur* ». Les attributions et responsabilités de L'EFS en ce qui concerne « les activités de collecte du sang, de qualification biologique du don, de préparation, de distribution et de délivrance des produits sanguins labiles et de leur contrôle de qualité » sont définies aux articles L1222-1 à L1222-20 du Code de la santé publique, Livre II, Titre II, Chapitre II. L'EFS a remplacé l'Agence Française du sang (AFS), créée par arrêté du 1<sup>er</sup> juillet 1992 et par l'article L667-5 du Code de la santé publique, ses attributions concernaient en particulier la gestion des transfusions, la promotion du don du sang et la mise en œuvre de bonnes pratiques définies à l'article L668-3 (voir à ce sujet B. DAVID « L'EFS vous connaissez ? EFS : Do you know ? » *Réanimation* (2008) 17 :418-425 ; P. V. COMITI « Les textes fondateurs de l'action sanitaire et sociale » 2002, 430p ESF Éditeur ainsi que « AFS-Agence Française du Sang » Bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale <https://www.bnfs.fr/dictionnaire/afs.html> . La réorganisation des 160 établissements de transfusion sanguine (Centre National de Transfusion Sanguine, Postes de Transfusion Sanguine, Centres Départementaux de Transfusion Sanguine, Centres Régionaux de Transfusion Sanguine, Centres de Fractionnement et de Transfusion Sanguine [https://fr.wikipedia.org/wiki/Discussion:%C3%89tablissement\\_fran%C3%A7ais\\_du\\_sang](https://fr.wikipedia.org/wiki/Discussion:%C3%89tablissement_fran%C3%A7ais_du_sang)) avait été rendue nécessaire par les retombées du scandale sanitaire du sang contaminé (S. CHAUVEAU « L'affaire du sang contaminé (1983-2003) » *Médecine et Sciences Humaines, Les Belles Lettres* (2011) ; voir aussi pour des aspects traitant de la collecte de sang en milieu carcéral jusqu'en 1992, alors que les risques étaient connus depuis 1983, REJU Emmanuelle « Le procès du sang contaminé » 1999 La Croix, Edition du 10 mars /Archives/1999-03-10/Le-proces-du-sang-contamine-\_NP\_-1999-03-10-470306 ; pour des chiffres parlants E. FRANCONNET « Une crise sanitaire sans précédent : le sang contaminé » *Dijon Santé* du 4 octobre 2013 <https://www.dijon-sante.fr/reportage/une-crise-sanitaire-sans-precedent-le-sang-contamine/>).

commercialisation du sang, du plasma et des plaquettes aux établissements de santé, en particulier à des fins de transfusion.

**522.** A côté de l'EFS le laboratoire français du fractionnement et des Biotechnologies (LFB)<sup>1310</sup> fractionne le plasma qui est acheté à l'EFS pour en préparer et commercialiser essentiellement trois classes de médicaments utilisés dans les domaines de l'anesthésie et réanimation, de l'immunologie et de la coagulation. Un rapport présenté en 2013<sup>1311</sup> par le député Olivier Véran, mentionnait le retard concurrentiel du LFB par rapport à ses concurrents sur un marché en pleine expansion<sup>1312</sup>.

Le coup de grâce est tombé le 13 mars 2014 avec la décision que la Cour Européenne de Justice prit en faveur de l'entreprise Octapharma France SAS qui contestait la classification de son plasma transfusionnel SD<sup>1313</sup> comme produit sanguin labile par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (ANSM)<sup>1314</sup>, renforçant ainsi le monopole de l'EFS. Le litige opposait Octapharma au ministère des Affaires sociales et de la Santé au sujet de la décision du 20 octobre 2010<sup>1315</sup> de l'Agence fixant la liste et les caractéristiques des produits sanguins

---

Pour un historique plus général « Affaire du sang contaminé » Encyclopédie Wikipedia [https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Affaire\\_du\\_sang\\_contamin%C3%A9&oldid=145289525](https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Affaire_du_sang_contamin%C3%A9&oldid=145289525)

<sup>1310</sup> LFB « L'engagement éthique » <http://www.groupe-lfb.com/innovation/produits-en-developpement/>;

« Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies » Encyclopédie Wikipedia [https://fr.wikipedia.org/wiki/Laboratoire\\_fran%C3%A7ais\\_du\\_fractionnement\\_et\\_des\\_biotechnologies](https://fr.wikipedia.org/wiki/Laboratoire_fran%C3%A7ais_du_fractionnement_et_des_biotechnologies)

<sup>1311</sup> O. VERAN « La filière du sang en France » 2013

[http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport\\_Veran\\_filiere-sang.pdf](http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Veran_filiere-sang.pdf)

<sup>1312</sup> « Le LFB ne dispose toujours pas d'lg sous cutanée alors même que ses concurrents se partagent ce marché, en pleine expansion, du fait de la simplicité de cette forme galénique, et de sa meilleure administration au domicile du malade. Enfin, le LFB ne dispose d'aucun produit recombinant, qui représente pour certaines formes d'hémophilies 85% du marché. L'absence de produit recombinant exclut, à terme, le LFB du marché des facteurs de coagulation. »

<sup>1313</sup> Arrêt du 13 mars 2014, Octapharma France SAS, C-512/12.

(<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-512/12>).

Le traitement du plasma par solvant-détergent (mélange de Tris(n-butyl) phosphate et de Triton X100) est une technique utilisée pour inactiver les virus à enveloppe tels que le HIV, virus de l'immunodéficience humaine responsable du syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA), le virus de l'hépatite C (HCV) et B (HBV) et le virus HTLV (Human T-lymphotrophic virus), mais pas les virus dépourvus d'enveloppe tels que les parvovirus ou virus de l'hépatite. Pour plus d'informations voir par exemple G. DE SILVESTRO et al. « Virus-inactivated plasma - Plasmasafe: a one-year experience » 2007 Blood Transfus 5: 134–142; voir aussi S.K. MEMBE « Octaplas compared with fresh frozen plasma to reduce the risk of transmitting lipid-enveloped viruses: an economic analysis and budget impact analysis » 2011 Canadian Agency for Drugs and Technologies in Health

<sup>1314</sup> Anciennement « Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé » (Afssaps)

<sup>1315</sup> Décision du 20 octobre 2010 fixant la liste et les caractéristiques des produits sanguins labiles. JORF n°0276 du 28 novembre 2010 page 21143 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023140529>

labiles, « au motif qu'elle y introduit le plasma préparé selon un processus industriel tel que notamment le plasma frais congelé déleucocyté viro-atténué par solvant-détergent ».

La demande de décision préjudicielle portait sur l'interprétation de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain<sup>1316</sup>.

**523.** Dans son arrêt du 14 mars 2014, la Cour de Justice considéra que le plasma préparé industriellement doit être entendu comme un produit labile en ce qui concerne sa collecte et son contrôle (en application de la directive 2002/98/CE<sup>1317</sup>) et comme un médicament dérivé du sang en ce qui concerne sa transformation, sa conservation et sa distribution. A ce titre il entre bien dans le champ de la directive du 6 novembre 2001.

Suite à cette décision, « Le Conseil d'État n'a donc pu que constater l'illégalité de la décision litigieuse du directeur général de l'AFSSAPS, et l'a annulée<sup>1318</sup> ».

**524.** L'EFS n'ayant pas le statut d'établissement pharmaceutique n'était plus autorisé à produire ce type de plasma à compter du 31 janvier 2015<sup>1319</sup> et Octapharma obtenait une autorisation de mise sur le marché (AMM) le 2 février 2016<sup>1320</sup>.

---

<sup>1316</sup> Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 modifiée par la directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 : 20013.2.1.1. b) « Sont considérés comme médicaments biologiques: les médicaments immunologiques et les médicaments dérivés du sang et du plasma humains définis respectivement à l'article 1er, paragraphes 4 et 10 ». Considérant 17 « Il est nécessaire d'adopter des dispositions spécifiques pour les médicaments immunologiques, homéopathiques, radiopharmaceutiques, ainsi que pour les médicaments dérivés du sang humain ou du plasma humain ». Le considérant 7 de la directive 2004/27 énonce « il convient de modifier la définition du médicament pour éviter, lorsqu'un produit répond pleinement à la définition du médicament, mais pourrait aussi répondre à la définition d'autres produits réglementés, que subsiste un doute sur la législation applicable » L'article 1 de la directive 2001/83, telle que modifiée par la directive 2004/27, prévoit ainsi : « Aux fins de la présente directive, on entend par « médicament dérivé du sang ou du plasma humains: médicament à base de composants de sang préparés industriellement par des établissements publics ou privés; ce médicament comprend notamment l'albumine, les facteurs de coagulation et les immunoglobulines d'origine humaine »

<sup>1317</sup> Directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins, et modifiant la directive 2001/83/CE

<sup>1318</sup> CE, 23 juillet 2014, Société Octapharma France N° 349717 Décision contentieuse <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Statut-du-plasma>

<sup>1319</sup> « Plasma thérapeutique sécurisé par solvant détergent : changement de statut juridique- Point d'information » AMSM 27 janvier 2015 <http://ansm.sante.fr/S-informer/Points-d-information-Points-d-information/Plasma-therapeutique-secure-par-solvant-detergent-changement-de-statut-juridique-Point-d-Information>. L'EFS pouvait continuer l'approvisionnement en France des plasmas déleucocytés PFC-IA et PFC-Se. Le plasma sécurisé par quarantaine, PFC-IA est traité par l'amotosalen qui bloque la réplication de l'ADN et de l'ARN cellulaire et des agents pathogènes sensibles (Mechanism of Action - Amotosalen - Intercept blood system

Outre les conséquences économiques liées à la fermeture de l'unité de production de plasma SD à Bordeaux et au surcoût que le système de santé français devra subir<sup>1321</sup>, les décisions de la CJUE et du Conseil d'État ont déclenché des questionnements relatifs aux garanties concernant la traçabilité des lots de plasma SD importés par la France. En effet, même si Octapharma enregistre avec précision les sources de plasma collectés au niveau mondial, plusieurs voix se sont élevées pour que le fournisseur puisse prouver l'origine des produits livrés sur le marché français et que les principes éthiques régissant la production et la distribution des poches de plasma par les établissements français soient appliqués aux importations des plasma produits par Octapharma<sup>1322</sup>.

Les bouleversements déclenchés par les intérêts financiers considérables en jeu mettent à mal un système où la collecte de sang non rémunérée n'est plus financièrement compétitive puisqu'elle aboutit à la production de produits plus chers que ceux issus de dons rémunérés<sup>1323</sup>.

---

<http://interceptbloodsystem.com/blood-center/intercept/mechanism-action-amotosalen>). Le plasma PFC-Se est sécurisé par quarantaine. Pour des informations plus détaillées à ce sujet, voir T. NOVAIS, V. CHAMOUARD Le plasma solvant/détergent: un nouveau médicament (2016)

<http://www.acophra.fr/wp-content/uploads/2016/11/Le-plasma-solvant-detergent-Nouveau-m%C3%A9dicament-Dr-Teddy-Novais-Dr-Chamouard.pdf> ; Les propriétés et usages des différents types de plasma homologues peuvent aussi être consultés sur la fiche de recommandations publiée par l'ANSM et la Haute Autorité de Santé en 2012 « Transfusion de plasma thérapeutique : produits, indications »

[https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2012-06/12irp07\\_reco\\_transfusion\\_de\\_plasma.pdf](https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2012-06/12irp07_reco_transfusion_de_plasma.pdf)  
<sup>1320</sup> Date initiale (reconnaissance mutuelle -2ème vague) : 02/02/2016 ATU nominatives Autorisations d'importation octroyées à partir du 3 0/01/2015 PGR européen. Voir Commission de la Transparence avis du 20 juillet 2016

[https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/evamed/CT-15085\\_OCTAPLASLG\\_PIC\\_INS\\_Avis2\\_CT15085.pdf](https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/evamed/CT-15085_OCTAPLASLG_PIC_INS_Avis2_CT15085.pdf)

<sup>1321</sup> Rappelons que dès 2013, le rapport Véran soulignait la nécessité de réorganiser en profondeur la filière du sang en France. (V. *supra* n° 522)

<sup>1322</sup> Plasma traité par solvant détergent 14e législature. Question écrite n° 22430 de Mme Patricia Schillinger (Haut-Rhin - Socialiste et républicain) publiée dans le JO du Sénat 23/06/2016 - page 2743; Traçabilité du plasma traité par solvant détergent 15e législature . Question écrite n° 02305 de Mme Cécile Cukierman (Loire - CRCE) publiée dans le JO du Sénat 07/12/2017 - page 3846 <https://www.senat.fr/questions/base/2017/qSEQ171202305.html>

<sup>1323</sup> Les dons de sang sont rémunérés de 20 à 50 euros par exemple en Allemagne, en Autriche, en Chine, et aux États-Unis où les dons rémunérés de 20 à 50 dollars peuvent générer un revenu mensuel atteignant 200 dollars. Selon E. ARIE, le système économique français de production de médicaments dérivés du plasma, qui impose au LFB de s'approvisionner en sang auprès de l'EFS abouti à une situation paradoxale ou « la collecte de sang gratuit revient plus cher que celle du sang payant ... il faut régulièrement motiver des donateurs par de coûteuses campagnes de communication, mobiliser des camions et du personnel de collecte en différents endroits où ils n'accueilleront parfois qu'un seul donneur par heure, etc. Alors que, pour le don de sang rémunéré, il suffit de les convoquer : « Si vous voulez toucher 50 euros, présentez-vous tel jour, à telle heure, à tel endroit » E. ARIE « Don du sang : la France bascule dans la mondialisation » Marianne Edition du 3 février 2015

<https://www.marianne.net/debattons/idees/quand-la-france-basculera-dans-la-marchandisation-du-sang>

### C. La gratuité du don : une approche internationale

**525.** Une analyse récente du marché européen<sup>1324</sup> a été commanditée par la Commission Européenne dans le but de développer ultérieurement des politiques et législations européennes en ce qui concerne l'autosuffisance<sup>1325</sup>, la disponibilité, la qualité, et la sécurité des produits de transfusion pour les patients.

L'étude a révélé des relations tendues entre les secteurs économiques nés de la commercialisation des produits dérivés du plasma, en croissance continue au cours des vingt dernières années, essentiellement dans les mains d'intérêts privés et ceux de la transfusion des composés du sang ou de sang entier qui de taille plus modeste, sont gérés par des entreprises publiques ou semi-publiques<sup>1326</sup>.

**526.** Loin devant l'augmentation des quantités de sang total utilisées pour les transfusions, la production de médicaments dérivés du plasma a littéralement « explosé » au cours des dix

---

<sup>1324</sup> « An EU-wide overview of the market of blood, blood components and plasma derivatives focusing on their availability for patients » (analyse publiée en ligne le 8 avril 2015), Creative Ceutical Report, revised by the Commission to include stakeholders' comments

[https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/blood\\_tissues\\_organs/docs/20150408\\_cc\\_report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/blood_tissues_organs/docs/20150408_cc_report_en.pdf)

<sup>1325</sup> Au niveau européen, « l'autosuffisance en produits sanguins éthiques » est un objectif affirmé à plusieurs reprises dans la Directive 2002/98/CE du 27 janvier 2003 « *Les États membres devraient, en outre, prendre des mesures destinées à promouvoir l'autosuffisance de la Communauté en sang humain et en composants sanguins et à encourager les dons de sang et de composants sanguins volontaires et non rémunérés* » (considérant 4); « *la nécessité d'une stratégie pour le sang visant ... à promouvoir l'autosuffisance de la Communauté* » (considérant 6), référence faite à la « *résolution du 12 novembre 1996 visant la sécurité du sang et l'autosuffisance en sang dans la Communauté européenne* » (considérant 8) et des « *résolutions du 14 septembre 1993, du 18 novembre 1993, du 14 juillet 1995 et du 17 avril 1996 sur la sécurité du sang et la réalisation de l'autosuffisance par des dons volontaires et non rémunérés* » (considérant 9) et enfin, « *les dispositions nécessaires devraient être prises pour encourager les dons volontaires et non rémunérés par des mesures et des initiatives appropriées et en faisant en sorte que l'action des donneurs soit davantage reconnue par la population, ce qui augmenterait aussi l'autosuffisance en sang* » (considérant 23). Pour l'évolution de la situation en France, voir le rapport VERAN « *La filière du sang en France* » (V. *supra* n° 522) et le rapport publié en 2010 par P. ABALLEA et J-L VIEILLERIBIERE de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) concernant « *Les conditions de l'autosuffisance en produits sanguins du marché français* »

<sup>1326</sup> Selon les données fournies par la Commission Européenne, 19,9 millions d'unités de globules rouges (RBC) 4,4 millions d'unités de plasma et 2,2 millions d'unités de plaquettes ont été collectées en 2010 au sein des 28 États membres qui s'échangent rarement les produits sanguins

dernières années, avec un taux d'accroissement annuel de 4%. Entre 1993 et 2010 la quantité de plasma prélevé est passée de 8,5 à 16,6 millions de litres<sup>1327</sup>.

Le Marketing Research Bureau<sup>1328</sup> estimait à 3 milliards d'euros le marché total des produits plasmatiques en Europe en 2011.

Le nombre de donneurs européens en 2010 atteignait 14,1 millions, soit 19% de plus qu'en 2005.

**527.** Bien que deux types d'activités reposent sur la donation de sang, rémunérée ou non, les attentes et les pressions commerciales des marchés dans lesquels les deux secteurs évoluent sont totalement différentes et les besoins à couvrir conduisent à des visions divergentes en ce qui concerne la nature des dons.

Les modalités de recrutement faisant appel au don gratuit tel qu'il est fortement encouragé au sein de l'Union Européenne et par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) qui défend le principe de gratuité du don de sang<sup>1329</sup>, sont l'objet de différentes interprétations par les parties consultées, essentiellement en ce qui concerne les compensations accordées aux donneurs bénévoles<sup>1330</sup>. Selon l'OMS « seuls les dons réguliers de la part de donneurs volontaires non rémunérés permettent d'assurer un approvisionnement suffisant » et fiable<sup>1331</sup>.

---

<sup>1327</sup> Avec 11,7 millions de litres, le plasma prélevé par plasmaphérèse représente 70% de la quantité de plasma traité, le reste provenant du sang total. La technique de plasmaphérèse consiste, lors du prélèvement sanguin, à ne collecter que le plasma et à réinjecter au patient ses globules rouges et blancs ainsi que ses plaquettes.

<sup>1328</sup> Pour les nouvelles concernant le marché des produits dérivés du plasma voir « International Blood/Plasma News » <http://marketingresearchbureau.com/ibpn/>

<sup>1329</sup> « *Le meilleur moyen de garantir un approvisionnement sûr et suffisant en sang et produits sanguins pour la transfusion est de disposer d'un bon approvisionnement basé sur les dons réguliers de sang de donneurs volontaires et non rémunérés... L'OMS encourage l'ensemble des États Membres à obtenir la totalité de leur approvisionnement en sang auprès de ce type de donateurs* » L'OMS lance un appel pour que les dons de sang volontaires soient plus nombreux afin de sauver des millions de vies. Communiqué de presse du 11 juin 2015 <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2015/voluntary-blood-donors/fr>

<sup>1330</sup> Celles-ci peuvent prendre la forme de collations froides ou chaudes, de marques de reconnaissance, de journées de récupération, d'examen médicaux gratuits, ou de remboursement des frais occasionnés par le donneur pour venir sur le site de collecte. On note parmi les difficultés pratiques mises en avant, le fait que les États n'ont pas tous la même appréciation de la limite qui différencie la compensation de la rémunération et l'évaluation des différences de dépenses et de dérangement que peuvent occasionner un don du sang et un don de plasma qui requiert plus de temps

<sup>1331</sup> « *Aujourd'hui, seuls 62 pays assurent près de 100% de leur approvisionnement en sang au moyen des dons volontaires et non rémunérés, alors que 34 pays dépendent encore des donneurs familiaux ou même de donneurs rémunérés pour plus de 75% de leur approvisionnement en sang* » « *Les donneurs réguliers, volontaires et non rémunérés sont le fondement de l'approvisionnement en sang sécurisé, car on leur associe un faible niveau d'infections pouvant être transmises par le sang* » Le don de sang volontaire et non rémunéré doit augmenter



Le principe de don volontaire altruiste est cependant fortement remis en cause depuis plusieurs années.

Pour faire face aux besoins croissants de sang et de plasma dans le monde entier, plus de 70 selon l’OMS<sup>1332</sup>, ont autorisé une indemnisation financière. En Allemagne par exemple, cette mesure a fait croître le nombre de donateurs à 1/3 de la population, alors que seulement 5% des français donnent régulièrement leur sang<sup>1333</sup>.

La crainte que la rémunération des dons du sang incite certains individus en difficulté financière à vouloir donner des quantités importantes de sang, au péril de leur vie, ou conduise certains donateurs à masquer ou falsifier certaines informations concernant leur état de santé a été soulevée et admirablement traitée dans des reportages d’information pour le grand public<sup>1334</sup>.

**528.** Le principe d’une rémunération du don ou d’une démarche d’incitation au don de sang divise beaucoup et est exacerbée par le développement considérable du marché des produits sanguins. C’est dans ce contexte de marché concurrentiel émergent au niveau international qu’un sondage d’opinion sur le don du sang dans l’ensemble des États membres de l’Union européenne, géré et organisé en 2002 par la Direction Générale Presse et Communication avait été réalisé sous la coordination générale du European Opinion Research Group à Bruxelles<sup>1335</sup>.

A cette époque, 25% des personnes interrogées considéraient que le donneur de sang ne devrait recevoir aucune compensation, alors que 21 % étaient favorables au remboursement des dépenses occasionnées, 14 % favorables à un petit cadeau qui ne soit pas une rémunération, et

---

rapidement pour atteindre l’objectif de 2020. OMS communiqué de presse du 13 juin 2016 <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2016/world-blood-donor-day/fr/>

<sup>1332</sup> « L’OMS souligne le besoin de davantage de donateurs de sang volontaires »

<https://news.un.org/fr/story/2013/06/268442-loms-souligne-le-besoin-de-davantage-de-donneurs-de-sang-volontaires>

<sup>1333</sup> C. DELAVAUULT « Dons de sang : doit-on rémunérer les donateurs ? » O.N.U. Infos 12 juin 2103

<https://www.pourquoidoctor.fr/Articles/Question-d-actu/16183-Dons-de-sang-doit-on-remunerer-les-donneurs>

<sup>1334</sup> Dans son film reportage « Blood » (Icarus Film- 2013 <http://icarusfilms.com/if-bld>) Alina Rudnitskaya, rapporte les conditions très rudes dans lesquelles se font les collectes de sang en Russie et l’enquête menée par l’équipe de la radiotélévision suisse sur le business du sang aux USA (Coproductio n RTS Radio-Télévision Suisse, SFR, SRG SSR et ARTE G.E.I. E « Le business du sang. Le don du sang : une part d’ombre » aborde l’exploitation terrible des donateurs de sang aux USA et montre comment « l’or rouge » est au centre d’une véritable bataille des industries pharmaceutiques (reportage diffusé sur ARTE le 20 février 2017 disponible sur Youtube :

<https://www.youtube.com/watch?v=efeL02P5Hj0>. Voir aussi S. ROY « Enquête sur le business du sang aux États-Unis » Le Figaro Edition du 22 février 2017. <http://sante.lefigaro.fr/article/enquete-sur-le-business-du-sang-aux-etats-unis/>

<sup>1335</sup> Le don de sang. Eurobaromètre Spécial Commission Européenne 2003

[http://ec.europa.eu/health/ph\\_threats/human\\_substance/documents/ebs\\_183.4\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/health/ph_threats/human_substance/documents/ebs_183.4_fr.pdf)

12 % favorables à l'octroi d'un ou plusieurs jours de congé. En ce qui concerne les dédommagements en numéraires, les Allemands, les Suédois et les Autrichiens étaient le plus fréquemment d'accord pour une incitation financière de 25 euros ou 10 euros (6%), et 100 euros (3%).

Se pose alors le problème de la limite acceptable entre l'incitation financière et la rétribution marchande des produits du soi. Au nom de la liberté de disposer des produits de leur corps, certains avancent même qu'il n'y a aucune différence entre la vente de son sang et la vente de ses cheveux qui est très largement acceptée et légale.

**529.** Sur un plan biomédical la situation est cependant beaucoup plus complexe, dans la mesure où le sang et ses produits dérivés qui sont introduits dans le corps du receveur, peuvent potentiellement être contaminés par des agents biologiques responsables d'épidémies très graves, comme l'ont montré la transmission du VIH par le sang prélevé sur des donneurs toxicomanes incarcérés au moment de la crise du sang contaminé, aussi bien en France qu'aux États-Unis<sup>1336</sup>, la vente de plasma contaminé par les virus de l'hépatite C et du SIDA en Chine<sup>1337</sup>, la distribution à des milliers de personnes, de produits sanguins contaminés par les virus de l'hépatite C et du SIDA en Grande Bretagne entre 1970 et 1990<sup>1338</sup> et les maladies cérébrales du type Creutzfeldt-Jacob apparue après l'injection de certains lots de plasma en Grande Bretagne<sup>1339</sup>. La présence de dérivés médicamenteux et autres produits toxiques dans le sang de donneurs est également un problème aigu dans la mesure où peu de pays qui rémunèrent les donations appliquent les normes de niveaux élevées requises pour assurer la sécurité des patients<sup>1340</sup>. Cet aspect est d'ailleurs bien illustré dans le reportage de la Radiotélévision suisse<sup>1341</sup>.

---

<sup>1336</sup> J. ST-CLAIR « Arkansas Bloodsuckers: the Clintons, Prisoners and the Blood Trade » (2015) Counterpunch Magazine Edition du 4 septembre <https://www.counterpunch.org/2015/09/04/arkansas-bloodsuckers-the-clintons-prisoners-and-the-blood-trade/>

<sup>1337</sup> J. HARVEY « Blood money: is it wrong to pay donors ? (2015) The Guardian Edition du 25 janvier [https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/jan/25/wrong-to-pay-blood-donors-safety-compromised?CMP=share\\_btn\\_tw](https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/jan/25/wrong-to-pay-blood-donors-safety-compromised?CMP=share_btn_tw)

<sup>1338</sup> *Ibid*

<sup>1339</sup> M. L. TURNER, C.A. LUDLAM « An update on the assessment and management of the risk of transmission of variant Creutzfeldt-Jakob disease by blood and plasma products » *Brit J Haematol* (2008) 144 : 14–23

<sup>1340</sup> « Few countries that pay for donation maintain the high standards of screening needed for patient safety. Even if testing kits are available and used, turning blood into a commodity opens the door to commercial pressures: donors are dishonest about their risk factors, companies turn a blind eye and cut corners. If you are on skid row,

De plus, le risque encouru lors de la transfusion de poches de globules rouges provenant de sources incertaines est considérablement accru dans le cas de l'injection de produits dérivés de plasma préparés par les industries pharmaceutiques à partir de mélanges provenant de plusieurs milliers de donateurs.

**530.** Certains observateurs prévoient que les pressions économiques exercées par un marché international de plus en plus puissant sont telles que tôt ou tard, le maintien d'un système de collecte de plasma fondé sur des considérations nobles et altruiste conduira à l'amplification d'un dilemme déjà naissant. Devra-t-on refuser le traitement de patients qui ont besoin de plasma ou acheter du plasma de sources dont les pratiques sécuritaires n'offriront pas toujours une sécurité optimale ? <sup>1342</sup>

En résultera-t-il une accélération d'un système médical « à deux vitesses » ?

Le système de donation altruiste doit-il être reconsidéré ?

Autant de questions qui restent d'actualité dans un monde où les donateurs volontaires ne souhaitent pas voir leur sang vendu à des entreprises pharmaceutiques qui en tirent des profits gigantesques et où, dans certaines conditions, la proposition de financement des dons s'est avérée contre-productive en aboutissant à une diminution du nombre de donateurs<sup>1343</sup>.

**531.** Les problèmes éthiques que pose la rémunération des dons du sang ont été largement commentés au cours des 50 dernières années, depuis la publication par R. M. TITMUSS d'un

---

*plasma donation is a good way to pay for your next fix, and companies keen to exploit worldwide demand may not be too assiduous in checking the honesty of potential donors, or in screening them* ». « Peu de pays qui rémunèrent le don du sang maintiennent les normes élevées de dépistage nécessaires à la sécurité des patients. Même si des trousse de test sont disponibles et utilisées, la préparation des dérivés du sang ouvre la porte à des pressions commerciales : les donateurs ne sont pas toujours honnêtes en ce qui concerne leurs facteurs de risque, les entreprises ferment les yeux et veulent faire des économies. Si vous êtes engagé sur une mauvaise pente et que vous consommez de la drogue, le don de plasma est un bon moyen de payer votre prochaine dose et les entreprises désireuses de répondre à la demande mondiale ne vérifient pas scrupuleusement l'honnêteté des donateurs potentiels ou pour les filtrer ». *Ibid* J. HARVEY « Blood money: is it wrong to pay donors ? ; Enquête de la RadioTélévision Suisse « Le business du sang. Le don du sang : une part d'ombre » (V. *supra* n° 528)

<sup>1341</sup> V. *supra* n° 528

<sup>1342</sup> Même si l'amélioration de la sensibilité des techniques de détection d'agents infectieux ou de produits toxiques dans les plasmas commerciaux permettra une sécurisation accrue des prélèvements, les volumes nécessaires à la fabrication de médicaments universellement utilisés pour combattre les maladies de la coagulation sanguine, les maladies auto-immunes, et les infections graves pour ne citer que ces quelques exemples, dépasseront les capacités des donations volontaires gratuites

<sup>1343</sup> *Ibid* J. HARVEY

ouvrage séminal<sup>1344</sup> dans lequel il considérait que la généralisation de l'approche commerciale du don sanguin n'attirant que les classes les plus défavorisées de la population, se solderait par une pénurie de sang disponible qui serait due en particulier à la qualité médiocre des prélèvements collectés sur des donneurs qui étaient souvent vecteurs de maladies infectieuses du type hépatite ou SIDA.

**532.** A la suite de cette publication, plusieurs pays avaient adopté dans les années 70 un système de gratuité du don sanguin auquel P. Rodriguez del Pozo attribuait trois inconvénients majeurs<sup>1345</sup>, à savoir le risque d'émergence d'un marché parallèle, le transfert net de ressources d'un secteur de la société à l'autre sans compensation ni justification, et la pénurie de dérivés plasmatiques ont été avancés une vingtaine d'année plus tard. Malgré les inconvénients associés à la rémunération des dons, c'est un système qui, selon cet auteur, pourrait dans un cadre strictement limité permettre de pallier la pénurie des dérivés plasmatiques qui est aujourd'hui au cœur des problématiques de santé au niveau mondial.

Dans un contexte où les nations qui ont opté et maintiennent un système de dons altruistes se tournent toutes vers des importations en provenance de pays dans lesquels les garanties sécuritaires et la traçabilité des échantillons ne sont pas toujours assurées, il est essentiel de mettre en œuvre des contrôles drastiques au niveau de la collecte, de la conservation et de la distribution des prélèvements.

**533.** Comment concilier les besoins grandissants en médicaments plasmatiques qui résultent d'une demande de plus en plus grande des patients<sup>1346</sup> et les positions éthiques des pays favorables au don volontaire non rémunéré ?

Les positions éthiques, morales et philosophiques qui depuis des décennies prônent le principe du don bénévole, anonyme et non-rémunéré des éléments et produits du corps se heurtent de

---

<sup>1344</sup> R. M. TITMUSS « The Gift Relationship: from human blood to social policy » (1970) Allen & Unwin London

<sup>1345</sup> P. RODRIGUEZ Del POZO « Paying donors and the ethics of blood supply » *Journal of Medical Ethics* (1994) 20:31-35

<sup>1346</sup> L'augmentation constante des besoins en médicaments dérivés du plasma résulte de plusieurs facteurs socio-économiques et médicaux, au titre desquels on peut relever, une population vieillissante dont l'âge moyen est en accroissement régulier, les progrès de la recherche médicale qui créent de nouvelles voies thérapeutiques et l'accès plus large des individus à des traitements sophistiqués

plein fouet à la puissante mondialisation des industries du plasma et ses effets pervers sur la condition de l'homme, dans des sociétés où la valeur dominante est le profit financier.

Le problème peut se poser en termes très simples.

Doit-on mettre en balance les considérations éthiques et économiques ?

Les scandales sanitaires qui ont explosé dans un passé récent nous ont montré que la valeur marchande de la vie humaine est négligeable face à certains profits commerciaux.

Mais faut-il pour autant rester dans une situation figée et rigide qui ne tient pas compte de l'évolution des contextes sociétaux, en interdisant sans appel, toute idée de rémunération ou de compensation financière des dons, lorsque ceux-ci peuvent sauver des vies humaines.

**534.** L'analyse des positions divergentes des pays membres de l'Union Européenne révèle malheureusement une situation figée où chacun semble camper sur des considérations et des systèmes nationaux qui résistent de plus en plus mal aux pressions économiques mondiales.

Ces questions sont à la source de débats de fond et affrontements conceptuels d'ordre philosophique, voire théologique, qui ne prennent malheureusement pas en compte la réalité du monde d'aujourd'hui, réalité des différences culturelles au sein de l'Europe et aux États-Unis, réalité des systèmes économiques profondément injustes qui se sont installés au cours des siècles passés.

**535.** Nous retiendrons ici, comme base de réflexion, la position de P. Rodriguez del Pozo<sup>1347</sup> qui écrivait « Il n'y a pas de différence éthique entre l'achat de plasma de donneurs qui ont été payés et l'achat de plasma de donneurs volontaire. Les doutes moraux entourant les donations rémunérées, en particulier en ce qui concerne l'exploitation possible des indigents, s'appliquent au-delà des frontières nationales, mais ne sont en aucun cas résolus. L'importation ne réussit pas non plus à éradiquer les dangers sanitaires associés au sang provenant de sources monnayées, et elle introduit de nouveaux risques, car les normes sont encore plus difficiles à maintenir pour les mélanges de plasma »

---

<sup>1347</sup> « *there is no ethical difference between buying from countries where plasma supplies come from paid donors and buying from domestic donors one-by-one. The moral misgivings surrounding paid donors, particularly the possible exploitation of the destitute, are transferred across national borders but by no means resolved. Importing also fails to eradicate health dangers associated with cash blood, and it introduces new risks, since standards are even harder to maintain on the plasma pools* » *Ibid* P. RODRIGUEZ Del POZO « Paying donors and the ethics of blood supply » p33

On serait presque tenté de transposer la question en disant « *je ne fabrique pas de fausse monnaie car ce n'est pas éthique, mais j'utilise les faux billets fabriqués par les autres* ».

Il ne fait aucun doute que tout le monde s'accorderait à trouver cette position hypocrite....

Si les mesures à prendre en ce qui concerne la pénurie croissante des approvisionnements en plasma<sup>1348</sup> nécessitent que les différentes conceptions éthiques des pays concernés soient prises en compte il ne faut pas oublier que le but essentiel et universel des traitements médicaux consiste à sauver les vies humaines en danger.

Dans un article où deux personnalités du monde médical exprimaient leur opinion vis à vis de la gratuité du don du sang<sup>1349</sup>, R. C. NEVILLE qui était favorable à la collecte rémunérée de sang, déclarait « je ne voudrais pas être celui qui devrait annoncer à la famille d'une personne qui serait morte à cause d'une pénurie de plasma que le sang était commercialement disponible mais que l'acheter aurait été un acte immoral ».

C'est dans cette optique que la justification éthique concernant l'acceptation ou le refus de sang provenant de dons rémunérés doit être évaluée.

**536.** Une problématique similaire, concernant un autre produit du corps essentiel à la survie des nouveaux nés humains est apparu depuis quelques années pour le don de lait maternel aux enfants prématurés.

## §2. Le lait maternel

### A. Quelques rappels concernant le lait maternel

**537.** Les membres de l'espèce *Homo Sapiens* sont des mammifères, vertébrés dont les femelles nourrissent leurs nouveaux nés avec le lait que leurs glandes mammaires ont produit après la parturition<sup>1350</sup>.

---

<sup>1348</sup> Les besoins en sang semblent être plus simples à résoudre aux niveaux nationaux car les opérations requises pour la collecte, le traitement et la distribution de sang total ne nécessitent pas de traitement similaire au fractionnement des produits du plasma tel qu'il est effectué par les grands groupes pharmaceutiques internationaux

<sup>1349</sup> R. C. NEVILLE « *I would not want to be the one to tell the family of a person who died for the lack of plasma that the blood was available for purchase but that buying it would have been immoral* » *The Hasting Center Report Case N° 140 Blood Money: Should a Rich Nation Buy Plasma from the Poor ?* » (1972) 2 :8-10

<sup>1350</sup> Initialement déclenchée par l'hormone hypophysaire prolactine, la production de lait par l'épithélium mammaire est entretenue par la succion du sein par le bébé. Les étirements mécaniques déclenchent la sécrétion

Le lait maternel humain est un aliment complet dont la composition<sup>1351</sup> couvre tous les besoins nutritionnels du bébé pendant les premières phases de son développement. La qualité exceptionnelle du lait maternel qui n'est égalée par aucune autre source animale ou commerciale, fait dire à la société française de pédiatrie « *Malgré l'amélioration de la qualité des « laits » infantiles, la composition nutritionnelle et l'apport en substances biologiques du lait maternel ne peuvent être reproduits. Aucun autre lait que le lait d'une mère ne peut s'adapter de façon permanente aux besoins du nourrisson en croissance. L'effet bénéfique pour la santé du nourrisson, largement reconnu dans les pays où les conditions économiques et d'hygiène demeurent précaires, est également prouvé dans les pays industrialisés* »<sup>1352</sup>

**538.** Le recours à des nourrices se substituant à la mère biologique pour allaiter l'enfant nouveau-né, puis dans les premières phases du développement des nourrissons, est une très vieille pratique déjà mentionnée dans le Code de Hammurabi<sup>1353</sup> dans la mythologie grecque et dans l'histoire de la Rome ancienne avec le mythe des jumeaux Remus et Romulus allaités par la louve Lupa<sup>1354</sup>.

Les nourrices étaient communément requises pour l'allaitement de nouveau-nés aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles en France et en Angleterre

L'allaitement maternel n'a gagné ses lettres de noblesse en France que très tardivement dans les dernières décennies du XX<sup>e</sup> siècle. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, à Lyon « *plus de la moitié des*

---

d'une hormone produite par l'hypothalamus, l'ocytocine, qui induit la contraction des cellules mammaires permettant l'éjection du lait tout en stimulant la synthèse des protéines du lait

<sup>1351</sup> Le lait maternel humain contient des sucres, des graisses, des protéines, des sels minéraux, des vitamines et oligoéléments en proportions équilibrées pour assurer une croissance optimale des bébés. Parmi les protéines contenues dans le lait on trouve des immunoglobulines qui protègent le nourrisson contre les infections, la méthionine, la taurine et la tyrosine qui sont des acides aminés essentiels au développement

<sup>1352</sup> « Allaitement maternel. Les bénéfices pour la santé de l'enfant et de sa mère. » Programme National Nutrition Santé, Ministère des solidarités de la Santé et de la Famille

<http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/allaitement.pdf> Le document consultable sur ce site présente une analyse scientifique détaillée de tous les effets bénéfiques attribués au lait maternel

<sup>1353</sup> Considéré comme le plus ancien et complet texte juridique de la Mésopotamie antique, le Code de Hammurabi est constitué pour sa majeure partie de décisions de justice. C'est ainsi qu'on peut lire au § 194 du Code : « Si un homme a donné son enfant à une nourrice et si cet enfant est mort entre les mains de cette nourrice, si la nourrice nourrit un autre enfant, sans (la permission de) ses père et mère, on la fera comparaître, et pour avoir nourri un autre enfant, sans (la permission de) ses père et mère, on lui coupera les seins ». V. SCHEIL « La loi de Hammourabi » vers 2000 av J-C deuxième édition Ernest Leroux Éditeur Paris. Traduction et numérisation par Marc Szwajcer

<sup>1354</sup> Voir Ancient History Encyclopedia [https://www.ancient.eu/Romulus\\_and\\_Remus/](https://www.ancient.eu/Romulus_and_Remus/); Dans la mythologie romaine, la déesse Rumia « présidait à l'allaitement des enfants » « Dictionnaire Gaffio français latin » page 1373 <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?p=1373>

*bébés sont envoyés en nourrice et ce pour deux ou trois ans »*<sup>1355</sup>. Un choix sociétal semble-t-il associé à la crainte que les nourrissons risquant de ne pas survivre, ne devaient pas être la cause d'un attachement inutile. Lorsqu'elle « *ne peut assumer l'enfant qui lui est confié en même temps que le sien, une nourrice choisira pour son propre enfant une nourrice plus pauvre, quitte à l'envoyer plus loin »*<sup>1356</sup>.

C'est ainsi que s'installèrent les prémices d'un véritable « commerce étagé » du lait. Une femme gagnant de quoi améliorer sa vie en vendant son lait pouvait à son tour payer une autre femme pour s'occuper de son propre petit.

**539.** C'est dans les années 1970 que les connaissances scientifiques apportées par la recherche sur l'allaitement jetteront les bases d'une reconnaissance internationale de « *l'importance du lait maternel pour la santé des enfants et plus largement des populations »*<sup>1357</sup>.

Au cours du temps, les vertus sanitaires du lait maternel ont été de mieux en mieux connues du grand public qui a bien compris l'importance de cette source nutritionnelle unique pour les prématurés. Les dons de lait étaient collectés dans divers établissements qui en assuraient la distribution après avoir effectué des contrôles d'hygiène sanitaire<sup>1358</sup>.

En 1991, l'UNICEF<sup>1359</sup> et l'OMS ont lancé un projet commun<sup>1360</sup> ayant pour objectif « *de faire en sorte que toutes les maternités, qu'elles soient indépendantes ou situées dans un hôpital, deviennent des centres de soutien à l'allaitement maternel »*.

---

<sup>1355</sup> M. THIRION « Histoire de l'allaitement » 2010 In La Naissance, cultures et pratiques d'aujourd'hui. p232-242 Dir. Scientifique R. FRYDMAN, et M. SZEJER, Albin Michel, Paris

<sup>1356</sup> *Ibid*

<sup>1357</sup> *Ibid* « Dans le monde entier, après 1970, la recherche médicale sur l'allaitement progresse rapidement et les publications se multiplient. Les connaissances portent tout autant sur le lait et la physiologie de la lactation, les risques de la contamination virale des laits, le passage lacté des médicaments, les contre-indications infantiles et maternelles à l'allaitement que sur les avantages d'avoir été allaité, en termes de santé »

<sup>1358</sup> Dans les années 1970, les mamans qui avaient une production de lait abondante après avoir mis au monde le bébé qu'elles allaitaient pouvaient recevoir le matériel nécessaire à la collecte de leur lait par aspiration sous vide partiel. Le lait collecté dans les bouteilles stériles était alors envoyé à un établissement agréé pour analyse et utilisation dans les services de bébés prématurés. La donatrice bénévole percevait une petite compensation financière dont le montant représentait plus un encouragement symbolique qu'une rémunération. Nous avons suivi ce protocole pour nos trois premiers enfants nés en 1970, 72 et 74. Le lait maternel collecté était envoyé à l'École de Puériculture du Boulevard Brune à Paris pour être analysé avant son utilisation

<sup>1359</sup> United Nations International Children's Emergency Fund, ou Fonds des Nations Unies pour l'Enfance en Français, créé en 1946 pour aider les enfants européens suite à la Seconde Guerre Mondiale. [https://www.unicef.org/french/about/who/index\\_fa.html](https://www.unicef.org/french/about/who/index_fa.html)

<sup>1360</sup> L'initiative Hôpitaux amis des bébés. [https://www.unicef.org/french/nutrition/index\\_24806.html](https://www.unicef.org/french/nutrition/index_24806.html)



Alors que l'allaitement maternel se révèle être « *une nécessité vitale pour des pays en voie de développement ou le recours à des substituts à base de lait de vache cause chaque année le décès d'un million et demi d'enfants, la France est l'un des pays occidentaux où l'allaitement maternel est au plus bas niveau* <sup>1361</sup> ».

Malgré les données médicales qui démontrent les bienfaits de l'allaitement, c'est une pratique qui ne semble pas avoir été au centre des préoccupations juridiques et sociétales de notre pays.

### *B. Le don du lait en France. Cadre légal*

**540.** L'examen des différents cadres normatifs concernant le don du lait est une fenêtre grande ouverte sur les restrictions excessives résultant des interdictions absolues imposées sous des prétextes de sécurité sanitaire et d'autre part sur les dérives générées par la liberté non contrôlée de disposer des produits de son corps réclamée par les tenants d'un système ultra libéral du type de celui qu'on peut rencontrer aux USA.

**541.** En France, le lait maternel, bénéficie d'une réglementation spécifique au sein du Code de la santé publique dont les principes sont définis aux articles L.2323-1 à L.2323-3<sup>1362</sup> et aux articles D2323-1 à D2323-15 de la partie réglementaire<sup>1363</sup> qui définissent « *les missions et autorisations des lactarium* », ainsi que les « *Conditions techniques d'organisation et de leur fonctionnement, les conditions relatives à la collecte, à la préparation, à la qualification, au traitement, à la conservation et au transport du lait maternel* ». L'article D2323-1 dispose en particulier que « *Le don de lait ne peut donner lieu à aucune rémunération, directe ou indirecte* ». Le lait recueilli et traité par les lactariums peut être cédé « *dans les conditions fixées par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale* » (article 2323-10).

---

<sup>1361</sup> M. HERZOG-EVANS « Aspects juridiques de l'allaitement maternel en France » RDSS (2001) pp223-239. Dans cet article, l'auteur blâme les industriels et la presse féminine qui seraient à la source de l'occultation du problème de santé publique que constitue le non-allaitement. « *Cependant dans notre pays où des industriels ont réussi à convaincre les parents que le lait de vache modifié était de qualité quasiment identique au lait maternel sous réserve de quelques distinctions sans incidence, il est par ailleurs habituel, dans la presse féminine de ne pas énoncer quelques vérités largement connues dans le monde scientifique, ou qui devraient l'être, au prétexte qu'il ne faudrait « pas culpabiliser » les mères qui n'ont pas voulu, ou pas pu - généralement faute de soutien compétent lors de leur séjour en maternité – allaiter* »

<sup>1362</sup> Chapitre III « Lactarium » de la deuxième partie relative aux « Santé sexuelle et reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant, de l'adolescent et du jeune adulte »

<sup>1363</sup> Partie réglementaire. Deuxième partie : Santé de la famille, de la mère et de l'enfant, Livre III : Établissements, services et organismes, Titre II : Autres établissements et services, Chapitre III : Lactariums

Les problèmes soulevés à l'occasion de l'affaire du sang contaminé ont conduit à une évaluation critique des conditions dans lesquelles le lait maternel fourni par les mères bénévoles désireuses d'effectuer un geste généreux de solidarité pouvait être utilisé dans le cadre du développement de nouveau-nés prématurés et autres bébés ayant des besoins spécifiques en lait maternel.

**542.** C'est en 1983 qu'un arrêté <sup>1364</sup> fixe les conditions d'installation et de fonctionnement des lactariums, établissements publics ou privés, qui ont pour objet « *la collecte du lait de femme, le contrôle de son authenticité et de sa qualité, son traitement, son stockage et sa distribution sur prescription médicale* ». Les recueils de dons directs de lait, pratiqués par certains établissements en dépit de cet arrêté, ont été interdits par la circulaire DGS/2A/2B N° 223 du 20 mars 1987<sup>1365</sup> pour éviter les infections bactériennes et les risques éventuels de transmission de virus par le lait maternel. Si le don de lait d'une mère à son propre enfant n'est pas réglementé », celui d'une mère à son enfant hospitalisé est réglementé par les circulaires DGS/SP 2 du 13 novembre 1996 et du 16 décembre 1997<sup>1366</sup> .

Les conditions techniques de fonctionnement des lactariums précisées par l'arrêté du 10 février 1995<sup>1367</sup>, rendent obligatoires, chez la donneuse, les tests de dépistage de maladies virales transmissibles<sup>1368</sup>, indépendamment des dépistages qui ont pu être effectués pendant la grossesse. Pratiqués lors du premier don, ces tests sont renouvelés tous les trois mois pendant la

---

<sup>1364</sup> Arrêté du 18 août 1983 pris par le secrétaire d'État auprès du ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale, chargé de la santé, publié au JO du 2 septembre 1983, page 58061

[https://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?id=JORFTEXT000000297594](https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000297594)

<sup>1365</sup> A la suite de contrôles ayant révélé que le lait recueilli d'une mère pour alimenter directement et sans traitement préalable était très souvent bactériologiquement contaminé il a été demandé de n'utiliser que du lait préalablement traité selon les instructions de l'arrêté du 18 août 1983

<sup>1366</sup> Circulaire DGS/SP 2 n° 96-698 du 13 novembre 1996 relative au don de lait personnalisé d'une mère à son enfant hospitalisé - APHP DAJ. <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dgssp-2-n-96-698-du-13-novembre-1996-relative-au-don-de-lait-personnalise-dune-mere-a-son-enfant-hospitalise/>; Circulaire DGS/SP 2 n° 97-785 du 16 décembre 1997 relative au don de lait personnalisé d'une mère à son enfant hospitalisé et rappel des dispositions en vigueur en matière d'allaitement maternel - APHP DAJ

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dgssp-2-n-97-785-du-16-decembre-1997-relative-au-don-de-lait-personnalise-dune-mere-a-son-enfant-hospitalise-et-rappel-des-dispositions-en-vigueur-en-matiere-dallaitement-materne/>

<sup>1367</sup> Arrêté du 10 février 1995 relatif aux conditions techniques de fonctionnement des lactariums. JORF du 30 mars 1995, page 5049. Version consolidée au 14 mars 2018. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000370761>

<sup>1368</sup> Les tests de dépistages concernent la recherche des virus de l'immunodéficience humaine, (VIH) responsables du SIDA et des virus HTLV (Human T-lymphotropic virus) responsables de l'ATLL (Adult T-cell leukemia/lymphoma) cancer de type leucémie ou une myélopathie avec espérance de survie de 1 an environ ; la recherche d'anticorps dirigés contre les virus de l'hépatite B et de l'hépatite C

durée du don de lait. Les règles de bonnes pratiques annexées à cet arrêté ont été révisées par décision du 3 décembre 2007<sup>1369</sup>.

**543.** Au niveau européen, aucun texte n'encadre précisément les conditions de collecte et distribution du lait maternel. Seules les conditions de commercialisation de préparations pour nourrissons ont fait l'objet de la directive 91/321/CEE<sup>1370</sup>, abrogée à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008 et remplacée par la directive 2006/141/CE concernant les préparations pour nourrissons<sup>1371</sup>.

Au cours du temps, les besoins et les mentalités ayant évolué, le don du lait maternel a été confronté aux mêmes questionnements et prises de positions antagonistes que celles concernant les modalités du don de sang que nous avons évoquées plus haut.

### *C. De « l'or rouge » à « l'or blanc »*

**544.** Plusieurs campagnes d'incitation à l'allaitement des nouveaux nés ont été diffusées au niveau international, aussi bien dans les pays à faible revenu moyen que dans les pays les plus développés. Leur impact n'est pas homogène. L'importance de l'allaitement maternel dans les pays développés qui n'est malheureusement pas toujours apprécié à sa juste valeur est contrebalancée par des aspects sociétaux complexes, tenant à la fois aux pressions des lobbies

---

<sup>1369</sup> Décision du 3 décembre 2007 définissant les règles de bonnes pratiques prévues à l'alinéa 3 de l'article L. 2323-1 Code de la santé publique. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000017790548> Les règles de bonnes pratiques, très détaillées dans les deux versions, reprennent en détail les recommandations visant les qualifications requises par le personnel et pour les locaux dans lesquels le lait est conservé et traité. Les informations concernant les donneuses sont contrôlées et confirmées lors de chaque collecte de lait, afin de garantir la traçabilité du don. Un entretien médical vise à détecter les facteurs de risques directs et indirects. Les conditions de collecte, d'analyse de conservation et de distribution des prélèvements sont soigneusement définies. A titre de comparaison, rappelons que « *Le sang, ses composants et leurs dérivés ne peuvent pas être distribués, délivrés, utilisés sans qu'aient été faits des examens biologiques et des tests de dépistage de maladies transmissibles* » (article L1221-4 du Code de la santé publique) et que « *L'hémovigilance comprend également le suivi épidémiologique des donneurs* » (article L1221-13 du même Code). Des « *analyses biologiques et tests de dépistage suivants sont effectués à l'occasion de chaque don de sang ou de composant du sang destiné à la préparation de produits sanguins labiles à usage thérapeutique direct* » (Article D1221-6 du même Code). Ces tests incluent les recherches de virus et d'antigène viraux (VIH, HBs et VHC), un dépistage de la syphilis et des tests de détermination de groupes sanguins (Article D1221-6 du même Code)

<sup>1370</sup> Directive de la Commission du 14 mai 1991 concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0321&from=FR>. Cette directive « *souhaitait clairement que l'alimentation au lait artificiel ne fasse pas une concurrence déloyale à l'allaitement maternel* » M. HERZOG-EVANS ( V. *supra* n° 539)

<sup>1371</sup> Directive 2006/141/CE de la Commission du 22 décembre 2006 concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite et modifiant la directive 1999/21/CE <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32006L0141>

industriels et aux « modèles standards » assés à la population féminine dans la presse spécialisée.

De très nombreuses études, qui dépassent largement le cadre de ce manuscrit, ont établi depuis des décennies les bienfaits du lait maternel non seulement en ce qui concerne la croissance des nouveaux nés, leur résistance aux agents infectieux et l'impact crucial qu'il peut avoir sur leur métabolisme, mais également sur leur développement cognitif à des stades plus tardifs et sur leur santé générale aux stades adultes<sup>1372</sup>.

**545.** Aux États-Unis, l'incitation à poursuivre l'allaitement maternel pendant six mois est un thème relayé de manière récurrente par la presse féminine<sup>1373</sup>. Ces campagnes qui sont encore l'objet de controverses mettent en exergue d'une part les bienfaits dont bénéficient le nourrisson et la mère sur le plan de la santé<sup>1374</sup> et d'autre part les avantages financiers et sociaux qui peuvent en résulter. Par exemple, l'accent est mis sur le fait que l'allaitement maternel permet de se libérer d'une dépense annuelle d'environ 1600 à 5900 dollars représentant le coût du lait « infantile » industriel et de participer à une économie nationale de dépenses médicales conséquentes puisqu'il a été évalué que la bonne santé des enfants nourris au sein pourrait faire économiser jusqu'à 13 milliards de dollars de dépenses de santé par an !<sup>1375</sup>

Comment ne pas être séduit par ce type de campagne ?

Cependant si de plus en plus de compagnies privées ou publiques mettent à disposition des femmes qui allaitent des salles isolées sur leur lieu de travail et leur octroient le temps nécessaire à l'allaitement<sup>1376</sup>, tous les pays n'accordent pas des congés de maternité assez longs pour

---

<sup>1372</sup> Voir pour une revue récente du sujet C. G. VICTORA, et al. Lancet Breastfeeding Series Group « Breastfeeding in the 21st century: epidemiology, mechanisms, and lifelong effect. » The Lancet (2016) 387:475-90. Selon cette étude, la généralisation, au niveau mondial, de l'allaitement maternel pourrait permettre d'éviter la mort d'environ 820 000 enfants de moins de 5 ans et de 20 000 morts dus au cancer du sein

<sup>1373</sup> Voir par exemple C. A. LUCIA « 20 Breastfeeding Benefits for Mom and Baby » 2018 Meredith Women's Network. <https://www.fitpregnancy.com/baby/breastfeeding/20-breastfeeding-benefits-mom-baby>

<sup>1374</sup> De très nombreuses études, qui dépassent largement le cadre de ce manuscrit, ont établi depuis des décennies les bienfaits du lait maternel non seulement en ce qui concerne la croissance des nouveaux nés, leur résistance aux agents infectieux et leur métabolisme, mais également sur leur développement cognitif à des stades plus tardifs

<sup>1375</sup> Argumentation qui est loin de satisfaire les industries productrices de lait « infantile » et autres produits alimentaires pour jeunes enfants

<sup>1376</sup> Les articles L 1225-30 à L 1225-33 du Code du Travail Français encadrent les facilités qui doivent être accordées par leur employeur, aux salariées désireuses d'allaiter sur leur lieu de travail. L'article L1225-32 dispose en particulier que « *La salariée peut allaiter son enfant dans l'établissement* » et l'article L1225-31 dispose que « *Pendant une année à compter du jour de la naissance, la salariée allaitant son enfant dispose à cet effet d'une heure par jour durant les heures de travail* ». Aux États-Unis, l'université du Michigan, par exemple, met à la

permettre un allaitement soutenu et répondre aux incitations articulées sur les bienfaits du lait maternel<sup>1377</sup>. Les États-Unis occupent d'ailleurs jusqu'à présent une place très particulière à cet égard puisque c'est avec la Papouasie-Nouvelle-Guinée un des deux seuls pays au monde à ne pas accorder au niveau fédéral de congés de maternité rémunérés<sup>1378</sup>. Dans le cadre du Family and Medical Leave Act<sup>1379</sup> une autorisation d'absence non payée de 12 semaines par an, avec maintien de l'emploi est accordée à l'employée pour la naissance d'un enfant et pour en prendre soin pendant un an après la naissance<sup>1380</sup>. L'octroi de conditions particulières plus intéressantes sont laissées à la discrétion des employeurs.

**546.** Malheureusement, la promotion de la poursuite pendant plusieurs mois d'un allaitement maternel bénéfique à l'enfant est quasiment inexistante en France, y compris au sein des maternités. Plusieurs sondages indiquent que l'allaitement au sein est ressenti comme une contrainte qui interfère avec la vie libre que semble souhaiter la femme Française d'aujourd'hui. L'association des Lactarium de France (ADLF)<sup>1381</sup> lance régulièrement des appels pour solliciter le don de lait maternel vital pour les grands prématurés et pour les bébés qui souffrent d'allergies ne leur permettant pas d'ingérer de lait de substitution<sup>1382</sup>. Malgré cela, les dons de lait qui ne concernent directement que les mamans qui allaitent touchent beaucoup moins la

---

disposition des femmes désireuses d'allaiter des pièces spécifiques dont l'accès n'est pas réservé au personnel enseignant (S. Gabaron communication personnelle). Une telle disposition est difficilement applicable aux femmes ayant des professions libérales ou travaillant pour leur propre compte

<sup>1377</sup> L'article L1225-17 du Code du Travail Français dispose « *la salariée a le droit de bénéficier d'un congé de maternité pendant une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci* »

<sup>1378</sup> A. TRAVERE « Les États-Unis, un des deux seuls pays au monde à ne pas rémunérer le congé maternité » (2017) Le Monde Edition du 7 juillet [http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/07/11/les-etats-unis-un-des-deux-seuls-pays-au-monde-a-ne-pas-remunerer-le-conge-maternite\\_5159140\\_4355770.html](http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/07/11/les-etats-unis-un-des-deux-seuls-pays-au-monde-a-ne-pas-remunerer-le-conge-maternite_5159140_4355770.html)

<sup>1379</sup> FAMILY AND MEDICAL LEAVE ACT de 1993 United States department of labor-Wage and Hour Division (WHD) <https://www.dol.gov/whd/fmla/>

<sup>1380</sup> « *The FMLA entitles eligible employees of covered employers to take unpaid, job-protected leave for specified family and medical reasons with continuation of group health insurance coverage under the same terms and conditions as if the employee had not taken leave. Eligible employees are entitled to: Twelve workweeks of leave in a 12-month period for the birth of a child and to care for the newborn child within one year of birth* »

<sup>1381</sup> <http://association-des-lactariums-de-france.fr/reportages-sur-le-don-de-lait-maternel>

<sup>1382</sup> Les substituts du lait maternel sont définis par l'OMS comme « *tout aliment commercialisé ou présenté de toute autre manière comme produit de remplacement partiel ou total du lait maternel, qu'il convienne ou non à cet usage* » et les étiquettes des préparations pour nourrissons « devraient être conçues de manière à fournir les renseignements nécessaires pour une utilisation appropriée du produit, et à ne pas décourager l'allaitement au sein (article 9.1). L'étiquetage ne doit pas mentionner les termes « humanisé » ou « maternisé » (article 9.2) Code International de commercialisation des substituts du lait maternel : [http://www.who.int/nutrition/publications/codex\\_french.pdf](http://www.who.int/nutrition/publications/codex_french.pdf)

population globale que les dons du sang. Il faut ajouter que si les campagnes de collecte de sang se font à grand renfort de publicité, il n'en est pas de même pour l'information touchant aux dons du lait, l'allaitement apparaissant de toute manière plus contraignant que le don du sang<sup>1383</sup>.

**547.** En réponse à la demande croissante en lait maternel, deux types de développements qui n'auraient pas été permis dans notre pays par les législations françaises, se sont installés au cours des vingt dernières années, en Amérique du Nord et au Canada.

D'une part, des groupes associatifs permettant une distribution rémunérée ou non, de lait maternel se sont constitués au travers de réseaux sociaux et coexistent à côté des banques de lait « traditionnelles ». D'autre part s'est constitué un marché, aujourd'hui en pleine expansion<sup>1384</sup> où l'« or blanc »<sup>1385</sup> qu'est le lait maternel ne sert plus seulement à venir en aide aux grands prématurés ou aux bébés intolérants aux laits infantiles, mais touche d'ores et déjà les secteurs de la cosmétologie pour ses vertus nourrissantes et antiseptiques<sup>1386</sup>, certains domaines sportifs et culturistes comme produit améliorant les performances<sup>1387</sup> et l'innovation culinaire insolite

---

<sup>1383</sup> Pour une analyse beaucoup plus sévère des raisons pour lesquelles le don du lait n'a pas été promu comme il le devrait en France, voir l'article de M. HERZOG-EVANS (V. *supra* n° 539)

<sup>1384</sup> C. BUIA « The booming market for Breast Milk » (2015) Newsweek Edition du 23 mai <http://www.newsweek.com/2015/06/05/booming-market-breast-milk-335151.html>; N. C. ROLLINS et al. Lancet Breastfeeding Series Group. « Why invest, and what it will take to improve breastfeeding practices? » *The Lancet* (2016) 387 : 491-504

<sup>1385</sup> Au même titre que le sang est devenu « or rouge » avec le développement des industries du plasma décrites précédemment, le lait maternel, par les enjeux économiques considérables qu'il suscite est devenu non seulement un produit de consommation, digne du qualificatif d'« or blanc », ou « or liquide » mais également aux yeux de certains, un véritable « produit de luxe ». Voir sur ce sujet A. VALLIERES (2017) « Le lait maternel devenu un produit de luxe » Agence Science Presse du Blog DIRE <http://www.sciencepresse.qc.ca/blogue/dire/2017/10/19/lait-maternel-devenu-produit-luxe>

<sup>1386</sup> Voir par exemple la promotion, très discutable à notre sens, publiée dans la presse en ce qui concerne l'utilisation suggérée du lait pour des soins cosmétiques. « Se soigner avec le lait maternel » *Revue Parents* (2011) <http://www.parents.fr/bebe/sante/se-soigner-avec-le-lait-maternel-79149>

<sup>1387</sup> A. MOREAU « Le commerce du lait maternel en croissance » 2015 *Planète F Magazine* Edition du 4 juin. De nombreuses études en cours visent à identifier, non seulement à des fins thérapeutiques, mais également commerciales les produits actifs spécifiques au lait maternel. Par exemple une compagnie comme Glycom (<https://www.glycom.com/>) travaille sur la mise au point de produits commerciaux contenant des sucres complexes (oligosaccharides) qui sont présents en abondance dans le lait maternel et qui sont apparemment essentiel au développement d'une flore intestinale, d'un microbiome, indispensable à la bonne santé des individus. Voir à ce sujet A. POLLACK « Breast Milk Becomes a Commodity, With Mothers Caught Up in Debate » (2015) *New York Times* Edition du 20 mars <https://www.nytimes.com/2015/03/21/business/breast-milk-products-commercialization.html>

avec la mise sur le marché à Londres, de glaces au lait maternel !<sup>1388</sup> suivie par d'autres préparations pâtisseries proposées sur différents blogs d'internet ...

### 1. Les banques de lait maternel.

**548.** Au cours des siècles derniers, l'intérêt pour le don du lait maternel a beaucoup fluctué. Dans les moments de pénurie, des mères ayant beaucoup de lait furent même incitées à pratiquer l'allaitement direct des bébés prématurés ou malades, autres que les leurs. C'est avec le développement et les progrès des méthodes de réfrigération assurant une qualité sanitaire satisfaisante que la collecte et la conservation du lait se sont développées au sein de « banques de lait »<sup>1389</sup>.

Créée en 1985, la « Human Milk Banking Association of North America » (HMBANA<sup>1390</sup>) est une association à but non lucratif, constituée par un réseau de 27 banques de laits accréditées<sup>1391</sup> (24 aux USA, 3 au Canada). L'association ne rétribue pas les donneuses. Son fonctionnement est comparable à celui des lactariums en France. Ses objectifs sont à la fois de promouvoir la fourniture en lait maternel des services de néonatalogie hospitaliers et de participer à l'éducation

---

<sup>1388</sup> Mise sur le marché en 2011, par un glacier de Covent Garden, la glace au lait maternel, d'abord saisie par les autorités sanitaires fut autorisée à la vente après que les analyses aient montré qu'elle n'était pas dangereuse pour la santé. « Pour fabriquer sa glace au lait maternel, le glacier a lancé un appel à des « donneuses ». Au total, dans un premier temps, 14 femmes ont accepté de vendre leur lait, certaines « parce que tous les moyens sont bons pour faire face à la crise » et d'autres qui « espèrent que les futures mamans auront envie d'allaiter leur bébé lorsqu'elles réaliseront combien c'est bon ». L'idée ne semble pas avoir choqué outre mesure puisqu'à l'issue d'un reportage sur la glace au lait maternel sur la BBC, « plus de 200 femmes ont appelé le glacier pour lui proposer leur lait ! » C. CORDONNIER (2011) Top Santé Edition du 3 mars. <https://www.topsante.com/nutrition-et-recettes/les-bons-aliments/produits-laitiers/la-glace-au-lait-maternel-oserez-vous-y-gouter-22971>; Voir aussi sur le même sujet Y BERNARD-GUILBAUD « Une glace au lait maternel » (2011) Le Figaro Madame Edition du 25 février <http://madame.lefigaro.fr/societe/glace-lait-maternel-250211-137266>; L'EXPRESS.fr avec AFP « Une glace au lait maternel fait fureur à Londres » (2011) L'express Styles Edition du 28 février

[https://www.lexpress.fr/styles/minute-saveurs/une-glace-au-lait-maternel-fait-fureur-a-londres\\_967021.html](https://www.lexpress.fr/styles/minute-saveurs/une-glace-au-lait-maternel-fait-fureur-a-londres_967021.html);

L. DANCOING « La scandaleuse glace au lait maternel » (2011) Paris Match Edition du 3 mars <http://www.parismatch.com/Actu/International/La-scandaleuse-glace-au-lait-maternel-148348>

<sup>1389</sup> « La première banque de lait humain a ouvert ses portes à Vienne, en Autriche, en 1909. En Amérique du Nord, les banques de lait ont vu le jour en 1919 à Boston, aux États-Unis. Elles ont continué d'exister jusque dans les années 1980, lorsque de nombreuses banques ont dû fermer par crainte de la transmission du VIH » A ce sujet voir « The History of Milk Banking » <https://www.hmbana.org/about-hmbana/>; F. JONES. « History of North American donor milk banking: One hundred years of progress. » 2003 J Hum Lact 19 : 313-318; J. H. KIM, S. UNGER « Les banques de lait humain » *Paediatr Child Health* (2010) 15 : 559-602

<sup>1390</sup> <https://www.hmbana.org/>

<sup>1391</sup> Suzanne Walling, Headquarters Administrator. Communication personnelle (mars 2018). Trois autres banques (2 aux USA et 1 au Canada) sont en cours d'accréditation à l'heure où ces lignes sont écrites

des donneuses potentielles. Les standards publiés initialement en 1990 par l’HMBANA, sont constamment mis à jour. Ils ont servi de modèle à la fondation de banques de lait dans le monde entier. Les problèmes sanitaires des années 1980 ont affecté durement le nombre de banques de lait affiliées à cette association. La situation clarifiée en 1990 a permis un redémarrage des activités dans des conditions de sécurité optimales. Aujourd’hui le nombre de donneuses est en plein essor<sup>1392</sup>. Le lait collecté et traité par l’HMBANA est distribué en priorité aux prématurés et bébés malades hospitalisés dans les services de néonatalogie, puis aux nourrissons qui ont des besoins médicaux pour du lait maternel et enfin aux bébés en bonne santé. Le lait est vendu entre 3 et 5 dollars les 30ml, ce qui correspond aux prix de revient de la préparation et du conditionnement.

## *2. Le marché du lait maternel*

**549.** Parmi les firmes spécialisées dans la vente et la distribution de lait maternel qui ont vu le jour, nous retiendrons les exemples de Prolacta Bioscience<sup>1393</sup> et Medolac<sup>1394</sup> qui ont toutes deux participé de manière innovante à un meilleur traitement des prématurés aux USA. Le don du lait dans ces deux firmes est soumis à des contrôles très stricts visant à éliminer tout risque de contamination bactérienne, virale ou biochimique.

---

<sup>1392</sup> Voir « The History of Milk Banking » <https://www.hmbana.org/about-hmbana> et pour les mises à jour des banques locales accréditées par l’HMBANA, voir [www.hmbana.org/locations](http://www.hmbana.org/locations)

<sup>1393</sup> Constituée en 1999, la compagnie privée qui a négocié un prêt mezzanine de 35 millions de dollars en 2016 et communique peu sur ses revenus a commencé à payer les donneuses 1 dollar pour chaque once de lait collecté. Une once de liquide aux USA (Fluid Ounce, US FL oz) est égale à 29, 57 millilitres. Dans un souci de simplification nous considérerons ici qu’une Fl oz représente environ 30ml de liquide  
<https://www.bloomberg.com/research/stocks/private/snapshot.asp?privcapId=22726223>;

<sup>1394</sup> Accusée d’avoir utilisé des secrets professionnels développés au sein de l’entreprise Prolacta, qu’elle avait fondée, Elena Medo fut poursuivie par Prolacta Bioscience Inc. pour violation du Uniform Trade Secrets Acts (vol de secrets de fabrication) et d’un accord de confidentialité et de non divulgation signé par les deux parties. Le litige est toujours dans les mains de la justice à l’heure où ces lignes sont écrites. T. T. LIU « Trade Secrets At Issue in Litigation Between Breast Milk Companies » (2015) Law Office Tony Liu le 23 juin  
<https://www.orangecountybusinessattorneyblog.com/2015/06/23/trade-secrets-at-issue-in-litigation-between-breast-milk-companies/>;

« Medolac Laboratories Harassed by Frivolous Lawsuit from Prolacta Bioscience » (2015) le 7 mai. <https://www.businesswire.com/news/home/20150507005993/en/Medolac%C2%AE-Laboratories-Harassed-Frivolous-Lawsuit-Prolacta%C2%AE-Bioscience>



Dans les deux cas, un soin particulier est apporté à la sélection des donneuses, afin de s'assurer qu'elles ne donnent pas leur lait au détriment de leur propre bébé qu'elles nourriraient alors avec des laits infantiles commerciaux.

Par exemple, Proloacta demande à chaque donneuse de fournir un certificat d'un médecin et du pédiatre de l'enfant attestant qu'il est bien nourri au sein et qu'il est en bonne santé. Medolac ne paie les donneuses qu'après une période de 90 jours suivant le don afin de décourager et d'éliminer des listes les donneuses qui ne seraient intéressées que par un rapide profit financier<sup>1395</sup>.

Le produit phare de la société Californienne Proloacta Bioscience est un lait concentré préparé à partir du lait maternel fourni par les donatrices. Bien que la FDA considère uniquement que les laits pour bébés doivent respecter les réglementations appliquées aux nutriments, Proloacta a effectué des tests scientifiques sur ses produits, de manière à valider leurs propriétés. Le lait « fortifiant » de Proloacta peut ainsi être considéré comme un produit pharmaceutique aux propriétés nutritives exceptionnelles puisqu'il permet de diminuer le risque d'entérocolite nécrosante (NEC, necrotizing enterocolitis) fréquente chez les nourrissons nourris au lait de vache concentré<sup>1396</sup>. C'est donc un progrès médical significatif qui malgré son coût élevé<sup>1397</sup> donne des résultats bien meilleurs que les traitements classiques des NEC dont l'issue est souvent fatale<sup>1398</sup>.

---

<sup>1395</sup> C. BUIA « The booming market for Breast Milk » (2015) Newsweek Edition du 23 mai <http://www.newsweek.com/2015/06/05/booming-market-breast-milk-335151.html>

« For example, Proloacta requires each donor to obtain a note from a physician and the child's pediatrician, verifying that the donor's baby is healthy and being breast-fed. Medolac pays donors after a 90-day waiting period, which it says keeps those looking to make a fast buck off its donor list. »

<sup>1396</sup> L'entérocolite nécrosante du nourrisson est l'urgence médico chirurgicale digestive la plus commune chez le nouveau-né. Elle s'accompagne de perte de tissus de la muqueuse intestinale avec ulcération et nécrose de l'iléon et du colon. Le traitement de 60 jours dans les NICU coûte de 6000 à 18000 dollars. Ce montant, facturé aux compagnies d'assurance n'est pas très différent du coût des soins intensifs classiques nécessités par le traitement classique des NEC

<sup>1397</sup> Avec des ventes qui ont doublé entre 2010 et 2011 Proloacta Bioscience vend 185 dollars l'once de lait fortifié préparé à partir du lait maternel payé 1 dollar l'once aux donatrices. La compagnie vend aussi du lait maternel non enrichi à un prix de 10 dollars les 30ml alors que le même volume est vendu entre 4 et 6 dollars par les banques de lait. <http://bfnews.blogspot.fr/2011/12/bloomberg-human-milk-article-misses.html>

<sup>1398</sup> Pour une analyse des coûts liés aux traitements des complications post natales des prématurés voir le dossier très complet élaboré par Proloacta Bioscience [http://www.proloacta.com/Data/Sites/14/media/PDF/mkt-0466\\_complications\\_have\\_costs\\_brochure.pdf?hsCtaTracking=c6341393-1f88-44bb-aec9-56a469acf873%7C39ef34a7-244a-4fb1-8392-196734c02b4d](http://www.proloacta.com/Data/Sites/14/media/PDF/mkt-0466_complications_have_costs_brochure.pdf?hsCtaTracking=c6341393-1f88-44bb-aec9-56a469acf873%7C39ef34a7-244a-4fb1-8392-196734c02b4d)

**550.** La compagnie Medolac fut fondée par Elena Medo, après qu'elle ait quitté en 2009 la firme Prolacta dont elle était le CEO. Cinq années de recherche ont conduit E. Medo à la mise au point du « Co-Op Milk »<sup>1399</sup>, le premier lait maternel pouvant être conservé stérilement à température ambiante, dans des flacons fermés pour une durée pouvant aller jusqu'à trois ans. Cette avancée technologique qui facilitait considérablement la conservation et la distribution du lait maternel fut très bien accueillie par les nombreux hôpitaux américains qui l'ont adoptée. Medolac a pour objectif de faciliter l'approvisionnement des prématurés et nouveaux nés nécessitant du lait maternel dans les services hospitaliers de soins intensifs et d'en faire un moyen standard de traitement.

**551.** Pour certains, les méthodes d'achat, de vente et de distribution du lait maternel, gérées par les firmes commerciales qui ont pris une grande importance au cours de la dernière décennie, ont ébranlé par leur orientation lucrative, le concept du don généreux altruiste de lait maternel<sup>1400</sup>. Les volumes de lait maternel collectés en 2015 traduisent un glissement du comportement des donatrices potentielles sensibles aux « sirènes de la rétribution » vers les compagnies privées à but lucratif. C'est ainsi que Medolac et Prolacta avaient traité respectivement 1 million et 2,4 millions de litres de lait maternel alors que l'HMBANA en distribuait 3,8 millions de litres durant la même période<sup>1401</sup>.

Le marché du lait maternel n'est malheureusement pas exempt de comportements trompeurs ou frauduleux qui rejaillissent sur tout un secteur d'activité sensé améliorer le sort des grands prématurés. Nous citerons à cet égard les dérives qui ont résulté de la fusion de Prolacta Bioscience et de The International Breast Milk Project. Le projet visait à récolter environ 1 500 litres de lait<sup>1402</sup> via des dons effectués pour aider des orphelins d'Afrique du Sud. Seuls 25% des dons ont été réellement envoyés en Afrique selon les termes de l'entente initiale et les 75% restants, furent achetés 1 dollar l'once par Prolacta qui les a revendus à 35 dollars l'once aux hôpitaux américains<sup>1403</sup>.

---

<sup>1399</sup> « Co-Op Milk : The Remarkable Medolac Difference » <http://www.peakchange.co/blog/co-op-milk-the-remarkable-medolac-difference>

<sup>1400</sup> *Ibid* A. VALLIERES « le lait devenu produit de luxe » (V. *supra* n°547)

<sup>1401</sup> M. USHEROFF « Babies Milk Firm's Growth » Los Angeles Business Journal (2015) vol 37 N°21 Edition du 25 mai. <https://www.prolacta.com/Data/Sites/14/media/PDF/la-business-journal-may-2015.pdf>

<sup>1402</sup> Soit 50 000 onces de lait maternel

<sup>1403</sup> V. *supra* n° 547

Un arrière-goût amer de « déjà vu »<sup>1404</sup>, qui, à la lumière de l'exploitation à outrance du plasma humain orchestrée par quelques multinationales pharmaceutiques, ne peut que susciter des réserves quant aux dérives et excès qu'une « marchandisation » à tout va, non canalisée, du lait maternel et de ses composés actifs pourrait engendrer.

### *3. Donner ou vendre ? L'accès libre au lait maternel sur internet*

**552.** C'est dans un contexte social où la liberté de disposer des produits de son corps occupe une place historique et dans lequel la position socioéconomique de la femme est déterminante en ce qui concerne sa capacité et son intérêt à gérer les besoins de sa famille, que sont apparus, des sites internet proposant la fourniture gratuite et la vente directes de lait maternel<sup>1405</sup>.

L'engouement généralisé des internautes pour ce type de sites a été révélateur de différentes motivations incitant les familles à se tourner vers des sources autres que les banques de lait classiques.

En premier lieu, les familles confrontées au besoin de s'approvisionner en lait maternel pour assurer à leur nourrisson une alimentation « naturellement adaptée » pendant plusieurs mois n'en ont pas toujours la capacité, soit parce que les contraintes associées à l'allaitement sont difficiles à concilier avec la santé fragile ou le rythme de vie de la maman, soit parce que le bébé n'est pas un prématuré nécessitant d'être hospitalisé, soit parce que le coût de l'approvisionnement en lait maternel est incompatible avec le budget familial.

D'un autre côté, certaines mères constatant qu'elles ont une production de lait dépassant largement les besoins de leur propre enfant, ont envisagé d'aider les familles éprouvant des difficultés à s'approvisionner en lait, en leur faisant directement don de leur production excédentaire grâce à la mise en place de plateformes d'entraide désintéressée.

---

<sup>1404</sup> Comment ne pas comparer cette situation au scandale de la collecte du sang rapporté dans le reportage de ARTE où l'on apprenait que seulement 20% du sang collecté par la Croix Rouge Suisse auprès de bénévoles pour servir « la bonne cause » était destiné aux hôpitaux et que les 80% restants étaient revendus par la Croix Rouge Suisse à la compagnie privée Octapharma

<sup>1405</sup> On peut citer par exemple « Only the Breast » créé en 2009 (<http://www.internationalmilkbank.com/only-the-breast/>) « Eats on Feet » créé en 2010 (<http://www.eatsonfeets.org/>), et le réseau mondial de partage de lait maternel « Human Milk 4 Human Babies » également créé sur facebook en 2010 (<http://www.hm4hb.net>). En France ces activités ne sont autorisées que pour les lactariums, au titre des articles L2323-1 et L5311-1 qui se rapportent à la collecte, la préparation, la qualification, la distribution et la délivrance sur prescription médicale du lait maternel par les lactariums

Cette attitude participait souvent d'une volonté de ne pas voir l'industrie du lait maternel tirer profit du bénévolat de celles qui souhaitent aider leur semblable.

Enfin et au même titre que des individus démunis vont donner leur sang contre une modique rétribution dans des centres de collecte, certaines mères ont, pour des motivations financières, considéré que vendre leur lait pouvait améliorer leurs revenus tout en aidant certaines familles.

**553.** L'essor foudroyant des réseaux sociaux a facilité la mise en place de plateformes de fourniture gratuite ou de vente directe de lait maternel<sup>1406</sup> qui, en donnant l'apparence de communautés idéales d'entraide désintéressée, ont créé des circuits de distribution dont certains échappent totalement aux contrôles sanitaires les plus élémentaires.

Les dangers associés à l'utilisation de lait maternel acheté sur internet ont été soulevés dans de nombreuses publications, aussi bien en France par l'ADLF qu'aux USA dans des articles destinés au grand public ou des revues spécialisées<sup>1407</sup>.

Malgré la publication, par plusieurs plateformes de collecte et distribution, d'informations concernant la qualification et la sélection des donneuses potentielles<sup>1408</sup> ainsi que les « codes de

---

<sup>1406</sup> S. R. GERAGHTY, J. E. HEIER, K. M. RASMUSSEN "Got Milk ? Sharing Human Milk Via the Internet" *Public Health Reports* (2011) 126 :161-164;

S. WATTS « One Woman's Baby, Another Woman's Breast Milk » (2015) *The Atlantic* Edition du 28 avril. [https://www.theatlantic.com/health/archive/2015/04/one-womans-baby-another-womans-breast-milk/391098/?utm\\_source=SFFB](https://www.theatlantic.com/health/archive/2015/04/one-womans-baby-another-womans-breast-milk/391098/?utm_source=SFFB)

<sup>1407</sup> J.-C. PICAUD, P.-H. JARREAU « Facebook peut-il nuire gravement à la santé des nouveau-nés ? » (2011)

[http://association-des-lactariums-de-france.fr/wp-](http://association-des-lactariums-de-france.fr/wp-content/uploads/2016/07/communiqu%C3%A9_adlf_sfn_lait_maternel_facebook.pdf)

[content/uploads/2016/07/communiqu%C3%A9\\_adlf\\_sfn\\_lait\\_maternel\\_facebook.pdf](http://association-des-lactariums-de-france.fr/risques-lies-a-lechange-de-lait-maternel/) Association Des Lactariums de France « Risques liés à l'échange de lait maternel » (2016) communiqué du 18 juillet <http://association-des-lactariums-de-france.fr/risques-lies-a-lechange-de-lait-maternel/>; V. RIGOURD « Vidéo-Du lait maternel vendu sur internet : dangereux. Pour certains bébés, il est vital » (2015) Edition du 26 juin

<http://leplus.nouvelobs.com/contribution/1387712-video-lait-maternel-vendu-sur-internet-c-est-criminel-pour-certains-bebes-il-est-vital.html>;

T. SIMPSON « Breast Milk For Sale: 5 reasons This is Bad »

<http://www.yourdoctorsorders.com/2015/04/breast-milk-for-sale-five-reasons-why-this-is-a-bad-idea/>,

L. HURST « Hidden Dangers of the Online Breast Milk Market » (2015) *Newsweek* Edition du 25 mars

<http://www.newsweek.com/regulate-human-breast-milk-market-say-experts-316370>;

S. COSTA « The dangers of Sharing Breast Milk » (2015) *US News and World Report* Edition du 15 juin [https://health.usnews.com/health-](https://health.usnews.com/health-news/health-wellness/articles/2015/06/15/the-dangers-of-sharing-breast-milk)

[news/health-wellness/articles/2015/06/15/the-dangers-of-sharing-breast-milk](https://health.usnews.com/health-news/health-wellness/articles/2015/06/15/the-dangers-of-sharing-breast-milk);

A. E. L. PALMQUIST, K. DOEHLER « Human Milk sharing practices in the US *Matern Child Nutr* (2016) 12 : 278-290;

« Vente de lait maternel sur internet: illégal et risqué pour le bébé » (2013) *L'express* Edition du 7 août

[https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/vente-de-lait-maternel-sur-internet-illegal-et-risque-pour-le-](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/vente-de-lait-maternel-sur-internet-illegal-et-risque-pour-le-bebe_1271844.html)

[bebe\\_1271844.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/vente-de-lait-maternel-sur-internet-illegal-et-risque-pour-le-bebe_1271844.html);

<sup>1408</sup> Voir à titre d'exemple les recommandations mise en ligne par « Only the Breast » qui spécifient les meilleures pratiques à suivre pour la collecte, la manipulation et la conservation du lait humain « *Only The Breast reiterates our long-term guidance that all OTB sellers should follow best practices using aseptic technique for expressing, handling, and storing human milk* » (<http://www.onlythebreast.com/breast-milk->

bonne pratique » à respecter lors du tirage et de la manipulation du lait maternel, plusieurs exemples de fraudes et de contaminations résultant du non-respect de recommandations basiques ont été révélées par l'analyse d'échantillons achetés en ligne<sup>1409</sup>.

**554.** Ces considérations importantes doivent absolument être prises en compte très sérieusement par les autorités sanitaires et légales concernées, surtout à une époque où la consommation de produits en tout genre achetés sur internet est en croissance exponentielle et à un moment où, en France, la perception des dangers associés à l'utilisation de lait infantile d'origine industrielle a été très affectée par un scandale sanitaire de plus, avec la révélation par

---

tips/collecting-handling-and-storing-breast-milk/) ainsi que les règles de sécurité à appliquer vis à vis des donneurs affiliés au groupe « all buyers must follow safety guidelines for peer to peer donor screening » (<http://www.onlythebreast.com/buy-sell-donate-breast-milk/breast-milk-screening/>). Ces règles donnent toutes les précautions à prendre pour s'assurer que le lait reçu offre une garantie sanitaire optimale. Il est également spécifié dans les recommandations générales qu'il est formellement interdit d'ajouter du lait de bovin au lait maternel « it is expressly forbidden in our terms of use to add any form of contaminants such as bovine i.e., cow's milk. » Voir également les conditions très strictes auxquelles les donneuses potentielles doivent répondre et les critères d'exclusion très stricts formulés par l'International Milk Bank au titre desquels on peut relever l'utilisation de drogues ou d'alcool, les infections par HIV HTLV, virus d'hépatite, tuberculose, incarcération (ou partenaire) depuis plus de 72 heures consécutives au cours de l'année passée et séjour en Grande Bretagne entre 1990 et 1996 ou séjour de plus de 5 années entre 1980 et au moment du don de lait (<http://www.internationalmilkbank.com/become-a-donor/>)

<sup>1409</sup> Dans une série de travaux initiés en 2013, S. A. KEIM et al. ont effectué des analyses comparatives sur une cohorte de 102 échantillons de lait maternel achetés sur internet via le site « Only the Breast » et 20 échantillons de lait maternel non pasteurisé utilisés comme contrôles et fournis par l'OhioHealth Mother's Milk Bank de Columbus (Ohio - USA) membre accrédité de l'HMBANA (voir texte). Dans un premier article, (S. A. KEIM et al. « Buying human milk via the internet : just a click away » *Breastfeed Med* (2013) 8: 474-478, les auteurs rapportent les conditions dans lesquelles ils ont pu se procurer 2,131 onces de lait (63 litres) pour un coût de 8,306 dollars, une quantité qui selon les normes publiées par l'Académie Américaine de Pédiatrie, aurait permis de nourrir un bébé de 1 mois (poids moyen 4,6 kg) pendant 85 jours à 97 dollars par jours ou un enfant de 8kg (âgé de 6 mois) pendant 47 jours, à 176 dollars par jour. Les observations des auteurs en ce qui concerne l'état des paquets et la température des échantillons reçus sont très informatives et ne sont vraiment pas encourageantes. Les analyses bactériologiques, virologiques, toxicologiques et biochimiques effectuées sur ces échantillons ont établi que 1) la grande majorité d'entre eux (74%) étaient contaminés par des bactéries pathogènes susceptibles de mettre en danger la vie des nourrissons et en particulier des bébés prématurés, 21% des échantillons étaient positifs pour la présence de cytomégalovirus contre 5% pour les échantillons contrôles (S. A. KEIM et al. « Microbial Contamination of Human Milk Purchased Via the Internet » *Pediatrics* (2013) 132 :1227-1235), 2) 11 échantillons contenaient au moins 10% de lait de vache, qui ne pouvait avoir été ajouté que sciemment par les donneuses (S. A. KEIM et al., *Pediatrics* (2015) 135 :1157-1162), 3) si aucun des échantillons n'étaient positifs pour la présence de 13 classes de drogues communes (S. A. KEIM « Drugs of Abuse in Human Milk Purchased via the Internet » *Breastfeed Med* (2015) 10 : 416-418), 58% d'entre eux contenaient des quantités détectables de nicotine ou cotinine (alcaloïde trouvé dans le tabac, métabolite biomarqueur de la nicotine), dont 4% attestaient une consommation active, et 4) 97% des échantillons contenaient de la caféine (S. R. GERAGHTY et al. « Tobacco Metabolites and Caffeine in Human Milk Purchased via the Internet » *Breastfeed Med* (2015) 10 :419-424. Un mélange détonnant pour les prématurés, à n'en point douter !

la presse de la vente de laits et autres produits de nutrition infantile du Groupe Lactalis contaminés par la bactérie *Salmonella Agona*<sup>1410</sup> qui ont affectés plusieurs dizaines de bébés.

#### 4. Aspects légaux et évolution sociétale

**555.** Le développement florissant et incontrôlé de pages Facebook offrant aux mères du monde entier la possibilité de donner ou vendre du lait maternel au travers du réseau social Facebook, a totalement bouleversé la position de la femme vis à vis de l'allaitement, à la fois sur le plan socioéconomique et légal.

**556.** Les efforts déployés par les gouvernements ont essentiellement visé à mettre en place des régulations permettant de contrôler le marché international du lait « artificiel » et des produits laitiers dérivés en tant que denrées alimentaires commerciales. Les mesures prises en ce qui concerne les vérifications des qualités biologiques et sanitaires des produits laitiers destinés aux nourrissons n'abordent pas les problèmes spécifiques à la collecte, la conservation et la distribution du lait maternel frais.

Paradoxalement, dans un contexte, où l'on fait la promotion des avantages de l'allaitement et du lait maternel pour les bébés, la femme se trouve reléguée au statut de « productrice » d'une denrée précieuse qui fait les « choux gras » d'investisseurs initiés. Le lait maternel est considéré comme un investissement financier sûr pour le futur<sup>1411</sup>.

Peu importent le temps et l'investissement personnel consacrés par la femme à la collecte et à la manipulation du lait, peu importent les obligations et les contrôles imposés, à juste titre, pour

---

<sup>1410</sup> Voir le dossier publié par l'Association des Lactarium de France (ADLF) Alerte concernant le retrait de laits infantiles – décembre 2017 <http://association-des-lactariums-de-france.fr/alerte-concernant-le-retrait-de-laits-infantiles-2-decembre-2017/> et les liens contenus dans l'article ainsi que « Lait contaminé : le groupe Lactalis s'explique » 2018 Le Monde avec AFP Edition du 12 janvier

[http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/11/lait-contamine-bruno-le-maire-convoque-la-grande-distribution-et-lactalis-a-bercy\\_5240422\\_1656968.html](http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/11/lait-contamine-bruno-le-maire-convoque-la-grande-distribution-et-lactalis-a-bercy_5240422_1656968.html); L. GIRARD et C. PRUDHOMME « De Lactalis aux distributeurs, une gestion défailante sur toute la chaîne » 2018 Le Monde Économie Edition du 11 janvier [http://www.lemonde.fr/economie/article/2018/01/11/de-lactalis-aux-distributeurs-une-gestion-defaillante-sur-toute-la-chaine\\_5240471\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2018/01/11/de-lactalis-aux-distributeurs-une-gestion-defaillante-sur-toute-la-chaine_5240471_3234.html); L. GIRARD Salmonelle : Lactalis s'enfoncé dans la crise le monde 2017-12-22 [http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/12/22/salmonelle-lactalis-s-enfonce-dans-la-crise\\_5233387\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/12/22/salmonelle-lactalis-s-enfonce-dans-la-crise_5233387_3234.html); Voir le dossier complet publié par LSA Commerce et Consommation et en particulier C. HAREL « Affaire Lactalis : où en est-on ? » 2018, 16 janvier

<sup>1411</sup> K. HANSEN « Breastfeeding: a smart investment in people and in economics » *The Lancet* (2016) 387 : 416

assurer la qualité sanitaire du produit, seuls comptent les litres de lait que les industriels peuvent traiter et le bénéfice considérable qu'ils peuvent en retirer.

**557.** Le manque de régulation dans ce secteur ne peut qu'accroître une exploitation des mères dont les premières touchées appartiennent aux couches défavorisées des sociétés.

Comment ne pas se joindre à celles et ceux qui qualifient « d'hypocrite et fallacieuse » la position des gouvernements qui, d'une part font la promotion de l'allaitement et d'autre part autorisent les industriels à vendre du lait maternel sans renforcer pour autant les droits des femmes à allaiter et à partager ou vendre leur propre lait<sup>1412</sup>.

Aucun texte fédéral n'encadre la collecte et la vente directe du lait maternel aux USA<sup>1413</sup>. Seuls cinq États ont voté des lois concernant les conditions de fonctionnement des banques de lait maternel et d'obtention de licences d'exploitation <sup>1414</sup>.

**558.** Il n'est pas surprenant dans ces conditions, que des femmes activistes telles que Emma Kwasnica<sup>1415</sup> aient pu ressentir le besoin de favoriser des échanges directs entre des mères qui, pour diverses raisons, avaient besoin de lait maternel et des mères qui souhaitent les aider. C'est ainsi que la page HM4HB fut créée et connut un grand succès international<sup>1416</sup>.

---

<sup>1412</sup> S. JULIE « Without better regulation, the global market for breast milk will exploit mothers » (2017) The Conversation Edition du 9 juillet 2017 <http://theconversation.com/without-better-regulation-the-global-market-for-breast-milk-will-exploit-mothers-79846>

<sup>1413</sup> Selon K. Updegrave, directeur de la Mothers' Milk Bank de Austin (Texas), établissement accrédité par le HMBANA, la FDA devrait édicter des règles concernant le partage informel de lait maternel pour que, idéalement toute la distribution du lait des donatrices soit gérée par des banques accréditées afin de répondre aux besoins médicaux les plus importants. Cité par L. ZANOLI « Mothers are buying breast milk online — because they don't have better options. But what are the risks? » (2015) The Verge Edition du 28 avril <https://www.theverge.com/2015/4/28/8504443/mothers-buying-breast-milk-online-donors-risk>

<sup>1414</sup> Pour les clauses spécifiques votées par La Californie, le Texas, le Maryland et l'État de New York, voir la présentation très complète de P. RAMSEY « The Breast Milk Market and the Need for Clearer Rules » <http://www.oneillinstituteblog.org/breast-milk-market-need-clearer-rules/>. Une loi concernant une prise en charge des dons de lait par les compagnies d'assurances médicales, a été votée en 2018 par l'État du New Jersey (« Lampitt Bill to Require Health Insurance Coverage for Human Breast Milk Becomes Law » (2018) Insider NJ Édition du 15 janvier <https://www.insidernj.com/press-release/lampitt-bill-require-health-insurance-coverage-human-breast-milk-becomes-law/>). La plupart des autres États appliquent à la conservation du lait maternel des standards établis par les lois de protection de l'enfance. Voir J. NICHOLS "Congress Introduces New Child Care Legislation" 2016, 10 février (<https://usa.childcareaware.org/2016/02/congress-to-introduce-new-child-care-legislation/>)

<sup>1415</sup> Activiste canadienne fondatrice de la page Facebook Human Milk 4 Human Babies en réaction à l'annonce de la mise sur le marché d'un lait infantile par un Guru médical (<http://hm4hb.net/our-history/>)

**559.** Cependant, les sites d'échange de lait en ligne dont l'activité florissante repose sur une participation directe de mères « qui sont adulées ou stigmatisées par la presse »<sup>1417</sup> posent des problèmes, non seulement par leur incapacité à assurer les mêmes types de contrôles sanitaires et de régulation que ceux auxquels sont soumis les banques de lait mais également, et surtout à notre sens, par leur tendance à se développer de manière incontrôlée en tirant partie de la nature internationale des réseaux sociaux sur lesquels ils s'appuient <sup>1418</sup>.

La FDA s'est limitée à diffuser une liste des précautions à considérer lorsqu'un recours à du lait maternel provenant de donations est envisagé<sup>1419</sup> et une mise en garde concernant les risques de contamination et autres dangers sanitaires associés à l'achat de lait sur internet<sup>1420</sup>.

Dans le système américain où le don du lait peut être rémunéré, il est également surprenant que les sites d'échange favorisant des annonces de vente en ligne n'aient mis aucun type de recours légal au service des consommateurs, alors que l'encadrement du fonctionnement des banques de lait accréditées est assez strict.

---

<sup>1416</sup> Le site relie aujourd'hui (mars 2018) 111 communautés situées dans des pays et régions du monde entier : Afrique (1), Caraïbes et Amérique Centrale (3) USA (51), Canada (16), Mexique (1), Amérique du Sud (2), Asie (8) Moyen orient (5), Australie (8), Nouvelle Zélande (1), Europe (15) dont une en France.

<sup>1417</sup> S. K. CARTER, B. REYES-FOSTER, T. L. ROGERS « Liquid gold or Russian roulette? Risk and human milk sharing in the US news media » *Health, Risk & Society* (2015) 1 : 30-45

<sup>1418</sup> Au 30 mars 2018, le site « Only the Breast » affichait 6710 offres de vente, 538 requêtes, et 59 donations.

<sup>1419</sup> « Use of Donor Human Milk » Note Publiée par la FDA en 2010 (mise à jour du 22 mars 2018) concernant l'utilisation du Lait humain provenant de donation, dans laquelle elle recommande une analyse de la situation avec un médecin (« Consult a healthcare provider first ») et une évaluation des risques sanitaires possiblement encourus (« Consider the possible safety risks »), avant de prendre la décision de nourrir le bébé avec du lait maternel autre que celui de la mère. La FDA recommande également de vérifier que le lait utilisé provient d'une source qui procède au contrôle des donneuses et qui prend toutes les précautions pour s'assurer que le lait soit sans danger pour les enfants (« *FDA recommends that if, after consultation with a healthcare provider, you decide to feed a baby with human milk from a source other than the baby's mother, you should only use milk from a source that has screened its milk donors and taken other precautions to ensure the safety of its milk* ») <https://www.fda.gov/ScienceResearch/SpecialTopics/PediatricTherapeuticsResearch/ucm235203.htm>

<sup>1420</sup> « *FDA recommends against feeding your baby with breast milk acquired directly from individuals or through the Internet. When human milk is obtained directly from individuals or through the Internet, the donor is unlikely to have been adequately screened for infectious disease or contamination risk. In addition, it is not likely that the human milk has been collected, processed, tested or stored in a way that reduces possible safety risks to the baby.* » La FDA recommande de ne pas nourrir votre bébé avec du lait maternel obtenu directement auprès d'autres individus ou vendu en ligne par des internautes. Quand le lait humain est obtenu directement d'un autre individu ou acheté sur internet, il est peu probable qu'il provienne d'un donneur qui ait subi les contrôles sanitaires visant à rechercher les maladies infectieuses et à identifier d'autres risques de contamination. De plus, il est peu probable que le lait humain ait été collecté, traité, testé et stocké de manière à réduire les risques potentiels pour la santé du bébé



Le consommateur qui a choisi ce mode d'approvisionnement en lait maternel est un « laissé-pour-compte » de la FDA.

**560.** Sur un plan légal, la situation est rendue complexe par plusieurs facteurs.

Par exemple, les fournisseurs indéclicats qui vendent du lait « maternel » dilué avec du lait d'origine bovine ou avec de l'eau, pourraient être poursuivis par les juridictions américaines, au titre de leur responsabilité civile ou pour abus de confiance et violation contractuelle si le produit ne correspond pas à la description qui en a été faite<sup>1421</sup>. Toutefois, il est bien difficile pour le consommateur qui ne dispose pas des moyens d'analyses nécessaires, d'évaluer les caractéristiques physiques et chimiques du lait qu'il reçoit. Aucune aide n'est proposée par les sites d'échange au consommateur « abusé » souhaitant obtenir des éléments suffisamment solides qui pourraient justifier une action en justice.

**561.** Un autre aspect d'ordre juridique est posé par le développement tentaculaire des réseaux sociaux d'échange de lait maternel, qui en mettant en contact des internautes de toutes nationalités et en permettant à quiconque de devenir un fournisseur commercial informel de produits du corps humain les invitent à s'engager dans des activités qui ne sont pas toujours légales.

##### *5. Concilier l'éthique et la liberté de disposer de soi*

**562.** Comme nous l'avons constaté en ce qui concerne le don du sang rémunéré, un marché international du lait existe, avec ses différentes variantes gratuites ou payantes et tenter de l'interdire au nom d'une « dignité bafouée » ne nous semble pas être une solution satisfaisante.

Dans des sociétés où l'abus de règles imposées par des pouvoirs politiques autocratiques ou héritées de traditions ancestrales aujourd'hui désuètes, l'interdiction est la solution avancée pour résoudre tous les problèmes et conflits.

Les interdictions, utilisées comme armes du pouvoir sont souvent ressenties au sein des sociétés démocratiques comme une entrave au progrès et un frein aux relations humaines.

---

<sup>1421</sup> D. S. DAWSON (2011) « Legal Commentary on the internet Sale of Human Milk » *Public Health Rep* (2011) 126 : 165-166

Dans le cadre qui nous intéresse ici, braver l'interdit peut alors renforcer le sentiment de pouvoir agir selon ses propres choix et de réclamer aujourd'hui une plus grande liberté de disposer de son corps, du soi propre à chacun.

**563.** Le principe de non patrimonialité introduit par l'article 16-5 du Code civil qui rend nulle toute convention commerciale du corps humain, de ses éléments ou de ses produits, n'interdit pas l'échange gratuit librement consenti de lait maternel sur internet tel qu'il est clairement stipulé sur le site HM4HB, ou le don de lait à un lactarium en France, mais il n'en autorise pas par ailleurs la vente.

L'article 16-6 du Code civil qui dispose « *Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci* »<sup>1422</sup> est souvent interprété par la Doctrine et par les tenants de « l'indisponibilité du corps et de ses produits » comme une interdiction faite à la mère de vendre son propre lait.

**564.** Cependant une analyse exégétique de cet article ouvre la porte à une interprétation plus permissive.

Il semble que le législateur ait envisagé les situations dans lesquelles les éléments et produits sont prélevés ou collectés par une tierce personne. Par le choix du terme « se prête » il n'a pas considéré les cas où le prélèvement et/ou la collecte était effectué (e) par l'individu concerné.

Dans la langue française, « *Se prêter* » signifie « *consentir, accepter, condescendre, convenir, céder, se plier, s'adapter, s'accommoder acquiescer, accéder, s'abaisser, seoir, souscrire.* » Autant de significations qui ne traduisent pas le fait « *d'effectuer* », ou de « *procéder à* ».

La femme qui tire son lait « *procède elle-même au prélèvement* » de son fluide biologique. Il semble qu'il n'y ait donc pas de raison d'appliquer le contenu de l'article 1211-4 à cette situation et que la femme pourrait par conséquent disposer de son lait maternel et le vendre.

En ce qui concerne le lait maternel, il semble selon J-R Binet<sup>1423</sup> « *qu'existe à son sujet, une réglementation spécifique qui trouve sa source dans le chapitre III du Titre II du Livre III de la*

---

<sup>1422</sup> Dans la même veine, l'article 1211-4 du Code de la santé publique dispose « *Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits* »

<sup>1423</sup> J-R BINET « Protection de la personne -Le corps humain » 02/03/2014 *JCl. Civil Code*

*deuxième partie du Code de la santé publique relatif à la santé de la famille, de la mère et de l'enfant.* » et que « *la collecte et l'utilisation du lait échappe* » aux dispositions exposées dans le chapitre des « *principes généraux posés par le Livre II de la première partie du Code de la santé publique* »

Le principe de non patrimonialité posé par l'article 16-5 du Code civil ne permet pas à la mère de vendre son propre lait maternel, mais ne lui interdit pas de percevoir une compensation non monétaire dans le cadre d'un don ou d'un échange.

**565.** Pourquoi ne pas remettre en cause, dans des cas particuliers le principe de la gratuité en reconnaissant à l'individu un véritable droit sur sa personne ? Ce ne serait pas la première fois que le droit prévoit des exemptions. La consultation du RGPD ou la directive 95/46 en fournit plusieurs exemples. Dans un tel cadre, une réflexion sur les considérations évoquées plus haut concernant la place de la femme dans le commerce du lait maternel, pourrait ouvrir la porte à un assouplissement de la législation et à la création de banques nationalisées du type de la Mother's milk Cooperative créée aux États-Unis<sup>1424</sup>. Dans cette organisation, les femmes qui donnent leur lait ont le choix entre deux types de compensation : soit une compensation en numéraire, soit une compensation prenant la forme d'une participation au fonctionnement de la banque. Lorsque cette seconde option est choisie, la mère donneuse a la possibilité de rejoindre un programme philanthropique et de recevoir en échange de son don, une certaine quantité de son propre lait, certifié et conditionné par l'entreprise, qu'elle peut offrir elle-même à un bébé de son choix qui est dans le besoin.

**566.** La prise en charge par la société du développement de centres fonctionnant sur ce modèle favoriserait, en soutenant leur effort, la reconnaissance publique des mères désireuses de faire don de leur lait et les dédramatiserait aux yeux de ceux qui considèrent que la vente de produits du corps comme le lait ou le sang n'est pas éthique et porte atteinte à la dignité humaine alors que la vente de cheveux, dents, ongles, ou poils est très largement acceptée.

La compensation financière ôte-t-elle sa noblesse au don ?

---

<sup>1424</sup> Mother's milk cooperative. The only milk bank 100% owned by its donors [http://www.mothersmilk.coop/become\\_a\\_donor](http://www.mothersmilk.coop/become_a_donor)

Recevoir une compensation financière lorsqu'elle marque la reconnaissance de la société à celui qui fait la démarche de vouloir aider son prochain n'a rien à nos yeux, de la « marchandisation » dont certains la qualifie, tant qu'elle ne s'ancre pas sous forme de marché.

C'est la valorisation du geste et de ce qu'il permet qui comptent.

Interdire la compensation financière du don est une mesure futile qui, si elle rassure ceux qui aiment à philosopher sur l'éthique et la dignité humaine, ne résout en rien les disparités et inégalités qui poussent certains à « vendre » leur lait ou leur sang... plutôt que « vendre leur âme au diable » <sup>1425</sup> !

Est-ce à dire que ceux qui associent la libre disposition des produits de leur corps à leur propriété corporelle et à leur liberté individuelle n'ont aucun sens de l'éthique leur permettant d'agir conformément à leurs valeurs et principes moraux ?

**567.** Contrairement à ce que des médias et une fraction importante de la Doctrine affirment, nous ne pensons pas qu'autoriser une compensation pécuniaire des dons de produits du corps soit une renonciation au concept de dignité humaine. Bien au contraire « *Ce qui fait la dignité de la personne est son autonomie, c'est à dire sa capacité de juger par elle-même de ce qu'elle doit faire, de le faire volontairement, d'en assumer la responsabilité* »<sup>1426</sup>.

Le frein exercé à l'encontre d'un ajustement de règles morales dont il faut à tout prix empêcher l'obsolescence, est à notre sens, l'exemple même d'une conception archaïque de l'Homme aujourd'hui confronté à une évolution galopante des concepts de propriété du soi et des progrès fulgurants de la science<sup>1427</sup>.

### §3. Des produits du corps à leur source génétique

---

<sup>1425</sup> Figure métaphorique souvent utilisée pour caractériser l'état de détresse des individus prêts à sacrifier une grandeur morale au profit d'une contrepartie matérielle leur permettant d'atteindre un but inaccessible, à l'instar du Faust de Goethe qui vendit son âme contre la jeunesse éternelle ...

<sup>1426</sup> A. FAGOT-LARGEAULT « Respect du patrimoine génétique et respect de la personne » *Revue Esprit* (1991) 191 : 40-53 <http://www.esprit.presse.fr/archive/review/article.php>

<sup>1427</sup> Que penser à ce sujet, des efforts déployés par certaines industries comme Biosidus SA en Argentine, pour faire produire à des vaches transgéniques (génétiquement modifiées) un lait contenant les protéines humaines qui ne sont pas présentes dans le lait bovin, mais sont contenues dans le lait maternel ? Voir à ce sujet le documentaire de N. BARBE diffusé par ARTE le 19 novembre 2016 « Et l'Homme créa la vache » <https://www.youtube.com/watch?v=ViUUQZF9xd4>

**568.** Parallèlement à une réification des composants du corps humain intronisée par les lois de bioéthique, et à une volonté croissante des individus à vouloir disposer librement de l'utilisation des produits de leur corps, est né un courant de pensée réclamant, dans un rapport intitulé « Mes Data sont à moi »<sup>1428</sup>, une totale patrimonialité des données personnelles qui permettrait aux internautes déposant leurs data sur l'internet de percevoir une redevance sur les profits bénéficiant aujourd'hui aux seules plateformes numériques qui les exploitent.

Cette vision ultra-libérale qui n'est évidemment pas du goût de tous en France et en Europe, a aussi germé dans des milieux nord-américains favorables à la rémunération des dons d'éléments du corps et de ses produits au rang desquels les juristes du monde entier rangent l'ADN cellulaire, support des « informations génétiques ».

**569.** A notre sens, le choix des termes employés par les juristes en ce qui concerne la protection des données génétiques, a pour conséquences deux confusions, résultant d'une imprécision linguistique mêlant les concepts de données et d'information génétiques et d'une qualification désuète de l'ADN. Ces confusions nécessitent d'être levées par une analyse scientifique et rigoureuse de la terminologie employée.

**570.** Nous regrettons à cet égard que la refonte des réglementations concernant le RGPD n'ait pas été mise à profit pour combler le vide juridique concernant la protection spécifique des données génétiques, en précisant ces aspects de nomenclature et consacrer avec plus de force la nécessité de protéger à la fois et de manière distincte, les données génétiques et les informations générées par leur exploitation.

Cette distinction présuppose une distinction essentielle qui tient au fait que les données génétiques sont portées par la molécule d'ADN (ou d'ARN dans certains cas) alors que les informations génétiques sont générées par une exploitation de données caractéristiques de l'existence et de la position particulière des nucléotides sur la macromolécule qui constitue leur support physique.

---

<sup>1428</sup> LANDREAU I., et al. « Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles » Think tank Génération libre janvier 2018 <https://www.generationlibre.eu/wp-content/uploads/2018/01/2018-01-generationlibre-patrimonialite-des-donnees.pdf>

**571.** Ces notions doivent être clarifiées car elles sous-tendent une question cruciale qui concerne le statut de l'ADN dans la vie cellulaire.

Nous considérons qu'il existe suffisamment d'indications scientifiques en faveur de l'existence d'un monde ARN, précurseur des premières formes de vie et fondement de l'hérédité assurée de nos jours par les molécules plus stables que sont les ADN.

Les considérations développées ci-après sont très importantes car elles nous guident vers une qualification juridique nouvelle de l'ADN, support des données génétiques et de la vie, qui se démarque de la qualification classique dans laquelle les molécules d'ADN et ARN sont considérées comme produits de la cellule.

#### **Chapitre 4. Les fondements physiques du « soi » génétique**

**572.** En droit, l'ADN est communément considéré, comme un produit du corps humain<sup>1429</sup> dont les caractéristiques moléculaires peuvent revêtir un intérêt juridique, à la fois en tant qu'élément constitutif du corps<sup>1430</sup> ou lorsqu'il en est détaché<sup>1431</sup>.

Nous pensons que cette qualification est inappropriée et trompeuse, voire stérilisante.

Notre argumentation s'appuie sur les conclusions tirées d'études paléontologiques, chimiques, physiques et biochimiques qui étayent la théorie selon laquelle l'apparition sur terre des formes de vie évoluée que nous connaissons, a reposé sur la production de macromolécules biologiques parmi lesquelles les polymères d'acides ribonucléiques (ARN) et désoxyribonucléiques (ADN) ont joué un rôle clef cardinal.

---

<sup>1429</sup> « Le cadre juridique de l'utilisation de l'ADN est fixé par les articles 16-10 et suivants du Code civil, et plus précisément par les articles 16-10 et 16-11 relatifs respectivement à l'examen des caractéristiques génétiques et à l'identification à partir d'empreintes génétiques. Ces dispositions sont issues des lois du 29 juillet 1994, n° 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, et n° 94-653 relative au respect du corps humain. Elles sont donc fondées sur la protection de la personne et de son corps. » Avis relatif à l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques apparents - JORF n°0084 du 9 avril 2016 texte n° 102. Utilisation de l'ADN à des fins d'identification et la détermination des caractères morphologiques apparents : cadre juridique. [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=0AB339C4B72694440EC6D8AEEBA936E4.tplgfr38s\\_2?cidTexte=JORFTEXT000032377272&idArticle=JORFARTI000032377273&dateTexte=20160409&categorieLien=cid](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=0AB339C4B72694440EC6D8AEEBA936E4.tplgfr38s_2?cidTexte=JORFTEXT000032377272&idArticle=JORFARTI000032377273&dateTexte=20160409&categorieLien=cid)

<sup>1430</sup> Voir par exemple l'utilisation de l'ADN en criminologie

<sup>1431</sup> Voir à ce sujet l'arrêt devenu célèbre, que la Cour de cassation a rendu en 2014 dans une affaire d'identification d'un individu à partir de ses traces ADN. (Cass. crim. 25 juin 2014, n° 13-87493, *Bulletin criminel* 2014, n° 166)

## *Section 1. Les origines de l'ADN et de la vie cellulaire*

**573.** Plusieurs études scientifiques visant à déchiffrer les mécanismes ancestraux de l'apparition des premières formes de vie sur terre ont suggéré l'hypothèse, aujourd'hui largement acceptée par la communauté scientifique, que la formation de polymères d'acides nucléiques et de protéines primitives a constitué la première étape d'une organisation biologique conduisant à aux premières cellules vivantes.

### §1. Un voyage fascinant aux confins des temps

**574.** La cosmologie nous enseigne aujourd'hui que le Big Bang<sup>1432</sup> créateur de l'univers se produisit il y a 13,8 milliards d'années<sup>1433</sup>. Il aura sans doute fallu plusieurs centaines de millions d'années pour que la terre se refroidisse et se solidifie après sa formation il y a 4,6 milliards d'années.

L'énorme densité de l'univers et sa température extrêmement élevée créaient des conditions énergétiques inimaginables qui ont constitué le chaudron d'où la Vie a émergé<sup>1434</sup>, par un processus graduel qui a dû s'étendre sur une très longue échelle de temps<sup>1435</sup>.

L'apparition de la vie primordiale à partir de ce qui est communément dénommé « soupe prébiotique », s'est effectuée lentement et par étapes, avec en premier lieu la synthèse de constituants organiques subissant de nombreuses transformations dans les milieux aqueux qui les contiennent, suivie par la mise en place de mécanismes de polymérisation et de systèmes de

---

<sup>1432</sup> Big Bang Cosmology [https://map.gsfc.nasa.gov/universe/bb\\_theory.html](https://map.gsfc.nasa.gov/universe/bb_theory.html)

<sup>1433</sup> « Planck reveals an almost perfect universe » [http://www.esa.int/Our\\_Activities/Space\\_Science/Planck/Planck\\_reveals\\_an\\_almost\\_perfect\\_Universe](http://www.esa.int/Our_Activities/Space_Science/Planck/Planck_reveals_an_almost_perfect_Universe); Pour mémoire, le système solaire aurait 4,5 milliards d'années et les hommes quelques millions

<sup>1434</sup> « The universe began with an unimaginably enormous density and temperature. This immense primordial energy was the cauldron from which all life arose. » « Une densité et une température incroyablement élevées existaient au moment de la création de l'univers. Cette immense énergie primordiale était le chaudron partir duquel la vie est apparue » [https://map.gsfc.nasa.gov/universe.html](https://map.gsfc.nasa.gov/universe/universe.html)

<sup>1435</sup> A.I. OPARIN « The Origin of Life » (1938) New York Macmillan Press; « It is one of Oparin's great contributions to the theory of the origin of life that he postulated a long chemical evolution as a necessary preamble to the emergence of life » « C'est l'une des grandes contributions d'Oparin à la théorie de l'origine de la vie, d'avoir postulé qu'une longue évolution chimique fut le préambule nécessaire à l'émergence de la vie ». S. MORGULIS introduction p viii de sa traduction en langue anglaise du livre de A.I. Oparin Second Edition (1953) Dover Publications, Inc. New York

compartimentalisation qui ont conduit plus tardivement à une séparation et spécialisation fonctionnelle des voies métaboliques telles que nous les connaissons de nos jours<sup>1436</sup>.

Ainsi, les premières molécules organiques qui sont à l'origine de la vie se seraient formées dans une atmosphère terrestre réductrice, riche en méthane, ammoniac et eau, sous l'effet de décharges électriques très puissantes<sup>1437</sup>.

La reproduction expérimentale de conditions similaires à celles de la soupe probiotique, permet la formation d'acides aminés en laboratoire sous l'effets de décharges électriques répétées<sup>1438</sup>. Ce résultat apporta pour la première fois un support expérimental aux théories de la formation des premières molécules organiques.

S'il nous est permis de paraphraser une formule devenue célèbre... Un petit pas vers la vie cellulaire organisée, qui fut un grand pas pour l'Humanité !

## §2. Du monde ARN à la l'ADN gardien de l'information génétique

**575.** Des expériences réalisées dans des conditions expérimentales reproduisant différentes conditions prébiotiques ont identifié ultérieurement des mécanismes permettant la formation d'autres « briques de constructions » élémentaires telles que des acides gras, des bases, et des sucres<sup>1439</sup>.

Les réactions de polymérisation conduisant à la formation de macromolécules furent très certainement facilitées, en absence de catalyseurs enzymatiques protéiques qui n'étaient pas encore disponibles, par leur interaction avec les poches hydrophobes de l'argile ou la pyrite présente dans les milieux primordiaux. Ainsi, les interactions de ribonucléosides, avec les matrices d'argiles<sup>1440</sup> sont considérées comme un élément clef ayant facilité et guidé leur

---

<sup>1436</sup> A. J. OPARIN "The origin of Life" p 126

<sup>1437</sup> A. LAZCANO, S. L. MILLER. « The origin and early evolution of life: prebiotic chemistry, the pre-RNA world, and time» *Cell* (1996) 85 : 793-798; M. CALVIN « The origin of Life on Earth and Elsewhere. II » (2008) Lawrence Berkeley National Laboratory. eSchoarship University of California <http://escholarship.org/uc/item/9796r5k9>

<sup>1438</sup> S. MILLER « A Production of Amino Acids under Possible Primitive Conditions » *Science* (1953) 117 : 528-529

<sup>1439</sup> Pour une analyse philosophique des modèles consulter C. MALATERRE « Expliquer les origines de la vie : structures et schèmes explicatifs » (2008) *Noesis Sciences du Vivant et phénoménologie de la vie* 14 : 89-112 <https://noesis.revues.org/1656>

<sup>1440</sup> B. K. D. PEARCE et al. (2017) « Origin of the RNA world: The fate of nucleobases in warm little ponds. » *Proc Natl Acad Sci U S A* 114:11327-11332. ; M. BARTELS « How Did Life Start? Meteorites Crashing Into Darwin's Warm Little Ponds May Have Been Trigger » (2017) *Newsweek* Edition du 10 février; H. Hashizume « Role of Clay Minerals



polymérisation, qui peut s'effectuer spontanément de manière limitée, et la formation de brins d'ARN similaires à ceux que nous connaissons aujourd'hui.

La découverte des propriétés catalytiques des ARN<sup>1441</sup> a suggéré qu'ils aient pu assurer toutes les réactions requises pour l'autoréplication et de codage de l'information génétique a une étape très précoce de l'évolution des systèmes biologiques, conduisant à l'apparition et à la survie d'un ancêtre commun à toutes les espèces vivantes.

Le monde ARN était né<sup>1442</sup>.

**576.** Bien que la combinaison des activités catalytiques et de codage de l'information génétique ait pu constituer un avantage développemental permettant l'apparition de certaines formes primitives d'organismes, la présence de ribose dans le squelette des ARN leur confèrent une relative instabilité qui pouvait nuire à la dualité fonctionnelle qu'ils exerçaient en tant « gardien » et « support » de l'information génétique<sup>1443</sup>.

Pour ces raisons il a été proposé que les polymères génomiques d'ARN aient été rétro-transcrits et remplacés par des molécules d'ADN à deux brins complémentaires, résistant à l'hydrolyse en milieu basique grâce au désoxyribose qu'ils contiennent.

De plus, la réplication semi-conservative de l'ADN et les mécanismes de réparations de mutations, permettent à la fois une conservation et une variabilité mesurée de l'information génétique, ce qui a permis les adaptations évolutives.

Les ARN ne sont pas pour autant disparus. Dans un monde ADN, ils jouent des rôles importants dans la transcription du génome (ARN messagers) et dans la traduction des informations

---

in Chemical Evolution and the Origins of Life » (2012) In Clay Minerals in Nature - Their Characterization, Modification and Application. Chap. 10 pp191-208

<http://www.intechopen.com/books/clay-minerals-in-nature-their-characterization-modification-and-application> ; M.-N. CORDONNIER « L'argile, berceau de la vie ? » (2011) *Pour la Science* Edition du 21 février <https://www.pourlascience.fr/sd/chimie/largile-berceau-de-la-vie-10857.php>

<sup>1441</sup> F. H. WESTHEIMER « Polyribonucleic acids as enzymes » *Nature* (1966) 319 : 534-536 ; G. F. JOYCE, « The role of catalytic RNA in the origin and early evolution of life on earth » *Origins of life and evolution of the biosphere* (1996) 26 : 233-234 ; P. NISSEN et al. « The structural basis of ribosome activity in peptide bond synthesis » *Science* (2000) 289 :920-930.

<sup>1442</sup> W. GILBERT « The RNA World » *Origins of life Nature* (1986) 319 : 618; T. R. CECH « The RNA Worlds in Context » *Cold Spring Harb Perspect Biol* (2012) 4 :1-5

<sup>1443</sup> Voir à ce sujet J.P. DWORKIN et al. « The roads to and from the RNA world » *Journal of Theoretical Biology* (2003) 222 : 127-134

génétiques (ARN de transferts et ARN ribosomiques) ainsi que des fonctions régulatrices de niveau et de qualité d'expression de l'information « centrale » codée par le génome à ADN<sup>1444</sup>

A la lumière de ces modèles évolutifs qui sont très largement acceptés par la communauté scientifique et renforcés régulièrement par de nombreuses observations nouvelles, la question de la place relative de l'ADN et de la cellule dans l'évolution ne se pose plus dans une problématique du type « l'Œuf et la Poule » et l'on peut avancer sans craindre de se méprendre que dans les systèmes actuels qui ont été sélectionnés au cours de l'évolution, l'ADN, gardien des données informationnelles du vivant, ne doit pas être considéré comme un élément du corps ni un produit du corps, mais doit être reconnu juridiquement comme une entité propre, essence même de la vie cellulaire et quintessence de l'originalité et de la richesse du soi individuel.

### *Section 2. L'ADN, support de l'information et du soi génétiques.*

**577.** Le respect de l'information génétique individuelle et des caractéristiques personnelles qu'elle véhicule, présuppose un respect de son support physique.

Comme nous l'avons vu précédemment, l'ordre des désoxyribonucléotides dans la molécule d'ADN est un déterminant essentiel des traits phénotypiques qui participent à l'élaboration de la personne et à son caractère d'unicité. Ce sont les potentialités étonnantes et immenses des séquences nucléotidiques de l'ADN au sein des 23 paires de chromosomes qu'il faut arriver à protéger et à faire respecter, par des cadres juridiques à la fois contraignants et assez souples pour répondre rapidement et de manière pertinente aux progrès de la génétique afin que l'Homme ne se laisse pas griser par le pouvoir quasi magique que semble lui promettre le progrès scientifique et technique aujourd'hui.

**578.** Par souci de simplification, nous considérerons, dans un premier temps, l'expression du soi génétique codé par l'ADN nucléaire<sup>1445</sup>, afin de bien identifier les deux domaines que

---

<sup>1444</sup> Ils constituent aussi le génome de nombreux virus et rétrovirus. Pour plus d'information consulter : J. LUNARDI « Les acides nucléiques et génomes » Cours de biologie moléculaire (2011/2012) Université J. Fourier de Grenoble [http://unf3s.cerimes.fr/media/paces/Grenoble\\_1112/lunardi\\_joel/lunardi\\_joel\\_p02/lunardi\\_joel\\_p02.pdf](http://unf3s.cerimes.fr/media/paces/Grenoble_1112/lunardi_joel/lunardi_joel_p02/lunardi_joel_p02.pdf) ; « Genomes and Genetics » Lecture 3 Spring 2015 [http://www.virology.ws/w3310/003\\_W3310\\_15.pdf](http://www.virology.ws/w3310/003_W3310_15.pdf)

<sup>1445</sup> A côté de l'ADN nucléaire, on connaît une autre source d'ADN codant 37 gènes situés dans les « centrales énergétiques » cellulaires que sont les mitochondries. Treize d'entre eux assurent essentiellement des fonctions importantes pour la formation d'ATP par phosphorylation oxydative et les autres codent des ARN impliqués dans la

constituent les « données » et « l'information » génétiques pour lesquels des règles de droit spécifiques et pertinentes doivent être établies afin d'en garantir le respect.

## §1. Considérations générales concernant les notions de données et d'information

**579.** On constate aujourd'hui un glissement de plus en plus marqué vers l'utilisation interchangeable des termes « donnée » et « information » qui peut être lourde de conséquences lorsqu'elle se rencontre dans des textes juridiques abordant des problèmes génétiques.

Les deux termes se rapportent à des concepts fondamentalement distincts.

La donnée n'est pas une information.

Par exemple on désignera par « donnée » tout caractère, nombre, mot, son, signe, à l'état isolé ou dans un groupe, qui lorsqu'il est isolé d'un contexte ne signifie que peu ou rien pour l'humain. Comme la pierre servant à bâtir des édifices très différents les uns des autres, les données peuvent être polysémiques.

En sciences, la donnée est un élément brut tiré d'une observation expérimentale.

Remises dans un contexte particulier et soumises à un processus d'interprétation pouvant être plus ou moins complexe, les données peuvent alors devenir « informatives » et prendre un sens que tout humain aura la capacité de comprendre, intégrer, exploiter. L'information générée peut être éventuellement utilisée comme base d'un nouveau processus analytique générateur à son tour de nouvelles données qui devront être interprétées.

Enfin, la connaissance est constituée d'informations comprises et assimilées.

**580.** Dans un contexte socio-économique plus général le sens « le plus consensuel » attribué à « l'information »<sup>1446</sup> en fait « une formulation destinée à rendre un message plus

---

traduction des protéines (ARN de transfert et ARN ribosomiques). Lors de la fécondation, l'ADN mitochondrial (ADNm) qui est contenu dans le cytoplasme des ovules est impliqué dans une hérédité de type maternelle. Les spermatozoïdes normaux ne contiennent qu'un nombre très faible de copies d'ADNm (voir P. MAY-PANLOUP et al. « ADN mitochondrial du spermatozoïde » *Gynécol Obstet Ferti* (2006) 34 : 847-854). Des pathologies musculaires et neurologiques font partie des maladies héréditaires transmises par la femme. Des techniques de remplacement de mitochondries ont été tentées récemment pour les corriger. Cette approche est très vivement critiquée par les organismes officiels et tous ceux qui s'élèvent contre la création d'embryons génétiquement modifiés. Nous reviendrons plus loin sur ces aspects

<sup>1446</sup> F. SIIRIAINEN « L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété ? » (2001) p. 127-165 in J. de Bandt et G. Gourdet (dir.), « Immatériel. Nouveaux concepts », Economica

communicable<sup>1447</sup> ». L'information peut être manipulée ou manipulatrice, véridique, mensongère ou tronquée, dénuée d'intérêt ou riche de nouveauté, etc.

Sur un plan diachronique l'entrée en force de l'informatique à tous les niveaux de la vie privée et personnelle des individus dans les sociétés modernes et la course à l'immédiateté informationnelle véhiculée et entretenue tant par les réseaux sociaux que par les médias, ont sans aucun doute contribué à la distorsion et au lissage des sens attribués aux deux termes.

Les données, génétiques ou personnelles, qui sont maintenant pour la plupart numérisées sont souvent considérées comme des « data ». Par exemple on entendra dans le langage courant parler de « big data<sup>1448</sup> » et « d'open data<sup>1449</sup> ».

## §2. Des données à l'information génétique

### A. Les données génétiques

#### 1. Considérations générales

---

<sup>1447</sup> *Ibid* F. SIIRIAINEN p129

<sup>1448</sup> Le concept de big data regroupe une famille d'outils qui répondent à une triple problématique dite règle des 3V : Volume de données considérable à traiter, grande Variété d'informations venant de diverses sources et Vélocité à atteindre. Qualifiée de nouvelle révolution industrielle semblable à la découverte de la vapeur, de l'électricité ou de l'informatique, l'arrivée du big data est aussi considérée comme la dernière étape de la révolution industrielle qu'est celle de « l'information ». Littéralement, les termes « big data » signifient mégadonnées, grosses données ou encore données massives. Ils désignent un ensemble très volumineux de données qu'aucun outil classique de gestion de base de données ou de gestion de l'information ne peut vraiment travailler. Environ 2,5 trillions d'octets de données sont créées tous les jours, provenant des messages que nous nous envoyons, des vidéos que nous publions, des informations climatiques, des signaux GPS, des enregistrements transactionnels d'achats en ligne et bien d'autres encore. Ces données sont baptisées big data ou volumes massifs de données. Les géants du Web, au premier rang desquels Yahoo (mais aussi Facebook et Google), ont été les premiers à déployer ce type de technologie. Adapté d'une définition mise en ligne par « Le big data. Magazine cloud & big data. » <https://www.lebigdata.fr/definition-big-data> et <https://www.lebigdata.fr/open-data-definition>

<sup>1449</sup> Le terme Open Data désigne des données auxquelles n'importe qui peut accéder, que tout le monde peut utiliser ou partager. Les données doivent être pleinement accessibles, moyennant un coût de reproduction raisonnable. De préférence, elles doivent pouvoir être téléchargées sur Internet. La forme doit être confortable et modifiable. Les données doivent être fournies sous des conditions permettant la réutilisation et la redistribution, incluant le mélange avec d'autres ensembles de données. Tout le monde doit être en mesure d'utiliser, de réutiliser et de redistribuer les données. Il ne doit y avoir aucune discrimination concernant les fins d'utilisation, ou contre des personnes ou des groupes. Par exemple, des restrictions non commerciales qui empêchent l'utilisation commerciale, ou les restrictions d'usage à certains secteurs, ne sont pas compatibles avec l'Open Data. Ces critères sont l'essence de l'Open Data, car ils autorisent l'interopérabilité des entreprises et la capacité de mélanger différents ensembles de données. Adapté d'une définition mise en ligne par « Le big data. Magazine cloud & big data. » <https://www.lebigdata.fr/open-data-definition>

**581.** Les données génétiques sont les paramètres obtenus lors des analyses qualitatives et quantitatives du matériel génomiques.

Par exemple, la proportion des différents nucléotides contenus dans l'ADN a pendant longtemps été utilisé comme support taxonomique. Il est ainsi apparu que, suivant les espèces considérées, la proportion des résidus guanine et cytosine était constant pour tous les membres d'une même espèce mais pouvait varier de manière très significative d'une espèce à l'autre<sup>1450</sup>. Le taux de G+C qui est connu sous le nom de coefficient de Chargaff<sup>1451</sup> est une donnée uniquement descriptive s'il est considéré en dehors de tout contexte.

De même, l'ordre des nucléotides dans une molécule d'ADN n'est pas informatif en tant que tel. La comparaison des séquences nucléotidiques établies à partir d'échantillons différents permet d'établir un relevé « cartographique » de la distribution des bases. Plus le nombre d'échantillon est grand, meilleure est la « carte génétique » obtenue. Il est important de remarquer qu'à ce stade, aucune conclusion ne peut être tirée en ce qui concerne la fonctionnalité des différentes zones pouvant être identifiées sur la base de leur taux élevé en certains nucléotides, sur la base de répétitions ou d'éliminations de certaines régions de l'ADN d'un échantillon à l'autre. Les variations individuelles identifiées lors de la comparaison des échantillons de diverses provenance permettent d'identifier des mutations polymorphiques<sup>1452</sup> qui sont silencieuses vis à vis de leur fonction.

**582.** Différents types de paramètres physiques et biochimiques sont enregistrés lors des analyses d'ADN, mais comme nous l'avons dit plus haut les données brutes ne sont pas compréhensibles.

Elles ont besoin d'être interprétées.

---

<sup>1450</sup> Il y a une très grande variation du contenu des bases de l'ADN dans les différentes espèces. Le génome des levures est constitué de 35% de paires GC (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/genome/15>), celui des virus herpétiques en contient entre 68 et 76% (J. C. BROWN « High G+C Content of Herpes Simplex Virus DNA: Proposed Role in Protection Against Retrotransposon Insertion » *Open Biochem J* (2007) 1 33 : 42), alors que celui de la plus petite bactérie connue n'en contient que 14,8% (candidatus *Carsonella ruddii*, endosymbiote nutritionnel du psylle *Bactericera cockerelli* de la tomate et de la pomme de terre : A. B. RILEY, D. KIM, A. K. HANSEN « Genome Sequence of Candidatus *Carsonella ruddii* Strain BC, a Nutritional Endosymbiont of *Bactericera cockerelli*. » *Genome Announc* (2017) 5. pii: e00236-17.). l'ADN humain en contient 38% en moyenne, avec des régions riches en GC (62 à 68%) et un taux de 45-50% pour les gènes. (Characteristics of the Human Genome) <https://courses.cs.washington.edu/courses/cse527/07au/notes/notes16.pdf>

<sup>1451</sup> E. CHARGAFF, R. LIPSHITZ, C. GREEN « Composition of the desoxyribose nucleic acids of our genera of sea-urchin » *J Biol Chem* (1952) 195 : 155-160

<sup>1452</sup> V. *supra* n° 327

Considérons par exemple, le cas d'une étude ayant identifié une altération génétique chez certains patients atteints d'une maladie monogénique héréditaire transmise de manière autosomale <sup>1453</sup>. Cette altération n'aura de valeur informative que si elle est retrouvée chez un grand nombre de malades, ou idéalement chez tous les individus atteints.

L'association établie entre une donnée génétique et un phénotype particulier, constitue une information génétique, en ce qu'elle représente la signature d'un risque pathologique particulier codé par un génotype spécifique.

De même les traits phénotypiques humains sont l'information perçue, exprimée à partir des données génétiques contenues dans le génome<sup>1454</sup>.

Il nous semble essentiel d'insister sur le fait qu'en aucun cas les données génétiques ne peuvent constituer une information en l'absence d'interprétation. Nous rencontrons en effet de nombreux exemples dans lesquels l'utilisation inadéquate des concepts de « données » et « information » est problématique.

## 2. L'acquisition des données génétiques et le droit

### a. Textes internationaux encadrant les données génétiques

---

<sup>1453</sup> L'identification de gènes impliqués dans des pathologies faisait classiquement appel à des mesures de liaison génétique, des méthodes biochimiques permettant de remonter par clonage fonctionnel au gène responsable de l'altération de la protéine responsable du phénotype morbide, des approches cytogénétiques reposant sur l'établissement de caryotypes des génomes de malades, des clonages positionnels reposant sur la relation existant entre la maladie et certaines régions de l'ADN, puis plus récemment à des bases de données génomiques et protéomiques. Les techniques utilisées actuellement font appel au NGS (New Generation Sequencing) qui a véritablement révolutionné les pratiques d'identification de gènes dans des conditions normales et pathologiques. Pour plus de détails, consulter : O. BLECK, J. A. MC GRATH, A. P. SOUTH « Searching for candidate genes in the new millennium ». *Clin Exp Dermatol* (2001) 26 : 279-83, ainsi que les excellents articles de revue de M. DOITSIDOU, S. JARRIAUL, R. J. POOLE « Next-Generation Sequencing-Based Approaches for Mutation Mapping and Identification in *Caenorhabditis elegans* » *Genetics* (2016) 204 : 451-474 et de S. SCHUTZ « Le séquençage de nouvelle génération » <http://dridk.me/ngs.html>

<sup>1454</sup> Un autre exemple d'extraction d'une information à partir de données génétiques est illustrée par la biosynthèse protéique qui est effectuée à partir des données d'une séquence nucléotidique. La succession de trois bases dans la molécule d'ARN messenger copié à partir de l'ADN, constitue un triplet, dont le code qu'il constitue est décrypté en deux étapes. Tout d'abord, à chaque triplet, représentant un élément du code génétique, correspond un ARN de transfert sur lequel est « greffé », on dit « chargé », un acide aminé particulier. L'ARN de transfert chargé est positionné en face du triplet auquel il correspond sur l'ARN par l'intermédiaire d'un ribosome qui possède deux sites, permettant la « lecture » de deux triplets voisins pouvant chacun lier un ARNt chargé avec un acide aminé spécifique. Les deux acides aminés rapprochés l'un de l'autre sont alors liés par une liaison peptidique. La répétition du processus, permise par le déplacement du ribosome sur l'ARNm, donne naissance à une protéine correspondant à l'information codée par les données génétiques situées sur l'ARN.

**583.** Au nombre des quelques textes faisant spécifiquement mention des données génétiques<sup>1455</sup>, figurent la Recommandation du Conseil de l'Europe du 13 février 1997<sup>1456</sup>, les déclarations de la Conférence Générale de l'UNESCO du 11 novembre 1997<sup>1457</sup> et du 16 octobre 2003<sup>1458</sup> et le Règlement Général concernant la protection des données personnelles<sup>1459</sup>.

La recommandation du Conseil de l'Europe est le premier texte international considérant que les données médicales sont des données personnelles relatives à la santé alors que les données génétiques sont constituées par des paramètres relatifs aux caractères héréditaires d'un individu, ou en rapport avec ceux-ci<sup>1460</sup>.

**584.** La Déclaration de l'UNESCO du 11 novembre 1997 sera beaucoup moins précise quand elle énonce, dans son préambule, que les recherches sur le génome humain « *doivent en même temps respecter pleinement la dignité, la liberté et les droits de l'homme, ainsi que l'interdiction de toute forme de discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques* ».

Il est utile de s'arrêter ici sur la plurivocité des termes choisis dans la Déclaration

---

<sup>1455</sup> Pour une analyse de la perception publique concernant la recherche utilisant les données génétiques et des textes légaux les encadrant, voir M. TAYLOR « Genetic data and the Law » en particulier pp 8-10, 34-38, 217-218, A Critical Perspective on Privacy Protection. (2012) Cambridge University Press. Grande Bretagne

<sup>1456</sup> Recommandation N° R (97) 5 du Comité des ministres aux États membres relative à la protection des données médicales - Conseil de l'Europe, adoptée par le Comité des ministres le 13 février 1997  
[https://www.apda.ad/system/files/medical\\_data\\_fr.pdf](https://www.apda.ad/system/files/medical_data_fr.pdf)

<sup>1457</sup> Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme : UNESCO (1997)  
[http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_PRINTPAGE&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html)

<sup>1458</sup> Déclaration internationale sur les données génétiques humaines adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO (2003) [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\\_ID=17720&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html); voir également les rapports préliminaires : Rapport sur confidentialité et données génétiques-CIB (2000) <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001323/132334f.pdf>; Comité international de bioéthique de l'UNESCO (CIB) neuvième session (2002) <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150265fo.pdf>; Rapport du Directeur Général sur l'étude de l'UNESCO concernant l'élaboration d'un instrument international sur les données génétiques (2002) <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001272/127261f.pdf>

<sup>1459</sup> RGPD (V. *supra* n° 3)

<sup>1460</sup> « L'expression « données médicales » se réfère à toutes les données à caractère personnel relatives à la santé d'une personne. Elle se réfère également aux données ayant un lien manifeste et étroit avec la santé ainsi qu'aux données génétiques. L'expression « données génétiques » se réfère à toutes les données, quel qu'en soit le type, qui concernent les caractères héréditaires d'un individu ou qui sont en rapport avec de tels caractères formant le patrimoine d'un groupe d'individus apparentés. Elle se réfère également à toute donnée portant sur l'échange de toute information génétique (gènes) concernant un individu ou une lignée génétique, en rapport avec les aspects, quels qu'ils soient, de la santé ou d'une maladie, qu'elle constitue ou non un caractère identifiable. »

Le préambule et l'article 2<sup>1461</sup> utilise le terme « caractéristiques génétiques », qui peut être entendu soit comme les caractéristiques phénotypiques qui sont l'expression des gènes, soit comme les caractéristiques, les données, que sont par exemple le nombre, l'organisation, la nature, ou la localisation des gènes et des séquences non codantes dans l'ADN.

Ni les caractéristiques visibles, telles que la forme du visage, la couleur de la peau et des yeux, la chevelure ou la taille qui résultent de l'expression d'une information génétique, ni les caractéristiques, ou données invisibles qui tiennent au contenu du génome, ne peuvent fournir la base d'une discrimination.

L'expression « données génétiques »<sup>1462</sup> est retrouvée à l'article 7 de la Déclaration qui prévoit les conditions dans lesquelles elles doivent être conservées et protégées<sup>1463</sup>.

**585.** Une confusion regrettable entre les concepts de donnée et d'information, sera constatée au niveau international, après que les dispositions générales de la Déclaration de l'UNESCO de 2003, l'article 2 (1) aient proposé de définir les « données génétiques humaines » comme « *informations relatives aux caractéristiques héréditaires des individus, obtenues par l'analyse d'acides nucléiques ou par d'autres analyses scientifiques* » alors que l'article 4 traitant de la spécificité des données génétiques humaines les considère, à juste titre, comme des « caractéristiques » pouvant être informationnelles<sup>1464</sup>.

Au chapitre des objectifs de la Déclaration<sup>1465</sup>, on relèvera, malgré l'ambiguïté créée par la définition des données génétiques adoptée, que la « *la collecte, le traitement, l'utilisation et la*

---

<sup>1461</sup> Le premier alinéa de l'article 2 dispose « *Chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques* », et le second précise que la dignité humaine « *impose de ne pas réduire les individus à leur caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et de leur diversité* »

<sup>1462</sup> On appelle « données génétiques » aussi bien celles qui codent pour des traits phénotypiques individuels que celles à qui les généticiens et biologistes moléculaires ne sont pas capables aujourd'hui d'attribuer des fonctions particulières mais qui sont considérées comme essentielles pour l'organisation et l'expression du génome.

<sup>1463</sup> « *La confidentialité des données génétiques associées à une personne identifiable, conservées ou traitées à des fins de recherche ou dans tout autre but, doit être protégée dans les conditions prévues par la loi.* »

<sup>1464</sup> « *Article 4 : Spécificité (a) La spécificité des données génétiques humaines tient au fait : (i) qu'elles peuvent indiquer des prédispositions génétiques concernant des individus ; (ii) qu'elles peuvent avoir une incidence significative sur la famille, y compris la descendance, sur plusieurs générations, et dans certains cas sur l'ensemble du groupe auquel appartient la personne concernée ; (iii) qu'elles peuvent contenir des informations dont l'importance n'est pas nécessairement connue au moment où les échantillons biologiques sont collectés ; (iv) qu'elles peuvent revêtir une importance culturelle pour des personnes ou des groupes. (b) Il faut accorder l'attention qui convient au caractère sensible des données génétiques humaines et assurer un niveau de protection approprié à ces données ainsi qu'aux échantillons biologiques.* »

<sup>1465</sup> Article premier : Objectifs et portée



*conservation des données génétiques humaines... doivent se faire conformément au droit international des droits de l'Homme » et dans « le respect de la dignité humaine ».*

Sur le plan éthique, la Déclaration considère comme *« impératif que les données génétiques humaines [...] soient collectées, traitées, utilisées et conservées sur la base de procédures transparentes [...] et que des informations claires, objectives, adéquates et appropriées soient fournies à la personne dont le consentement préalable, libre, éclairé et exprès [doit être] recherché »*<sup>1466</sup>. De plus, en ce qui concerne le respect de la vie privée et de la confidentialité<sup>1467</sup> *« Les données génétiques humaines, [...] associées à une personne identifiable ne devraient pas être communiquées ni rendus accessibles à des tiers, en particulier des employeurs, des compagnies d'assurance, des établissements d'enseignement ou la famille, si ce n'est pour un motif d'intérêt public important »*. Lorsqu'elles sont collectées *« aux fins de la recherche scientifique, [elles] ne devraient pas normalement être associées à une personne identifiable »*. Enfin les données génétiques humaines *« ne devraient pas être conservées sous une forme qui permette d'identifier le sujet concerné plus longtemps qu'il n'est nécessaire pour atteindre les objectifs en vue desquels elles ont été collectées ou ultérieurement traitées. »*<sup>1468</sup>.

**586.** Le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD), n'apporte malheureusement pas le cadre rigoureux qui aurait permis de renforcer le concept de « données génétiques » à une époque où l'utilisation grandissante de ces données dans les domaines de la biomédecine, ou de la criminologie imposent de distinguer très précisément ce qui constitue un relevé topographique des caractéristiques physiques du génome et les informations auxquelles l'interprétation de ces données peut conduire.

**587.** Ainsi, selon le considérant (34) du règlement<sup>1469</sup>, *« les données génétiques devraient être définies comme les données à caractère personnel relatives aux caractéristiques génétiques héréditaires ou acquises d'une personne physique »*.

---

<sup>1466</sup> Article 6 : Procédures

<sup>1467</sup> Article 14 : Vie privée et confidentialité

<sup>1468</sup> On remarquera ici que ce texte n'exclut pas la conservation des données génétiques anonymes, qui ne permettraient pas d'identifier le sujet donneur

<sup>1469</sup> Considérant 34 du RGPD : *« Les données génétiques devraient être définies comme les données à caractère personnel relatives aux caractéristiques génétiques héréditaires ou acquises d'une personne physique, résultant de l'analyse d'un échantillon biologique de la personne physique en question, notamment une analyse des*

Si l'on ne peut que souscrire à cette proposition, il n'est pas possible d'y adhérer sans remettre en question le concept de « *données à caractère personnel* » défini à l'article 4 du règlement comme « *toute information se rapportant à une personne physique et identifiable* ».

Comme nous l'avons développé plus haut, une donnée ne doit pas être considérée comme une information<sup>1470</sup>.

**588.** Qui plus est, il est très important de garder présent à l'esprit que toute donnée génétique n'est pas informationnelle et que toutes les caractéristiques génétiques héréditaires ne renseignent pas nécessairement sur les données génétiques dont elles dépendent.

**589.** Il nous semble donc qu'il eût été plus sage de ne pas faire dire au considérant (34) du règlement que les « données génétiques » devraient être considérées comme des « informations » personnelles et nous suggérons que la définition du N°13 de l'article 4 soit revue et corrigée pour se lire :

*Les données génétiques « sont » relatives aux caractéristiques génétiques héréditaires ou acquises d'une personne physique qui « peuvent fournir » des informations uniques sur la physiologie ou l'état de santé de cette personne physique. Elles sont obtenues notamment après analyse d'un échantillon biologique de la personne physique en question »*

**590.** Ces dispositions revêtent une importance particulière au regard des collectes de données génétiques effectuées lors de tests ADN pratiqués dans les procédures pénales<sup>1471</sup> et lors des tests génétiques prédictifs effectués en milieu médical selon les recommandations de la Convention d'Oviedo et de ses protocoles additionnels<sup>1472</sup>. La problématique prendra une autre dimension

---

*chromosomes, de l'acide désoxyribonucléique (ADN) ou de l'acide ribonucléique (ARN), ou de l'analyse d'un autre élément permettant d'obtenir des informations équivalentes. »*

<sup>1470</sup> Les définitions proposées à l'article 3 de la Directive 2016/680, reprennent les mêmes termes que ceux du règlement pour ce qui est des définitions des données à caractère personnel (1) et des données génétiques (13).

<sup>1471</sup> Pour un regard historique sur cette problématique, voir G. A. Van EIKEMA HOMMES « Le test ADN et la procédure pénale en Europe » RSC (1993) pp 679-695

<sup>1472</sup> Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine Oviedo, 4.IV.1997 <https://rm.coe.int/168007cf99>, Protocole additionnel a la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la recherche médicale du 30 juin 2004

lors que nous considèrerons les tests génétiques en accès libre disponibles aujourd'hui dans plusieurs pays d'Europe et en Amérique du Nord.

b. Les données génétiques dans le droit français

**591.** En France, les données génétiques ne sont pas définies en tant que telles par la loi Informatique et Libertés de 1978 (dernière version consolidée au 28 août 2018). C'est avec la loi de bioéthique du 29 juillet 1994 qu'un premier cadre contraignant concernant « *l'étude génétique des caractéristiques d'une personne* » apparaît avec l'insertion de 4 articles au chapitre III, titre Ier, livre Ier du Code civil, intitulé « *De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques* ». L'un d'eux limite « *l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne* » à des seules fins médicales (art. 16-10), et un autre restreint « *l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques* » qui « *ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique* » (art 16-11). Cet article dispose également « *en matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation* ».

Les articles 5, 6 et 8 de la loi de 1994 fixent les conditions d'identification des personnes sur la base de leur empreintes génétiques et l'article 8 insère, dans le chapitre VI du titre II du livre II du Code pénal, une section intitulée : « *Des atteintes à la personne résultant de l'étude génétique de ses caractéristiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques* » contenant six articles fixant les peines encourues à la suite d'une exploitation non conforme à la loi, d'information génétique humaine <sup>1473</sup>.

---

[http://www.ub.edu/rceue/archivos/Protocole\\_Recherche\\_Biomedicale.pdf](http://www.ub.edu/rceue/archivos/Protocole_Recherche_Biomedicale.pdf) et Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales du 27 novembre 2008 <https://rm.coe.int/1680084838>

<sup>1473</sup> Art. 226-25 (07/08/2004) « *Le fait de procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique, ou à des fins médicales ou de recherche scientifique, sans avoir recueilli préalablement son consentement [ ] est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.* » Art. 226-26(07/08/2004) - « *Le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'examen de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.* » Art. 226-27 (16/03/2011) « *Le fait de procéder, [ ] à son identification par ses empreintes génétiques à des fins médicales ou de recherche scientifique ou au*

Avec les révisions de la loi de bioéthique en 2004, et celle de 2011 qui ratifie la Convention d'Oviedo de 2008, l'article 1131-1 du Code de la santé publique<sup>1474</sup>, dispose que « *L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou son identification par empreintes génétiques sont régis par les [articles] du chapitre III du Code civil (Titre I, Livre I)* » mentionnés plus haut.

Aucune mention particulière ne permet de préciser à quoi la formulation « *l'examen des caractéristiques génétiques* » s'adresse, bien que l'on puisse supposer qu'il se rapporte à la collecte et à l'analyse de « données génétiques » telles que définies précédemment.

**592.** Si ces textes légaux encadrent bien le traitement des « caractéristiques » génétiques, il n'en reste pas moins que la confusion relevée dans les textes internationaux est également retrouvée dans un langage « normatif » qui confond les notions de « donnée » et « information » quand il s'agit de la matière génétique.

**593.** Se rangeant derrière les définitions énoncées dans les déclarations de l'UNESCO et dans le RGPD, la CNIL considère elle aussi, que les données génétiques sont des données à caractère personnel qui, s'apparentent à « *toute information relative à une personne physique directement identifiée ou seulement identifiable* », mais en précisant toutefois que les données génétiques « *ne sont pas des données personnelles comme les autres* »<sup>1475</sup>.

Serait-ce à dire que ce ne sont pas des informations ?

Pas vraiment. La spécificité des données génétiques selon la CNIL, tient au fait que « *Particulièrement intimes, de plus en plus significatives, potentiellement très discriminantes*<sup>1476</sup> »,

---

*prélèvement de ses traces biologiques à titre d'ascendant, descendant ou collatéral aux fins de l'établissement, par ses empreintes génétiques, de l'identité d'une personne mentionnée au 3° du même article, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. » Art. 226-28 (09/07/2011) « Le fait de rechercher l'identification par ses empreintes génétiques d'une personne en dehors des cas prévus à l'article 16-11 du code civil ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure de vérification d'un acte de l'état civil entreprise par les autorités diplomatiques ou consulaires dans le cadre des dispositions de l'article L. 111-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est puni d'un an d'emprisonnement ou de 15 000 € d'amende. »*

<sup>1474</sup> Le premier alinéa de l'article L1131-1 en vigueur du 22 juin 2000 au 7 août 2004 disposait « *L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou son identification par empreintes génétiques, lorsqu'elle n'est pas réalisée dans le cadre d'une procédure judiciaire, ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique et qu'après avoir recueilli son consentement.* »

<sup>1475</sup> I. FALQUE-PIERROTIN (2017) « Avant-propos de la présidente » in Les données génétiques p8. Point CNIL La documentation française

<sup>1476</sup> V. *supra* n° 25

ces données bénéficient, sur le plan législatif, d'un statut particulièrement protecteur qui a été récemment renforcé par le règlement européen sur la protection des données personnelles.

**594.** Nous ne nions pas que les données génétiques codées par l'ensemble du génome soient des caractéristiques extraordinaires qui doivent la fascination et l'engouement socioéconomique et scientifique qu'elles déclenchent, à la nature de leur support physique, l'ADN, fondation originelle de la vie cellulaire.

Cependant, comme nous voulons le redire avec vigueur, les données accumulées n'ont de sens informationnel que si elles sont interprétées et il nous semble essentiel que le système juridique distingue dans les textes touchant à l'hérédité et à l'expression des gènes humain, la protection due aux données en tant que telles et la protection due aux informations que leur exploitation permet de recueillir.

### *B. L'information génétique*

**595.** Il est communément avancé que l'information génétique est codée par le génome. Encore faut-il préciser à quel type d'information cette affirmation se rapporte.

S'agit-il des instructions qui, nécessaires au développement et au fonctionnement cellulaires, sont inscrites dans l'arrangement des nucléotides au sein des molécules d'acides nucléiques ?

Ou s'agit-il des informations que l'expérimentateur obtient par ses interprétations, d'ailleurs souvent guidées par les questions auxquelles il souhaite répondre ?

On l'aura bien compris, une conjoncture idéale pour le progrès de la connaissance, est atteinte lorsque les informations que l'on peut extraire des données acquises aux fins d'une analyse expérimentale, correspondent aux informations qui sous-tendent la vie de la cellule dans son ensemble.

**596.** Cependant il est toute une masse d'informations que l'expérimentateur acquiert de ses différentes interprétations, qui se trouvent être très utiles pour l'Homme et la société, sans qu'elles le soient au niveau cellulaire.

Il s'agit, par exemple, des recherches effectuées selon des méthodes qualifiées de « bio-informatique » par lesquelles les chercheurs sont capables d'associer une caractéristique

structurale de l'ADN à l'expression d'un phénotype particulier, d'identifier des profils génétiques utilisés en criminologie, ou d'établir des diagnostics prédictifs concernant certaines pathologies ou prédispositions réactionnelles à des composantes environnementales.

Nous ne considèrerons pas ici le cas des informations génétiques que la cellule exploite pour assurer son maintien dans le milieu qui l'entoure, mais uniquement quelques exemples d'exploitations scientifiques de l'information génétique ayant donné lieu à des applications ouvrant, pour certaines d'entre elles, des perspectives aujourd'hui au centre de questions brûlantes de bioéthique et de droit.

### *1. Identification des données génétiques individuelles*

**597.** Nous avons vu précédemment<sup>1477</sup> que l'analyse génétique de l'ADN provenant de patients atteints de maladies héréditaires avait permis d'identifier des mutations responsables de phénotypes morbides. Dans le cas de maladies monogéniques comme la phénylcétonurie<sup>1478</sup> qui a servi de modèle à l'identification des bases constitutionnelles génétiques du phénotype pathologique, la relation est solide. L'altération fonctionnelle du produit d'un gène (PAH) rendait compte du phénotype<sup>1479</sup>.

---

<sup>1477</sup> V. *supra* n° 323

<sup>1478</sup> La phénylcétonurie est une maladie génétique autosomale récessive qui se traduit par un retard mental plus ou moins sévère, dû à une accumulation nocive de phénylalanine (acide aminé normal métabolisé dans l'organisme). La transformation de la phénylalanine excédentaire qui est effectuée normalement par la phénylalanine hydroxylase (PAH) pour former de la tyrosine (autre acide aminé essentiel chez l'homme) ne se produit pas à cause d'une altération du gène codant pour la PAH. Le dépistage de la phénylcétonurie est réalisé par le test sanguin de Guthrie non obligatoire mais très conseillé, pratiqué à la naissance des nourrissons. Ce test permet aussi de diagnostiquer 6 autres maladies graves non détectables à la naissance pour lesquelles des traitements sont disponibles et qui constituent des problèmes de santé importants (hypothyroïdie congénitale, hyperplasie congénitale des surrénales, drépanocytose, galactosémie, déficit en biotinidase et mucoviscidose). Grâce à l'évolution des techniques, une seule goutte de sang permet la détection de 50 autres pathologies rares. Accepté dans certains pays, l'élargissement du test à des maladies dont certaines sont incurables pourrait constituer, selon certains pédiatres, un risque de violation de la vie privée avec l'utilisation du test infantile pour dévoiler le caractère familial de pathologies diverses et ouvrir la porte à une dérive incontrôlée. Voir Colloque AFDPHE, 10 janvier 2013 Ministère des Affaires sociales et de la Santé [http://www.afdphe.org/sites/default/files/40%20ans%20de%20d%C3%A9pistage%20n%C3%A9onatal\\_AFDPHE.pdf](http://www.afdphe.org/sites/default/files/40%20ans%20de%20d%C3%A9pistage%20n%C3%A9onatal_AFDPHE.pdf)

<sup>1479</sup> Cependant la situation est compliquée par le fait que plus de 500 mutations (définissant autant d'allèles) identifiées au niveau du gène porté par le grand bras du chromosome 12 (à la position 12q22-q24.2) peuvent altérer de manière plus ou moins importante l'activité de la PAH

Dans le cas de maladies neurodégénératives telles que les maladies d'Alzheimer et de Parkinson, la situation est plus complexe ces pathologies sont polygéniques et multifactorielles, ce qui complique leur analyse.

A partir des années 70, une étape méthodologique importante a été franchie avec la mise en œuvre de tests génotypiques visant à identifier une mutation associée à la transmission héréditaire de la maladie de Tay Sachs<sup>1480</sup> et dans les années 80, l'usage de tests prénataux sous contrôle médical s'était bien répandu. C'est à partir des années 90 que les premiers tests génétiques prédictifs ont été utilisés pour identifier des mutations prédisposant au cancer du sein ou du colon<sup>1481</sup>.

**598.** L'identification de loci génétiques impliqués dans l'expression d'un phénotype morbide requiert l'analyse d'un grand nombre d'échantillons. La force de l'association établie entre l'altération génotypique et le phénotype considéré dépend du nombre d'observations<sup>1482</sup>. Si tous les individus atteints d'une maladie simple sont déficients pour la même fonction, on peut

---

<sup>1480</sup> La maladie neurodégénérative de Tay-Sachs, qui se manifeste par un déficit intellectuel et une cécité, se transmet sur le mode récessif autosomique. Le gène muté codant pour la sous-unité alpha de l'hexosaminidase A (HEXA) a été localisé sur le chromosome 15(15q23) Pour plus d'informations voir :

[http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC\\_Exp.php?Lng=FR&Expert=845](http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?Lng=FR&Expert=845)

<sup>1481</sup> Pour une vue d'ensemble des test génétiques consulter le manuel publié par le National Institutes of Health : Genetic Testing, Benefits, costs, risks, and limitations of genetic testing <http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing?show=all>

<sup>1482</sup> L'approche suivie dans l'identification d'une liaison causale entre une mutation et un phénotype morbide chez l'Homme est évidemment compliquée par le fait qu'il n'est pas possible d'introduire une mutation chez le sujet pour en étudier les conséquences, comme cela est réalisé dans les analyses génétiques effectuées avec des modèles expérimentaux. Une méthode classiquement utilisée par les généticiens pour identifier les gènes impliqués dans une voie biologique normale, pour lequel un phénotype est connu, consiste à analyser le matériel génétique de sujets incapables d'effectuer les réactions qui sont impliquées dans cette voie. Le raisonnement suivi est comparable à celui d'un observateur qui, voulant identifier le rôle des corps de métiers intervenant dans la construction d'une maison, examinerait les conséquences de l'absence de l'un d'entre eux sur le résultat final. Si le vitrier est absent, la maison n'a pas de fenêtre, et si le couvreur est absent la maison n'a pas de toit. Pour s'assurer que ces deux types d'artisans sont vraiment nécessaires à la pose des fenêtres et du toit, l'observateur va rechercher des maisons qui en sont dépourvues afin de déterminer quel corps de métier n'a pas participé à la construction. Plus le nombre de maisons défectueuses analysées est élevé, plus la conclusion est confortée et plus on peut affirmer le rôle de chacun. Dans certains cas, l'absence d'un seul artisan pourra avoir des conséquences très importantes. Par exemple, l'absence d'un maçon empêchera tout assemblage. Dans les systèmes expérimentaux le chercheur introduira des mutations dans le génome pour vérifier que le rôle qu'il leur a assigné est compatible avec la perturbation créée

conclure sans risque de se méprendre, que des altérations du gène codant cette fonction peuvent être utilisées comme des indicateurs de risque<sup>1483</sup> vis à vis de cette maladie.

**599.** Des approches globales (Genome-Wide Association Studies - GWAS)<sup>1484</sup> visant à identifier des associations informatives entre des traits phénotypiques humains, normaux ou pathologiques et des polymorphismes géniques au niveau de nucléotides uniques (Single Nucleotide polymorphism – SNP) ont fourni des informations qui sont des outils très précieux pour les évaluations prédictives effectuées dans le cadre des tests génétiques médicaux ou réalisés à titre personnel dans les pays qui les autorisent.

Après des débuts difficiles<sup>1485</sup> les GWAS ont été grandement facilitées par les progrès de la biologie moléculaire, la cartographie des gènes humains sur les différents chromosomes et le séquençage total du génome humain. Les SNPs identifiés par cette technique sont considérés aujourd’hui comme des marqueurs prédictifs pour un grand nombre de pathologies et toute une variété de traits phénotypiques chez l’homme<sup>1486</sup>. Il est important de garder en mémoire que la

---

<sup>1483</sup> La notion de risque dans ce contexte est trop souvent mal perçue. Elle doit être bien définie et comprise. En épidémiologie le risque se définit comme la probabilité qu’une maladie survienne à un moment donné ou pendant une période temps définie. C’est le risque absolu. On appelle facteur de risque tout facteur modifiant la probabilité de survenue du risque considéré. Si on compare le risque absolu d’un individu à un autre, on peut exprimer un risque relatif, qui est le rapport entre le risque du patient et celui de l’individu de référence. Pour une description plus approfondie voir par exemple « Épidémiologie descriptive : taux, rapports, risque etc » - [http://www.med.uottawa.ca/sim/data/Epidemiology\\_rates\\_f.htm](http://www.med.uottawa.ca/sim/data/Epidemiology_rates_f.htm)

<sup>1484</sup> Pour une description de la technique et de ses applications voir A. SCHERER « GWAS » (2017) 3<sup>e</sup> édition, Golden Helix Inc.

<sup>1485</sup> La pertinence des GWAS a pendant un certain temps remise en cause par ceux qui ne voyaient dans ces études que des imprécisions que nous avons qualifiées de « défauts de jeunesse » et qui ne devaient pas remettre en cause le développement d’approches nouvelles très prometteuses. B. PERBAL (2014) « Communication is the key. : Part 2 : Direct to consumer genetics in our future daily life ? » (V. *supra* n° 404)

<sup>1486</sup> Avec les cohortes de très grands nombres de sujets analysés, plusieurs milliers de mutations ponctuelles polymorphiques ont été associées de manière significative à l’expression de traits phénotypiques chez l’Homme. Le catalogue publié et mis à jour par le European Bioinformatics Institute (NHGRI-EBI) recense à la date du 10 avril 20018, un total de 3349 GWAS publiées ayant permis l’identification de 59967 associations significatives de SNP uniques avec des traits phénotypiques humains, normaux ou pathologiques. On relèvera par exemple les études qui ont identifiés des SNPs associés à la maladie Crohn (12,194 sujets) K. M. de LANGE *et al.* “Genome-wide association study implicates immune activation of multiple integrin genes in inflammatory bowel disease” *Nat Genet* (2017) 49 : 256-261; au cancer du sein (76192 sujets) K. MICHALIDOU *et al.* « Association analysis identifies 65 new breast cancer risk loci” *Nature* (2017) 551 : 92-94; à la longévité (avec 6036 sujets de 90 ans et plus) L. BROER, *et al.* “GWAS of Longevity in CHARGE Consortium Confirms APOE and FOXO3 Candidacy” *J Gerontol A Biol Sci Med Sci* (2015) 70 :110–118; à l’apparition de cataracte liée au vieillissement M. D. RITCHIE *et al.* « Electronic medical records and genomics (eMERGE) network exploration in cataract : Several new potential susceptibility loci “ *Mol Vis* (2014) 20 : 1281–1295; à des désordres psychiatriques (122 886 sujets) M.-T. LO *et al.* « Genome-wide analyses for personality traits identify six genomic loci and show correlations with psychiatric disorders » *Nat Genet* (2017) 49 : 152–156, à l’amabilité et autres traits de la personnalité (76551 sujets) O. B. SMELAND *et al.* « Identification of genetic loci



présence d'un gène muté ou d'une mutation dans une région d'ADN codant ou non-codant ne signifie pas que les mutations soient responsables du phénotype observé. Tout au plus, peut-on espérer établir que leur présence, leur détection, soit associée au phénotype considéré, qu'il soit pathologique ou normal.

**600.** Depuis quelques années des nouvelles approches fondées sur le séquençage à haut débit (HTS pour High Throughput Sequencing<sup>1487</sup>) d'exomes<sup>1488</sup> et de génomes entiers<sup>1489</sup> humains tendent à supplanter les GWAS en fournissant des indications globales concernant la nature et l'organisation des données génétiques réparties dans l'intégralité du génome, ainsi que leur conservation et leur représentativité au sein de l'espèce humaine.

Ce type d'approche a permis d'affiner considérablement l'analyse des génomes humains et l'établissement de profils génétiques, ou cartes de données génétiques, dont les utilisations largement le cadre des analyses médicales<sup>1490</sup> et judiciaires<sup>1491</sup> qui sont, au demeurant, les seules que les législations française et européenne autorisent.

---

shared between schizophrenia and the Big Five personality traits » *Sci Rep* (2017) May 7(1) : 2222; la consommation régulière de café N PIRASTU *et al.* « Non-additive genome-wide association scan reveals a new gene associated with habitual coffee consumption *Sci Rep* (2016) 6 : 31590; et le chronotype matinal ou lève-tard (128 266 sujets) S. E. JONES *et al.* Genome-Wide Association Analyses in Identifies New Morningness and Sleep Duration Loci *PLOS Genet* (2016) 12(8): e1006125

<sup>1487</sup> J. A. REUTER, D. V. SPACEK, M. P. SNYDER « High-throughput sequencing technologies » *Mol Cell* (2015) 58 : 586-589

<sup>1488</sup> M. WANNER « Genomes versus exomes versus genotypes » (2018) The Jackson Laboratory <https://www.jax.org/news-and-insights/jax-blog/2016/september/genomes-versus-exomes-versus-genotypes>; LR LOPES *et al.* « Use of high-throughput targeted exome-sequencing to screen for copy number variation in hypertrophic cardiomyopathy » *Eur J Med Genet* (2015) 58 : 611-616

<sup>1489</sup> Y. CHAN *et al.* « Enabling multiplexed testing of pooled donor cells through whole-genome sequencing » *Genome Med* (2018) 10 : 31.; H CHENG, *et al.* « Truncating Variants in NAA15 Are Associated with Variable Levels of Intellectual Disability, Autism Spectrum Disorder, and Congenital Anomalies » *Am J Hum Genet* (2018) Apr 9. pii: S0002-9297(18)30093-4. [Epub ahead of print]; S.M. CASPAR *et al.* « Clinical sequencing: From raw data to diagnosis with lifetime value. » *Clin Genet* (2018) 93 : 508-519

<sup>1490</sup> Les pratiques médicales utilisant des tests génétiques sont très encadrées juridiquement en France, par les lois de bioéthique et la loi n° 2013-715 du 6 août 2013 « relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires », aussi bien pour ce qui concerne la protection de la vie privée individuelle et de la dignité humaine que pour ce qui touche aux limites dans lesquelles la pratique des tests est acceptable. Les règles de bonne pratique applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales ont été fixées par un arrêté du 27 mai 2013. (Pour une présentation récente et approfondie de ces aspects, qui sortent du cadre de notre étude, voir A. PIGEON « Les enjeux juridiques de l'accès à l'information génétique » (2016) Thèse de Doctorat de Droit Université Toulouse 1 Capitole. Voir aussi A. DEBET *et al.* « Informatique et libertés » (2015) Lextenso éditions). L'exploration biomédicale des données génétiques altérée est poursuivie dans des études concernant les bases génétiques de

## 2. La valorisation des données génétiques

**601.** Nous vivons « *les prémices d'une révolution médicale et socio-économique de grande envergure* »<sup>1492</sup> qui trouve ses racines dans les avancées prodigieuses de la génétique moléculaire auxquelles on doit une meilleure compréhension des mécanismes de l'expression du soi et des informations génétiques qui président à l'expression des caractéristiques phénotypiques spécifiques à chaque individu.

Bien que l'obtention et l'utilisation des données génétiques en France soient limitées par des cadres juridiques très contraignants, il nous a semblé important, dans cette étude, d'examiner comment l'information générée par l'interprétation des données génétiques a été exploitée, essentiellement dans les pays anglo-saxons et en Asie, pour faire bénéficier les populations d'avancées importantes pour le bien-être social, au travers d'un accès interactif à des données génétiques individuelles et à la mise en place de programmes de médecine personnalisée dans le cadre d'une gestion des problèmes de santé plus adaptée aux besoins sociétaux actuels.

---

diverses pathologies héréditaires pouvant être liées au sexe, à des altérations portées par les chromosomes sexuels et autosomaux ou à des défauts de l'ADN mitochondrial (voir plus loin). Nous ne mentionnerons ici que les résultats publiés très récemment en ce qui concerne une recherche des données génétiques altérées dans le génome de 11 000 tumeurs représentant 33 différents types de cancers, menée dans le cadre d'une collaboration internationale très large [L. DING et 33 collaborateurs et The Cancer Genome Atlas Research Network « Perspective on Oncogenic Processes at the End of the Beginning of Cancer Genomics » *Cell* (2018) 173 : 305-320] qui a identifié 300 gènes ayant un rôle moteur dans le développement tumoral et plus de 3400 mutations oncogéniques. La détection de ces données génétiques chez les patients devrait faciliter la mise au point prochaine de traitements personnalisés

<sup>1491</sup> Dans les domaines du Droit qui nous intéressent ici, les comparaisons de données génétiques (profils génétiques) sont largement utilisées par les instances judiciaires en criminologie, comme nous l'avons vu précédemment, mais également dans des recherches de paternité ou de filiation. Par exemple, une recherche rapide effectuée sur le site officiel « Legimobile » avec les mots clefs « ADN+filiation » sort 43 arrêts dont 23 de la Cour de cassation et 20 de différentes Cours d'appel entre 1992 et 2018

(<https://legimobile.fr/search?q=adn+filiation&corpus=fr%2Fjp%2Fj>). L'exploitation des données génétiques pour l'établissement de portraits-robots à des fins criminalistiques a fait l'objet de critiques sévères. Dans son « Avis relatif à l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques » la Commission nationale consultative des droits de l'Homme déclarait au §29 du Chapitre intitulé « Nécessité d'un cadre législatif » que « la collecte, l'analyse, la conservation ou le traitement des données génétiques constitue une ingérence dans la vie privée de l'individu au sens de l'article 8 de la Conv.EDH » En ce qui concerne l'exploitation des données pour en tirer des informations relatives aux caractères morphologiques apparents d'une personne (établissement d'un portrait-robot), la Commission rappelle que « aucun texte [à cette date] ne prévoit explicitement la faculté d'ordonner une expertise aux fins de révéler » ces caractères à partir de l'ADN de la personne. Cet avis faisait suite à la décision de la Cour de cassation qui « à l'encontre de l'avis de l'avocat général...avait considéré que les règles posées par les articles 16-10 et 16-11 du Code civil ne trouvaient pas à s'appliquer » dans le cas considéré, où il fut posé que l'ADN analysé avait été analysé à partir d'une trace que l'individu avait laissé sur le site de son exaction. Cass. Crim., n° 3280 25 juin 2014 Bulletin criminel 2014, n° 166

<sup>1492</sup> B. PERBAL « Pour une liberté surveillée des tests génétiques » *Petites affiches* (2015) 179-180 : 10-16

Continuer à s'appuyer sur un arsenal législatif qui a mal vieilli nous coupe, sur un plan socio-économique, de la manne que représente une exploitation actualisée des progrès de la Biologie<sup>1493</sup>. La frilosité de la France et de ses législateurs moralistes a déjà exclu le pays des circuits technologiques modernes<sup>1494</sup>. Seules les nations scientifiquement les plus avancées auront le pouvoir d'imposer leurs décisions dans les domaines d'application biotechnologiques révolutionnaires et auront entre les mains l'avenir des sociétés futures.

**602.** L'engouement du public pour les sciences de la vie et en particulier pour tout ce qui touche à la biologie de l'ADN, combiné à l'accumulation des données génétiques obtenues par les techniques d'association décrites plus haut, a constitué le terreau favorable à la réussite sociale et économique des tests génétiques en accès libre et à une recrudescence de la quête vers une meilleure connaissance des origines de l'Homme.

De plus en plus d'individus souhaitent aujourd'hui prendre leur santé en main, décider par eux-mêmes s'ils désirent mieux se connaître biologiquement et choisir s'ils le désirent d'obtenir des informations concernant le patrimoine génétique qu'ils ont reçu, qu'ils possèdent et qu'ils transmettent

Dans ce contexte, l'interdiction de l'accès public aux données génétiques en France qui pouvait sembler nécessaire à certains esprits opposés à l'application de techniques modernes mettant en danger leurs conceptions morales ou religieuses, risque finalement de renforcer un « tourisme génétique » dont les conséquences sont déjà dramatiques.

Mais que sont donc ces tests prohibés ? et quels problèmes juridiques posent ils ?

a. Les tests génétiques en accès libre

**603.** Plusieurs compagnies privées se sont engagées, dès 2006, dans la mise au point et la distribution commerciale sur internet de « tests génétiques proposés directement aux

---

<sup>1493</sup> *Ibid*

<sup>1494</sup> Dans un article publié au moment où ces lignes sont écrites, P. FROGUEL « La France peut-elle rattraper son retard en médecine génomique ? » (2018) Le Figaro Edition du 15 avril, l'auteur lui aussi, déplore l'état de retard dramatique accumulé par la France qu'il attribue à « *une réglementation moyenâgeuse qui assimile la génétique à de la sorcellerie et interdit de fait tout examen qui ne passe pas par un parcours du combattant interminable, contrôlé par les intérêts corporatistes de certains professionnels de santé et surtout limité par des puritains qui voient le diable (eugéniste, avorteur, apprenti sorcier, escroc) chez chaque généticien clinique.* »

consommateurs » (Direct to Consumer Genetic Testing, DTC GT, ou Tests Génétiques en accès libre, TGAL), ne nécessitant pas de prescription médicale <sup>1495</sup>.

Les tests proposés recherchent dans l'ADN du consommateur, la présence de mutations « informatives » dont la présence a été associée à un trait humain normal ou pathologique<sup>1496</sup>. Ils sont généralement effectués à partir d'un simple échantillon de salive collecté par les consommateurs eux-mêmes, après que ceux-ci aient retourné l'échantillon à la compagnie. Quelques semaines plus tard, le client reçoit un bilan qui lui indique des informations personnelles concernant l'interprétation de ses données génétiques.

L'extrême simplicité du processus a conquis de très nombreux consommateurs. Une simple commande en ligne suffit pour recevoir le kit de prélèvement de salive et les instructions de retour. Les données génétiques conservées dans les bases de données de la Compagnie sont accessibles à tout moment par le client qui bénéficie des conseils de personnels qualifiés.

Nous reviendrons plus loin sur ce qui concerne les aspects juridiques concernant la propriété et la protection des données collectées sur ce type de sites, car au même titre que ceux qui sont prélevés pour les profils génétiques en criminologie, les échantillons analysés donnent accès à tout le patrimoine génétique des individus qui les ont fournis.

#### b. L'encadrement légal des tests génétiques en accès libre par la FDA

**604.** Dès les premières commercialisations de ces kits aux USA, les compagnies ont été soumises à un feu nourri de critiques excessives émanant des communautés scientifiques, médicales et paramédicales. Le corps médical, assimilant les tests à des analyses médicales réclamait qu'ils soient soumis à la même réglementation<sup>1497</sup>.

---

<sup>1495</sup> Pour un historique plus complet voir B. PERBAL « Communication is the key : Part 2 : Direct to consumer genetics in our future daily life ? (V. *supra* n° 404)

<sup>1496</sup> Ce génotypage tire parti des SNPs pour lesquels des associations avec un phénotype particulier ont été établies (V. *supra* n° 599 et *infra* n° 605). Les séquences correspondant à ces loci sont greffés sur des « bio-puces » (DNA microarrays) qui sont utilisées dans des expériences d'hybridation pour détecter des séquences complémentaires dans les ADN testés (voir par exemple « DNA microarray steps (procedure) and applications » <https://www.biologyexams4u.com/2014/05/dna-microarray-steps-procedure.html#.WuHLUMg68fw>; P. VALE « Les puces à ADN : un grand saut pour la recherche » (2004) Banques des savoirs <http://www.savoirs.essonne.fr/thematiques/la-vie/biologie-genetique/les-puces-a-adn-un-grand-saut-pour-la-recherche/>

<sup>1497</sup> « La pratique des tests génétiques à caractère médical est encadrée par la loi HIPAA (Health Insurance Portability and Accountability Act ) amendée en 2013 par un texte omnibus (Omnibus Final Rule) pour y introduire

Cette position qui est encore très marquée dans certains pays de l'Union Européenne, a souvent été qualifiée de « paternaliste » et excessive dans la mesure où de nombreux médecins reconnaissent eux-mêmes ne pas être compétents pour interpréter les résultats de tels tests et ne pas avoir le temps d'acquérir la formation nécessaire qui leur permettrait de faire face aux progrès fulgurants des technologies dans ce domaine<sup>1498</sup>.

Lorsque 23andMe décida d'inclure dans ses tests un dépistage de mutations BRCA<sup>1499</sup> associées signant un risque de développer des cancers du sein, la FDA réagit en lui demandant de cesser dès 2013 la commercialisation aux USA de tests en accès libre fournissant aux clients des interprétations médicales, sans lui interdire de fournir des données génétiques brutes<sup>1500</sup>.

Après avoir accusé un ralentissement de son activité à la suite de cette interdiction<sup>1501</sup>, la compagnie a mis ses tests sur le marché de Grande Bretagne dès 2014<sup>1502</sup>.

---

notamment des règles concernant la collecte, l'utilisation, le stockage et la divulgation de l'information génétique médicale au niveau fédéral. Les modalités de protection des informations concernant les sujets humains au niveau fédéral sont précisées dans le texte de « Common Rule ». Des réglementations propres aux différents États américains se surimposent aux cadres législatifs nationaux ». *Ibid* B. PERBAL (2014) V. *supra* n° 603 ; I. SAMPLE « Genetics tests flawed and inaccurate, say Dutch scientists » The Guardian Edition du 30 mai 2011

<http://www.theguardian.com/science/2011/may/30/genetics-tests-flawed-dutch-scientists>

<sup>1498</sup> D. Mac ARTHUR (2011) « American Medical Association: You Can't Look At Your Genome Without Our Supervision » Wired <https://www.wired.com/2011/02/american-medical-association-you-cant-look-at-your-genome-without-our-supervision/>;

<sup>1499</sup> *Ibid* B. PERBAL (2014) V. *supra* n° 603

<sup>1500</sup> Le Federal Food Drug and Cosmetic Act de 2004 et le Medical device regulation Act de 19976 attribuent à l'administration fédérale des produits pharmaceutiques et alimentaires (FDA) la charge de réguler les tests génétiques en tant que dispositifs médicaux. A. HOLPUCH « FDA orders genetics company 23andMe to cease marketing of screening service » (2013) The Guardian Edition du 25 novembre

<http://www.theguardian.com/science/2013/nov/25/genetics-23andme-fda-marketing-pgs-screening> ; J. L. WOODS

« Warning Letter » (2013) Public Health Service. Food and Drug Administration

<https://www.fda.gov/ICECI/EnforcementActions/WarningLetters/2013/ucm376296.htm>

<sup>1501</sup> J. KISS « 23andMe admits FDA order 'significantly slowed up' new customers » (2014) The Guardian Edition du 9 mars <https://www.theguardian.com/technology/2014/mar/09/google-23andme-anne-wojcicki-genetics-healthcare-dna>;

S. GIBBS « DNA-screening test 23andMe launches in UK after US ban » (2014) The Guardian Edition du 2 décembre <http://www.theguardian.com/technology/2014/dec/02/google-genetic-testing-23andme-uk-launch>

<sup>1502</sup> A la date où ces lignes sont écrites, l'ADN des clients est testé pour 8 critères, incluant par exemple, des facteurs de risque pour le cancer du sein, la dégénérescence maculaire liée à l'âge (DMLA), l'apparition tardif de la maladie d'Alzheimer et la maladie de Parkinson, mais 8 variants relatifs au bien être tels que l'intolérance au lactose, la qualité du sommeil, les rougeurs liées à la consommation d'alcool, 22 variants relatifs à des caractéristiques physiques dont la couleur des cheveux, la forme du lobe de l'oreille, la texture des cheveux ou des taches de rousseur et une série de variants indicatifs de l'état de « porteur sains » pour 22 différentes conditions pathologiques codées par des gènes récessifs (syndrome de Bloom, fibrose kystique, bêta thalassémie, maladie de Gaucher, dystrophie musculaire, hyper insulïnémie, etc. Voir « List of Personalised Genetic Reports - 23andMe UK » ...<https://www.23andme.com/en-gb/dna-reports-list/>

Il est particulièrement intéressant de remarquer ici que la possibilité de faire analyser ses caractéristiques génétiques à partir d'échantillons d'ADN salivaire est offerte, contre un paiement de 99 livres sterling (110 euros le jour de la consultation du site), à 55 pays dont 27 pays européens parmi lesquels figure ...la France<sup>1503</sup> ! dont les articles L1133-4-1 du Code de la santé publique et 226-28-1 du Code pénal (créés par l'article 6 de loi 2011-814 du 7 juillet 2011) disposent : « *Le fait pour une personne de solliciter l'examen de ses caractéristiques génétiques [ ] en dehors des conditions prévues par la loi* », pour des raisons médicales, judiciaires ou de recherche, « *est puni de 3750 Euros d'amende* ».

**605.** L'interdiction prononcée à l'encontre de 23andMe par la FDA visant les tests rentrant dans la catégorie des dispositifs médicaux<sup>1504</sup>, la compagnie a réduit son offre<sup>1505</sup>.

Un premier pas vers un assouplissement de la régulation des tests en libre accès, a été fait en 2017 par la FDA avec l'autorisation donnée à la commercialisation de tests de dépistage génétiques de 10 maladies<sup>1506</sup>. A cette occasion, la FDA a clarifié ses attentes vis à vis de la

---

<sup>1503</sup> <https://eu.customercare.23andme.com/hc/en-us/articles/204712980-What-countries-do-you-ship-to>, dernière vérification le 19 septembre 2018. On notera que le même jour, la consultation d'une page du site 23andMe n'indique que 5 pays de destination en Europe (Danemark, Finlande, Irlande, Pays-Bas et Suède)

<sup>1504</sup> J. L. WOODS « Warning Letter » (2013) V. *supra* n° 604. En référence au kit commercialisé par 23andMe à cette époque, la FDA avait relevé qu'il devait être considéré comme dispositif médical de classe III, car il était vendu pour fournir des rapports médicaux concernant 254 maladies et pathologies « test kits are marketed for providing "health reports on 254 diseases and conditions » et qu'ils visaient à être utilisé pour le diagnostic, pour la guérison, l'atténuation, le traitement ou la prévention de maladies et autres pathologies, ou pour affecter la structure ou le fonctionnement du corps « is intended for use in the diagnosis of disease or other conditions or in the cure, mitigation, treatment, or prevention of disease, or is intended to affect the structure or function of the body ». La FDA classe les dispositifs médicaux dans trois catégories : class I risque le plus bas, par exemple fil dentaire, classe II risque moyen par exemple préservatif ou fauteuil roulant, et classe III tels que implants ou pace maker, qui doivent obtenir une autorisation de la FDA, alors que les classes I et II n'en ont pas besoin

<sup>1505</sup> La Compagnie 23andMe avait déjà été autorisée par la FDA à introduire dans son kit la recherche du statut de porteur pour la maladie de Bloom en février 2015. [« Today 19 februray 2015, 23andMe was granted authorization by the U.S. Food and Drug Administration (FDA) to market the Bloom syndrome carrier status report ».] (<https://blog.23andme.com/news/a-note-to-our-customers-regarding-the-fda/>); R. LOWES « 23andMe Relaunches Lower-Risk DTC Genetic Tests » (2015) Medscape Edition du 30 octobre <https://www.medscape.com/viewarticle/853481>

<sup>1506</sup> Au rang de ces pathologies se trouvent : la maladie de Parkinson (maladie neurodégénérative impactant les mouvements), le déclenchement tardif de la maladie d'Alzheimer (maladie neuro dégénérative progressive), la maladie coéliqua (incapacité de digérer le gluten), la déficience en apha-1 antitrypsine (emphysème pulmonaire, une cirrhose du foie) la dystonie primaire (trouble de la tension et de la tonicité musculaires), le déficit en facteur XI (troubles de la coagulation sanguine), la maladie de Gaucher type 1 (organomégalie, atteinte osseuse et cytopénie), le déficit en glucose-6-phosphate déshydrogénase ou favisme (anomalie enzymatique la plus répandue dans le monde, qui rend les érythrocytes sensibles à l'hémolyse lors d'un stress oxydatif lié à une infection ou à la prise de certains médicaments), l'hémochromatose héréditaire (surcharge de fer dans l'organisme due à une accumulation progressive), et la thrombophilie (thromboses veineuses)

précision, de la fiabilité et la pertinence médicale de ces tests<sup>1507</sup> qu'elle rangeait dans la classe II des dispositifs médicaux. Finalement, en 2018, la FDA a autorisé la commercialisation d'un test fournissant un rapport de risque génétique (Genetic Health Report GHR) concernant 3 mutations des gènes BRCA1/BRCA2 communément associées à des cancers du sein chez les femmes ayant une ascendance juive Ashkénase<sup>1508</sup>, sans que la détection de ces variants signe un développement obligatoire des cancers du sein<sup>1509</sup>.

Avec l'autorisation de commercialisation du nouveau test, la FDA précise d'emblée que les mutations identifiées par ce test sont spécifiques d'une certaine sous-population de femmes d'origine juive (environ 2% des femmes juives Ashkénases), alors qu'elles sont absentes ou faiblement représentées (0.1 % au plus) dans les populations féminines d'autres ethnies<sup>1510</sup>.

Ce test est uniquement informatif pour 3 des 1000 variants BRCA qui augmentent le risque de développer un cancer mammaire ou ovarien alors que les autres ne sont pas détectés<sup>1511</sup>. Certains observateurs en ont conclu que la FDA n'avait pas vraiment approuvé le test mais seulement

---

<sup>1507</sup> « Along with this authorization, the FDA is establishing criteria, called special controls, which clarify the agency's expectations in assuring the tests' accuracy, reliability and clinical relevance. » FDA allows marketing of first direct-to-consumer tests that provide genetic risk information for certain conditions (6 avril 2017) <https://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm551185.htm>

<sup>1508</sup> FDA allows marketing of first direct-to-consumer tests that provide genetic risk information for certain conditions (6 mars 2018) <https://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm599560.htm>

<sup>1509</sup> En plus des SNPs localisés dans les gènes BRCA, 65 nouveaux SNPs ont été associés à un risque accru de développer un cancer du sein, chacune des mutations étant associée à des augmentations faibles de risque, alors que les mutations dans les gènes BRCA ont un impact beaucoup plus significatif. Ces études portent à 180 les SNPs répartis dans environ 700 gènes, signant un risque accru pour le cancer du sein, (R. L. MILNE et al. Identification of ten variants associated with risk of estrogen-receptor-negative breast cancer (2017) *Nat Genet* 49:1767-1778; K. MICHAILIDOU et al. Association analysis identifies 65 new breast cancer risk loci *Nature* 551, 92-94 (02 November 2017); Breast cancer study uncovers new genetic variants for increased risk (2017) *The Guardian* Edition du 23 octob. <https://www.theguardian.com/society/2017/oct/23/breast-cancer-breakthrough-as-study-uncovers-new-genetic-variants-that-increase-risk>; New genetic variants associated with breast cancer identified (2017) *Behind The Headlines* –

Health News from NHS Choices <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmedhealth/behindtheheadlines/news/2017-10-26-new-genetic-variants-associated-with-breast-cancer-identified/>; Voir également à ce sujet B. PERBAL (2004) *V. supra* n° 603

<sup>1510</sup> J. P. STRUEWING et al. « The risk of cancer associated with specific mutations of BRCA1 and BRCA2 among Ashkenazi Jews » *N Engl J Med* (1997) 336 : 1401-1

<sup>1511</sup> FDA News Release. FDA authorizes, with special controls, direct-to-consumer test that reports three mutations in the BRCA breast cancer genes (2018) « Test only reports 3 out of more than 1,000 known BRCA mutations and negative result doesn't rule out increased cancer risk »

<https://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm599560.htm>; S. M. DOMCHEK « At-home genetic testing may be convenient, but it isn't complete » (2018) *STATnews* Edition du 14 mars <https://www.statnews.com/2018/03/14/genetic-testing-23andme-brca/>

validé une étude visant à rechercher les mutations BRCA dans une population très spécifique et restreinte<sup>1512</sup>.

**606.** Nous touchons ici à une faiblesse majeure de la technique de génotypage telle qu'elle est utilisée très largement par les compagnies commercialisant des kits de tests en accès libre qui ne reposent pas sur l'analyse de la totalité des gènes impliqués dans l'expression d'un phénotype complexe. En effet, pour des raisons à la fois économiques et techniques, les polynucléotides qui sont fixés sur les puces à ADN comme « détecteurs » de variants, n'en représentent qu'une sélection réduite<sup>1513</sup>.

Ce type d'analyse pouvant conduire à des résultats qui sont des « faux-négatifs » est aujourd'hui au centre d'une vive polémique. Il a été proposé que les compagnies fournissent à leurs clients des informations adéquates et que ces derniers soient aidés par un spécialiste du domaine pour l'interprétation des données obtenues lors des tests et qui potentiellement « peuvent faire plus de mal que de bien »<sup>1514</sup>.

On retrouve ici la différence fondamentale qui doit, selon nous, être faite entre les notions de « données » et « d'information ».

## **Chapitre 5. Vers une analyse globale des génomes.**

**607.** S'appuyant sur les problèmes rencontrés lors de mise en vente libre des tests de grossesse, Anne Wojcicki, défend l'idée selon laquelle les individus sont à même de mieux

---

<sup>1512</sup> C. JANSSENS « Opinion: No, FDA Didn't Really Approve 23andMe's BRCA Test » The Scientist Magazine (2018) Edition du 19 mars  
<https://www.the-scientist.com/?articles.view/articleNo/52103/title/Opinion--No--FDA-Didnt-Really-Approve-23andMe-s-BRCA-Test/>

<sup>1513</sup> Seuls les 3 variants 185delAG et 5382insC du gène BRCA1 et 6174delT du gène BRCA2 sont employés dans le test commercialisé par 23andMe (Voir le document publié par la FDA mentionnant les indications relatives à l'utilisation du PGS pour le risque génétique associé aux mutations BRCA1/BRCA2. Trade/Device Name: 23andMe PGS Genetic Health Risk Report for BRCA1/BRCA2 (Selected Variants) Regulation Name: Cancer Predisposition Risk Assessment System for BRCA1/BRCA2 Select Variants Class II September 1, 2017 ([https://www.accessdata.fda.gov/cdrh\\_docs/pdf17/DEN170046.pdf](https://www.accessdata.fda.gov/cdrh_docs/pdf17/DEN170046.pdf))

<sup>1514</sup> E. STALLINGS « Allowing 23andMe To Test For BRCA May Do More Harm Than Good » (2018) Huffington Post Edition du 30 mars  
[https://www.huffingtonpost.com/entry/opinion-stallings-23andme-brca\\_us\\_5ab90fe4e4b008c9e5f9b8cd;](https://www.huffingtonpost.com/entry/opinion-stallings-23andme-brca_us_5ab90fe4e4b008c9e5f9b8cd;)  
Rappelons qu'en France, le Conseil Génétique est obligatoire lors de la pratique encadrée des tests médicaux



contrôler leur santé lorsqu'ils ont un accès direct à leur patrimoine génétique<sup>1515</sup>. Elle déplore que la libéralisation, par la FDA, de la commercialisation des tests prédictifs de 23andMe, ne s'accompagne pas d'un changement des mentalités paternalistes médicales qui, en d'autres temps, avaient mis en garde les femmes vis à vis des décisions irrationnelles qu'elles pourraient prendre, compte tenu de leur incapacité à gérer les informations fournies par les tests <sup>1516</sup>.

**608.** Les limitations informationnelles du génotypage ont été contournées par le séquençage global des séquences codantes (whole exome sequencing WES) ou du génome entier (whole genome sequencing).

Pendant de nombreuses années, une certaine catégorie de généticiens a considéré que les parties non codantes de l'ADN étaient superflues et que seuls les exons devaient être l'objet d'analyses poussées. Cette vision simpliste de l'organisation du génome, maintenant dépassée, a fourni en son temps, la justification des programmes de séquençage de l'« exome » (ensemble des exons du génome), dont le coût était très inférieur au séquençage du génome entier.

Une application récente de la connaissance de l'exome humain a vu le jour dans un test proposant la détection d'un large panel de maladies génétiques chez les nouveaux-nés à partir d'un prélèvement de salive<sup>1517</sup>. Ce test repose sur le séquençage de 166 gènes codant 193

---

<sup>1515</sup> Les résultats préliminaires de l'étude « PeoplesSeq » en cours, indiquent qu'environ 20% des participants ostensiblement en bonne santé ont souhaité obtenir des informations sur leur patrimoine génétique pour des raisons liées à leur histoire familiale et sont plus enclins que les autres participants à penser que les informations obtenues leur serviront à améliorer leur santé future. Voir M. D. LINDERMAN , D. E. NIELSEN, R. GREEN « Personal Genome Sequencing in Ostensibly Healthy Individuals and the PeopleSeq Consortium" *J. Pers Med* (2016) 6, 14

<sup>1516</sup> A. WOJCICKI « Consumers don't need experts to interpret 23andMe genetic risk reports » (2018) STATnews Edition du 9 avril 2018 <https://www.statnews.com/2018/04/09/consumers-23andme-genetic-risk-reports/>; Wojcicki Says « Consumers Can Handle Results (2018) <https://www.genomeweb.com/scan/wojcicki-says-consumers-can-handle-results> » Intéressant pour les nombreux commentaires sur ce sujet; voir aussi pour ce qui concerne les débuts difficiles des tests de grossesse aux USA: P. KENNEDY « Who Made That Home Pregnancy Test? » (2012) The New York Times Edition du 27 juillet <https://www.nytimes.com/2012/07/29/magazine/who-made-that-home-pregnancy-test.html>; P. KENNEDY « Could Women Be Trusted With Their Own Pregnancy Tests? »

(2016) The New York Times Edition du 29 juillet. [https://www.nytimes.com/2016/07/31/opinion/sunday/could-women-be-trusted-with-their-own-pregnancy-tests.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2016/07/31/opinion/sunday/could-women-be-trusted-with-their-own-pregnancy-tests.html?_r=0)

<sup>1517</sup> R. HARIDY « New Sema4 DNA test screens your child for 193 genetic diseases (2018) New Atlas Edition du 8 février <https://newatlas.com/sema4-baby-dna-testing/53314/> »; N. LITCHFIELD « Sema4 Launches Supplemental Newborn Screening Test for 190+ Childhood-Onset Diseases » (2018) Business Wire Edition du 7 février <https://www.businesswire.com/news/home/20180207005333/en/Sema4-Launches-Supplemental-Newborn-Screening-Test-19>. Selon les données publiées par le fournisseur du test Sema4 Natalis la fréquence des maladies recherchées est telle qu'environ 1 enfant sur 150 est positif pour une des pathologies analysées, <https://sema4genomics.com/products/natalis/>

pathologies<sup>1518</sup>. Il analyse aussi comment les bébés affectés par ces pathologies sont susceptibles de répondre à 38 médicaments habituellement prescrits dans ces cas.

Comme pour tous les autres tests de ce type, pratiqués sur des individus en bonne santé, il est possible que les mutations soient détectées chez des enfants qui n'auront pas de symptômes avant plusieurs années.

Se pose alors la question de savoir si c'est une bonne chose de savoir ...et tous les parents ne souhaitent pas nécessairement<sup>1519</sup>.

**609.** Les progrès de la biologie moléculaire, qui ont mis en exergue l'importance des séquences non-codantes dans les mécanismes d'expression du génome et la réduction spectaculaire du coût des techniques de séquençage ont été deux facteurs clefs qui ont fait basculer l'attention des chercheurs vers des méthodes d'analyse globales des génomes entiers.

Plusieurs projets de séquençage global visant l'analyse de millions de génomes humains ont vu le jour dans plusieurs pays du monde depuis 2011.

**610.** Le premier projet américain Million Veteran Program<sup>1520</sup>, fut lancé en 2011 avec objectif annoncé d'établir la séquence de 1 million de génomes de vétérans et de constituer ainsi la plus grande base d'informations personnelles relative à la génétique, au style de vie, et à la santé de ses participants. Au cours de la même année, la Chine se lançait également en 2011 dans un programme de séquençage à grande échelle visant un million de génomes, suivie de l'annonce récente d'un programme de médecine personnalisée<sup>1521</sup>. Un projet ayant pour objectif le

---

<sup>1518</sup> La liste complète des gènes analysés est communiquée sur le site Sema4 Natalis <https://sema4genomics.com/products/natalis/conditions/>

<sup>1519</sup> E. MULLIN « A new DNA test will look for 190 diseases in your newborn's genetic code » *MIT Technology Review* (2018) Edition du 7 février <https://www.technologyreview.com/s/610197/a-new-dna-test-will-look-for-190-diseases-in-your-newborns-genetic-code/>

<sup>1520</sup> Million veteran program (sequencing). MVP <https://www.research.va.gov/mvp/veterans.cfm>

<sup>1521</sup> En 2011, la compagnie BGI (Beijing Genomic Institute) annonçait le « 1 million human genomes project ». Une compagnie chinoise rivale Novogen, constituée en 2011 s'est également lancée dans le séquençage à grande échelle. L'annonce d'un programme de médecine personnalisée chinois en 2016 (China initiative would pour billions into precision medicine <http://www.bioworld.com/content/china-initiative-would-pour-billions-precision-medicine-0>); 3 ways China is leading the way in precision medicine (<https://www.weforum.org/agenda/2017/11/3-ways-china-is-leading-the-way-in-precision-medicine/>); Precision medicine in China (Supplement de 68 pages!) Science/AAAS Custom Publishing Office and Bioyong ([http://www.sciencemag.org/sites/default/files/custom-publishing/documents/Bioyong-Precision-Medicine-supplement\\_Final.pdf](http://www.sciencemag.org/sites/default/files/custom-publishing/documents/Bioyong-Precision-Medicine-supplement_Final.pdf))

séquençage de cent millions de génomes a été lancé par J. C. Venter en 2016 aux USA<sup>1522</sup>, suivi par le « million-ome » de F. Collins qui fut la fondation du projet « Precision Medicine » annoncé en 2015 par le Président Obama »<sup>1523</sup>. En Europe, la Grande Bretagne s'est aussi lancée dans l'analyse globale génomique avec un objectif moins ambitieux qui devrait être plus rapidement atteint<sup>1524</sup>. Plus récemment, la Corée annonçait Korean Genome Project dont l'ambition est de séquencer l'ADN des 50 millions de coréens sur la planète.<sup>1525</sup>

**611.** Au-delà des effets d'annonce ambitieux que sont ces déclarations d'intention, elles révèlent les attentes du monde actuel vis à vis de l'exploitation des données génomiques, que ce soit sur un plan économique ou social. Bien entendu, la réalisation de projets ne suit pas toujours les prévisions et certains projets seront peut-être ajustés ou abandonnés.

Quoiqu'il en soit, les données accumulées jusqu'à présent dans ces approches globales ont déjà contribué à la création de nouveaux outils biotechnologiques très précieux dans les domaines de la génomique clinique et il n'est pas utopique de penser que les informations qui émaneront du séquençage global des génomes devraient permettre de progresser à grands pas dans la compréhension de la biologie humaine en ouvrant des voies nouvelles d'exploitation des données génétiques susceptibles de bouleverser nos sociétés.

Mais tout aussi fascinant ou effrayant que puisse apparaître le monde nouveau que nous promet l'exploitation des informations générées par l'analyse génétique du génome humain, elle ne peut se faire dans le chaos et en dehors de cadres qui sans être stérilisants devront fournir des plates-

---

<sup>1522</sup> A WEINTRAUB « Craig Venter's goal is to sequence 100 million genomes » MIT Technology Review (2016) Edition du 1er août

<sup>1523</sup> Precision Medicine: Improving Health and Treating Disease (2015) <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2015/01/21/precision-medicine-improving-health-and-treating-disease>; T CLARKE, S BEGLEY « U.S. proposes effort to analyze DNA from 1 million people » (2015) REUTERS Edition du 30 janvier <https://www.reuters.com/article/us-usa-obama-precisionmedicine/u-s-proposes-effort-to-analyze-dna-from-1-million-people-idUSKBN0L313R20150130>

<sup>1524</sup> Le « 100 000 Genomes project » initié en 2012 a pour but de séquencer le génome de 100 000 patients du National Health Service (NHS) de Grande Bretagne ayant des maladies rares, des maladies infectieuses ou des cancers, afin de développer des méthodes de diagnostic génétique pouvant être appliquées de manière routinière dans l'avenir. A la date du 24 avril 2018, le compteur affichait 55742 génomes séquencés. <https://www.genomicsengland.co.uk/> Voir NHS England Genomics (<https://www.england.nhs.uk/healthcare-science/personalisedmedicine/genomics/>) et RareDisease Genomics 2018 (<https://www.genomicsengland.co.uk/the-100000-genomes-project/understanding-genomics/rare-disease-genomics/>)

<sup>1525</sup> [http://koreangenome.org/index.php/Main\\_Page](http://koreangenome.org/index.php/Main_Page) ; Voir aussi W ZHANG et al. « Whole genome sequencing of 35 individuals provides insights into the genetic architecture of Korean population » BMC *Bioinformatics* (2014) 15 (Suppl 11):S6

formes internationales de réflexion, d'échange scientifique et de réglementation légales constituées de spécialistes dans les domaines concernés.

**612.** Si le séquençage global du génome appliqué à toute une population peut fournir un socle précieux aux analyses d'ADN dans le cadre judiciaire<sup>1526</sup> et dans le cadre de la biomédecine hospitalière, l'obtention des données et leur interprétation doivent respecter le cadre de la vie privée individuelle.

Nous rappellerons à cet égard le projet audacieux<sup>1527</sup>, dans lequel la compagnie DeCode s'était engagée à effectuer un séquençage global des génomes de la population islandaise (270 000 individus à cette époque) pour laquelle existait des registres généalogiques et médicaux détaillés et qui présentait des caractéristiques phénotypiques communes. L'étude visait à la mise au point de traitements et préventions adaptées aux géotypes individuels.

Les défenseurs du projet soutenaient « *l'idée selon laquelle la nation avait besoin de prendre des mesures collectives audacieuses visant à fournir les conditions économiques et réglementaires optimales pour aider à l'implantation d'une entreprise de biotechnologie* » alors que ses opposants considéraient que « *la loi sur la base de données dans secteur de la santé (Health Sector Database Act) avait trop sacrifié les droits et l'éthique actuelle de la science et de la médecine en Islande* »<sup>1528</sup>.

La clause plus controversée du projet autorisait le transfert de toutes les données médicales collectées pour exploitation commerciale sans l'accord préalable des individus, au nom d'une règle de consentement présumé.

De plus, il était prévu que les informations concernant les personnes décédées seraient automatiquement incluses.

La situation conflictuelle intense déclenchée par ce projet allait trouver son terme quand la Cour Suprême décida que les conditions dans lesquelles le projet était exécuté, n'étaient pas

---

<sup>1526</sup> V. *supra* n° 420

<sup>1527</sup> National Health Sector Database voté par le Parlement Islandais en décembre 1998

<sup>1528</sup> D. WINICKOFF "A Bold Experiment : Iceland's Genomic Venture" (2015) p 187 "Whereas one vision argued that what the nation needed was to take bold collective action to provide the optimal economic and regulatory conditions for one biotechnology company to take root, the other vision saw ethical, social and political costs of leveraging Icelandic biotechnology in this way. This side perhaps saw that the route to modern Iceland, and even to genome nation, were not one, but many; and that the Health Sector Database Act sacrificed too much with regard to individual rights and the existing ethos of science and medicine in Iceland" in D. MASCALZONI (Eds) Ethics, Law and Governance of Biobanking, Vol14 of The International Library of Ethic, Law and Technology series. Springer Dordrecht Heidelberg

conformes au droit de la vie privée que les individus peuvent exercer en ce qui concerne l'utilisation et la divulgation de leurs informations personnelles<sup>1529</sup>.

On peut s'étonner plus de dix ans après la décision prise par la Cour Suprême Islandaise, que des sénateurs français aient proposé en 2018, une loi « relative à l'autorisation d'analyses génétiques sur personnes décédées »<sup>1530</sup> N'aurait-il pas été plus d'actualité de proposer une loi autorisant les individus vivants à avoir accès à leurs données génétiques, afin qu'ils puissent en tirer parti d'une part en ce qui les concerne directement et d'autre part en ce qui concerne leurs descendants s'ils jugent l'information fiable et utile. Dans la mesure où la séquence génomique d'un parent informe sur celle des descendants, analyser les données génétiques d'une personne décédée devrait en tout état de cause recueillir l'assentiment de ses descendants. Mais jusqu'à quel point ?

**613.** La gestion et l'interprétation des données génétiques contenues dans les milliards de séquences humaines qui seront accumulées par des programmes « pharaoniques » de séquençage appliqués à des millions de génomes, posera des problèmes considérables en termes de capacité des traitements informatiques qui ne sont actuellement pas encore adaptés à la manipulation de cette masse gigantesque de « data ». Les besoins dépasseront largement ceux qui sont difficilement mis en place dans le cadre des modèles actuels d'exploitation de « big data »<sup>1531</sup>. Pour l'heure, les conditions de collecte et de conservation de ces données posent des problèmes aigus, au regard de la protection légale des caractéristiques intimes contenues dans le génome et de l'information génétique privée qui peut en être extraite.

---

<sup>1529</sup> R. Guðmundsdóttir vs. The State of Iceland. Icelandic Supreme Court No. 151/2003. 27 novembre 2003 [http://epic.org/privacy/genetic/iceland\\_decision.pdf](http://epic.org/privacy/genetic/iceland_decision.pdf); M. N. MEYER, Supreme Court Holds that Inclusion of an Individual's Genetic Information in a National Database Infringes on the Privacy Interests of His Child *Harvard Law Review* (2004) 118: 810-818 <http://ssrn.com/abstract=2106154>. A la suite de ce fiasco, la compagnie DeCODE a publié un article de recherche concernant les analyses de génomes effectuées sur la population Islandaise, comme outil d'analyse de la diversité humaine. D.F. GUÐBJARTSSON et al. « Large-scale whole-genome sequencing of the Icelandic population » *Nature Genet* (2015) 47 : 435-443

<sup>1530</sup> A. MILLION et al. « Proposition de loi relative à l'autorisation d'analyses génétiques sur personnes décédées » N°273 5 février 2018 <http://www.senat.fr/leg/ppl17-273.html>

<sup>1531</sup> "By 2025, between 100 million and 2 billion human genomes could have been sequenced" "D'ici à 2025, entre 100 millions et 2 milliards de génomes humains pourraient avoir été séquencés" Z. D. STEPHENS et al. « big data : Astronomical or Genomical ? (2015) *PLOS Biology* 13: e1002195; E. CHECK HAYDEN "Genome researchers raise alarm over big data" *Nature* (2015) doi:10.1038/nature.2015.17912 <http://journals.plos.org/plosbiology/article?id=10.1371/journal.pbio.1002195>

**614.** Au titre des nouveautés, une tendance actuelle qui pourrait révolutionner dans un futur proche les pratiques légales médicales et personnelles concerne l'utilisation de mini-séquenceurs portables qui peuvent être transportés sur les lieux de crimes ou par le médecin pour réaliser une séquence instantanée. Les prototypes en cours d'évaluation et pour certains déjà sur le marché, laissent entrevoir une conception totalement nouvelle des accès aux données génétiques<sup>1532</sup>.

Toutes ces avancées technologiques accentueront de manière encore plus aigüe le besoin de cadres réglementaires en ce qui concerne la collecte, la manipulation et la conservation des données génétiques recueillies « à la volée » sur les lieux de crimes, dans les cabinets médicaux, dans des lieux d'habitation ou de loisir.

Aujourd'hui des questions sans réponses satisfaisantes, malgré leur gravité, sont déjà formulées en ce qui concerne i) la propriété des fichiers de traitement des données, les seuls qui soient informatifs, ii) la période de la vie à laquelle un séquençage global généralisé devrait être effectué, iii) la transmission des informations et des données aux générations futures, iv) l'exploitation de ces données par quiconque

Autant de questions dont les retombées semblent lointaines dans des pays où la libre pensée et la liberté de soi sont muselées, mais si proches quand elles se posent dans des nations qui possèdent « l'arme génétique » véritable miroir à deux faces...

Autant de questions que le juriste ne peut ignorer et se doit de considérer dans le plus grand respect de la personne humaine, c'est à dire en faisant une totale abstraction de toute appartenance politique ou religieuse qui pourrait troubler les signaux perçus ou émis.

L'indépendance de pensée objective est le terreau de la sagesse.

**615.** Sur un plan pragmatique et immédiat, les systèmes qui n'ont pas encore subi les épreuves du temps montrent des imperfections qui doivent être corrigées le plus habilement et avec le moins d'autoritarisme possible. Il est à ce titre urgent de circonscrire les périmètres dans lesquels les données génétiques intimes circulent dans la plus grande ignorance du public non averti.

---

<sup>1532</sup> S. SCHUTZ « Le séquençage de nouvelle génération » Bioinformatique Génétique Médecine <http://dridk.me/ngs.html> ; voir par exemple les nouveaux produits commercialisés par Nanopore dans la gamme Voltrax <https://nanoporetech.com/products/voltrax>

## Chapitre 6. Pour un droit au respect du génome et de l'information qu'il code

### Section 1. La confidentialité des données génétiques

**616.** Nous pensons qu'assurer un traitement confidentiel du matériel génétique collecté chez les donneurs dans le cadre de procédures judiciaires et de tests génétiques à caractère médical ou de tests commerciaux, est incontestablement une forme de respect vis à vis de l'individu, mais aussi vis à vis du matériel biologique prélevé, eu égard à la nature exceptionnelle qui doit lui être reconnue.

**617.** Cette problématique n'est pas sans rappeler l'histoire des cellules HeLa qui, dans les années 1960, avait ébranlé les communautés médicales et scientifiques et remis en question la légitimité des procédures de prélèvement de tissus et cellules sur des patients.

**618.** Les cellules HeLa, avaient été obtenues à partir du prélèvement tumoral effectué sur Henrietta Lacks sans qu'elle ait été informée de la nature de la procédure qui lui serait appliquée, ni des risques d'infertilité qui y étaient associés<sup>1533</sup>.

Lors de son admission à l'Hôpital John Hopkins à Baltimore, H. Lacks signa un « permis d'opération, qui stipulait *« I hereby give consent to the staff of The John Hopkins Hospital to perform any operative procedures and under any anesthetic either local or general that may deem necessary in the proper surgical care and treatment of signed : Mrs Lacks" (J'autorise par la présente le personnel de l'Hôpital John Hopkins à effectuer toute intervention chirurgicale et sous anesthésie locale ou générale qui peut être jugée nécessaire pour traiter et soigner correctement signé : Mme Lacks" )*.

---

<sup>1533</sup> Henrietta Lacks, jeune femme noire, aux revenus très modestes, fut accueillie et traitée en janvier 1951, dans le service de Gynécologie de l'Hôpital John Hopkins à Baltimore (USA) pour des saignements anormalement abondants survenus après la naissance de son dernier enfant. Elle s'était déjà plainte de ressentir pendant la grossesse « un nœud » dans son abdomen qui s'avéra, après examen, être une tumeur cancéreuse du cervix (caractérisée ultérieurement comme un adénocarcinome). Après que la patiente ait subi une première radiothérapie au radium pendant quelques jours, elle fut renvoyée chez elle et fut priée de revenir à l'hôpital pour continuer le traitement. Après quelques semaines durant lesquelles elle endura des douleurs très violentes qui ne s'estompaient pas, H. Lacks mourut, à l'âge de 31 ans, le 4 octobre 1951. Les cellules mise en culture à partir de la tumeur furent confiées au Dr. G. Gey qui constata qu'elles présentaient des caractéristiques prolifératives exceptionnelles. Il en dérivait une lignée de cellules « immortelles », ultérieurement dénommées HeLa (pour Henrietta Lacks).

Le prélèvement de deux échantillons, l'un provenant de la tumeur et l'autre du tissu cervical sain environnant, sans que l'accord de H. Lacks ait été obtenu, dépassait incontestablement le cadre du permis d'opération qu'avait signé H. Lacks. Les cellules dérivées à partir de l'échantillon tumoral allaient être au centre d'une saga extraordinaire<sup>1534</sup> dont les chercheurs et médecins tirent encore aujourd'hui des connaissances fondamentales de tout premier ordre pour la compréhension de la biologie cellulaire et pathologique<sup>1535</sup>.

---

<sup>1534</sup> Ces cellules qui furent les premières à pouvoir se multiplier très activement, en dehors du corps humain, ont été et sont encore aujourd'hui utilisées dans un très grand nombre de laboratoires du monde entier dans les domaines de la cancérologie, de la prolifération cellulaire normale, de l'immunologie, de la virologie, de la toxicologie, ou de l'endocrinologie, pour ne citer que quelques exemples. Le livre de Rebecca SKLOOT intitulé « The immortal life of Henrietta Lacks » publié en 2010 (Crown Publishers New York) rapporte avec une grande précision et sensibilité les conditions dans lesquelles la patiente fut traitée. Une traduction française de ce livre par I. D. TAUDIERE et R. CLARINARD (La vie immortelle de Henrietta Lacks) est disponible dans la collection Livre de Poche et une adaptation cinématographique de la vie de H. Lacks est sortie sur les écrans en 2017 (<https://www.imdb.com/title/tt5686132/>)

<sup>1535</sup> Les conditions dans lesquelles ces cellules avaient été isolées posaient deux questions de fond qu'il est utile de mentionner ici. La première question concerne le rôle et les responsabilités éthiques des médecins praticiens qui sont aussi des chercheurs dans le domaine biomédical<sup>1535</sup>. En tant que médecins ayant prêté le serment d'Hippocrate, sont éthiquement tenus d'être honnêtes avec les patients et leur administrer les soins les plus appropriés à leur santé, y compris les inciter à subir une intervention chirurgicale quand le besoin se présente. En tant qu'investigateurs biomédicaux, ils ne peuvent au risque de faire face à des conflits d'intérêt considérables, recommander une procédure chirurgicale qui leur permettrait d'obtenir un tissu ou des cellules représentant un intérêt commercial. Comme il est également établi dans le domaine des greffes d'organes (sujet qui dépasse largement le cadre de cette étude) il est généralement admis que le praticien obtienne une attestation du patient certifiant qu'il a été librement informé et qu'il ne réclame aucun droit sur l'exploitation éventuelle des tissu et cellules prélevés. Aucun paiement concernant l'exploitation de tissus et cellules humaines. Dans le cas contraire, aucune exploitation commerciale ne peut être permise. Aujourd'hui aux États-Unis la protection des sujets humains et toutes les investigations cliniques sont encadrées par le Code of Federal Regulations Title 21, Food and Drug administration Department of Health and Human Services, Part 50 mis à jour le 1er avril 2017, et les « Ethical guidelines & regulations du Department of Health and Human Services (HHS), 45 CFR part 46, relatif à protection de sujets humains. En France, ces aspects sont traités dans la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, amendée par la loi n° 2013-715 du 6 août 2013 qui autorise sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Pour rappel, les lois de bioéthiques sont actuellement cours de révision. La seconde question concerne les efforts requis pour dériver et établir des cultures de cellules stables à partir de tissus tumoraux ou normaux. Pour bien appréhender les conditions ayant permis l'isolement des cellules « immortelles » HeLa il faut comprendre que les cellules humaines, normales ou tumorales ne sont pas normalement douées d'une capacité infinie de développement comme l'ont montré les travaux séminaux de Hayflick et collaborateurs à partir des années 60<sup>1535</sup>. Seules de nombreuses et coûteuses mises en culture ont permis la sélection à partir de la tumeur de H. Lacks, de cellules dont les mécanismes de régulation de la croissance, altérés par la présence d'un virus dans le génome des cellules tumorales, lui conféraient ce qui dans le jargon de laboratoire est qualifié « d'immortalité »<sup>1535</sup>. De fait, les cellules HeLa utilisées par les laboratoires pour les études innombrables et les progrès considérables qu'elles ont permis dans les domaines de la cancérologie, de la prolifération cellulaire normale, de l'immunologie, de la virologie, de la toxicologie, de l'endocrinologie, ne sont pas toutes absolument identiques car le nombre de génération que ces cellules ont subi depuis leur isolement initial pour produire les masses nécessaires à la recherche intense permise par ce système, ont créé les conditions de sélection pour des cellules dont les caractéristiques ont dérivé



Ce qui peut être considéré comme une violation du corps de la personne de H. Lacks, passa sous silence dans un monde où les expérimentations humaines, pratiquées sans le consentement des personnes concernées, étaient encore fréquentes et où les droits des patients sur leur corps, à fortiori quand ils étaient noirs, étaient quasi inexistantes.

Après la mort de H. Lacks, la famille qui n'était même pas informée du devenir fantastique des cellules HeLa ne prétendait bien entendu à aucune participation aux bénéfices générés par leur exploitation biomédicale<sup>1536</sup>.

**619.** L'affaire aurait pu en rester là si les études concernant la constitution génétique des cellules HeLa n'avaient pas brusquement projeté H. Lacks et sa famille au premier plan d'un conflit mettant en jeu la science, la vie privée et l'éthique<sup>1537</sup>.

---

<sup>1536</sup> Le débat juridique relatif à la demande des individus réclamant des droits de propriété sur leur tissu ne fera surface que plusieurs dizaines d'années plus tard avec l'affaire Moore V. Regents of the university of California , 249 Cal. Rptr 494, (Cal. Ct. App. 1988), modified, 793 P.2d479 (Cal1990), cert. denied, 499 U.S. 936 (1991). Le plaignant réclamait la reconnaissance d'un droit de propriété sur les cellules qui avaient été mises en culture après résection d'une tumeur cancéreuse de sa rate (leucémie à tricholeucocytes), pour laquelle il avait été traité en 1976 au sein du centre médical de l'université de Californie à Los Angeles (UCLA Medical Center). La question fut finalement examinée par la Cour Suprême de Californie (N° S006987, Jul 9, 1990). La mise en culture de ces cellules et les intérêts scientifiques qu'elles représentaient pour la production de lymphokines (cytokines lymphocytaires importantes dans la défense immunitaire de l'organisme), furent l'objet d'un brevet (US Patent No 4 438 032, 20 Mar 1984) dont l'exploitation commerciale dans le monde médical fut un énorme succès. J. Moore, qui avait signé un consentement écrit autorisant la splénectomie sans laquelle la tumeur lui aurait été fatale et l'élimination des tissus ou membres coupés par crémation, fut requis en 1983 de signer un autre document dans lequel il consentait à céder volontairement à l'université tous les droits que lui ou ses héritiers, avaient sur toute lignée cellulaire ou tout autre produit potentiel qui pourrait être développé à partir du sang et / ou de la moelle osseuse obtenus de lui. Après avoir appris que l'utilisation des méthodes couvertes par le brevet donnait lieu au paiement de redevances très conséquentes (marché évalué à 3 milliards de dollars à l'époque), J. Moore réclama de percevoir sa part des bénéfices tirés de l'exploitation de ses cellules et entama des procédures judiciaires qui, après quelques rebondissements (voir B. Edelman « L'homme aux cellules d'or » D (1989) 33e cahier, pp 225-230) prirent fin avec la décision de la Cour Suprême de Californie en 1990 dans laquelle il est signifié nettement au plaignant qu'il ne pouvait faire valoir aucun droit de propriété et ne réclamer aucune participation aux profits réalisés, même si il pouvait prouver que personne ne lui avait mentionné la valeur potentielle de ses cellules. La Cour manifesta ses craintes concernant les impacts négatifs qu'une décision contraire aurait sur la recherche médicale, alors qu'à l'époque nombre de chercheurs hospitaliers conduisaient des expériences biomédicales sur des cellules et tissus humains. La Cour ne reconnut au plaignant aucun droit de propriété, même s'il avait pu démontrer qu'il n'avait pas été informé de la valorisation potentielle de ses cellules. Bien que légalement J. Moore aurait pu essayer de demander des compensations financières sur la base d'une violation de la responsabilité éthique et d'abus de confiance, il n'aurait sans doute pas eu gain de cause, dans la mesure où la résection de sa rate lui avait été bénéfique sur le plan de santé et qu'il ne pouvait faire valoir aucun dommage corporel qu'il aurait subi

<sup>1537</sup> J. L. STUMP « Henrietta Lacks and the HeLa Cell : Rights of Patients and responsibilities of Medical Researchers » *The History Teacher* (2014) Vol 48 N°1 p127

La publication dans le journal *Nature* de la séquence nucléotidique établie à partir du génome des cellules HeLa<sup>1538</sup> a déclenché au sein des communautés scientifiques, médicales et juridiques de très vifs débats relatifs aux dangers résultant du non respect de la vie privée et de l'absence du consentement de la famille qui aurait dû être consultée avant la diffusion publique de la constitution génétique des cellules HeLa.

La mise au grand jour de données génétiques qui ne concernaient pas seulement Henrietta Lacks mais ses ascendants et descendants constituait une atteinte très grave à la vie privée de tous les membres vivants, décédés et à venir de la famille Lacks en révélant potentiellement des informations très intimes les concernant.

Aujourd'hui ces informations sont catégorisées comme données sensibles par le RGPD et la CNIL.

**620.** La situation fut considérée assez grave pour que le National Institute of Health des USA (NIH) la prenne en main<sup>1539</sup> et rencontre les membres de la famille Lacks afin de leur fournir une information complète sur les conséquences que les données publiées pourraient avoir sur leur vie personnelle, et leur proposer trois options en ce qui concernait la mise à disposition de la séquence génomique des cellules HeLa aux membres de la communauté scientifique.

La première option qui proposait de mettre les données en libre accès et la troisième qui consistait à ne rendre aucune de ces données disponibles pour la recherche, furent unanimement rejetées par les membres de la famille qui choisirent la seconde option dans laquelle les séquences placées dans une base de données seraient accessibles uniquement aux chercheurs en ayant fait la demande au NIH et dont le projet soumis à l'approbation d'un comité incluant des membres de la famille Lacks, aurait été retenu.

Cette proposition avait le double avantage de montrer à la famille Lacks la reconnaissance immense que lui devait la communauté biomédicale et de jeter les bases d'un meilleur encadrement juridique<sup>1540</sup> relatif aux prélèvements cellulaires effectués dans des buts de

---

<sup>1538</sup> J. LANDRY et al. « The genomic and transcriptomic landscape of a HeLa cell line » *G3* (Bethesda). 2013, 3:1213-24. doi: 10.1534/g3.113.005777

<sup>1539</sup> K. HUDSON, F.S COLLINS . « Family matters » *Nature* (2013) 500, 141-142

<sup>1540</sup> L'histoire des cellules de H. Lacks a servi de catalyseur à une prise de conscience des autorités de santé qui ont renforcé l'encadrement des pratiques de biomédecine aux États-Unis par un arsenal de textes connus les noms de rapport Belmont, Common Rule, Institutional review boards, lois HIPAA et GINA. Le rapport Belmont, écrit par Dan Harms et intitulé *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research* (« Principes

recherche au sein des organismes accrédités qui devraient s'assurer du respect des règles de confidentialité et de la dignité des personnes concernées.

**621.** Plus récemment, en révélant des failles dans le respect de la protection des données personnelles déposées sur les sites de généalogie en ligne, l'affaire de Angelo a de nouveau fait émerger le même type de problématique et pointé du doigt des procédés d'investigation policière assimilés à un manque de respect et une violation de la vie privée intime de tous les membres d'une famille.

L'arrestation de J. de Angelo<sup>1541</sup>, a révélé les failles d'un système de tests généalogiques génétiques en accès libre.

Elle fut permise sur la base d'une recherche en parentèle<sup>1542</sup> effectuée sur la plate-forme « open source » de généalogie (GEDmatch). Les investigations qui furent menées pendant plus de sept années<sup>1543</sup>, établirent une correspondance partielle entre l'ADN prélevé sur les lieux des crimes et celui de deux personnes, à partir desquelles un total de 25 arbres généalogiques remontant aux années 1800 furent construits. Le filtrage d'un groupe de 1000 personnes, effectué sur la base de l'âge, du sexe et de la géolocalisation des individus, réduisit significativement le nombre de

---

éthiques et lignes de conduite pour la protection des sujets humains de la recherche »), est un important document dans l'histoire de la bioéthique, il fut élaboré à Elkrige (Maryland) dans le centre de conférences Belmont. Le rapport publié par le US Department of Health, Education, and Welfare, devenu depuis le HHS (the US Department of Health and Human Services, HHS) décrit principes éthiques de base relatifs à la recherche sur des sujets humains. La Federal Policy for the Protection of Human Subjects (ou "Common Rule") publiée en 1981 dont la révision est effective depuis le 19 juillet 2018, fixe les réglementations concernant la recherche biomédicale et comportementale impliquant des sujets humains et les IRB ou Comités d'examen institutionnels ont pour mission de permettre une recherche médicale solide tout en protégeant les droits des patients individuellement considérés comme vulnérables. Plus récemment le Congrès vota en 1996, le Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA V. *supra* n° 654)) ayant pour mission la mise en place de la portabilité et de la responsabilité des assurances maladies. Cette loi renforce aussi la protection de la vie privée des patients. Enfin une loi encadrant la non discrimination génétique (Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA) fut votée par le Congrès en 2008

<sup>1541</sup> Les techniques criminalistiques modernes ont permis d'identifier en avril 2018 un individu de la région de San-Francisco, connu sous le sobriquet de « Golden State Killer »<sup>1541</sup> et suspecté d'avoir commis 45 viols et 12 meurtres et plus de 100 cambriolages entre 1974 et 1986. Pendant une quarantaine d'années il avait échappé aux investigations policières et aucune des recherches menées auparavant sur les bases de données CODIS n'avaient permis de trouver un profil génétique susceptible de conduire au présumé coupable

<sup>1542</sup> V. *supra* n° 391

<sup>1543</sup> M. GAFNI, L. M. KRIEGER « Here's the « open source » genealogy DNA website that helped crack the Golden State Killer case » (2018) Mercury News- Bay Area News Group Edition du 26 avril <https://www.mercurynews.com/2018/04/26/ancestry-23andme-deny-assisting-law-enforcement-in-east-area-rape-case/>

« candidats » possibles et conduisit à une série réduite d'ADN potentiellement intéressants dont celui de J deAngelo, un ancien membre de la police. La correspondance qui fut établie entre son profil établi à partir de l'ADN des traces qu'il avait laissées à l'extérieur de sa maison et celui relevé sur la scène d'un crime commis 40 ans auparavant permirent son arrestation<sup>1544</sup>.

Le déroulement des investigations, qui furent considérées comme un tour de force par les policiers et un énorme soulagement pour les familles des victimes, déclencha une série de vives réactions et de questionnements concernant les aspects juridiques relatifs à la violation du droit au respect de la vie privée des individus n'ayant commis aucune infraction.

Les divergences exprimées par les juristes américains à l'égard des recherches en parentèle qui sont loin d'être aplanies, furent ravivées par cet épisode. Les défenseurs de la vie privée individuelle n'ont pas manqué de soulever les dangers que représentait la communication aux forces de police des données génétiques contenues dans les bases des sites de génotypage<sup>1545</sup>.

**622.** En réalité les problèmes soulevés ici ne sont pas si simples.

Selon nous, les deux types majeurs de problèmes soulevés par cette affaire<sup>1546</sup> concernent, d'une part, l'accessibilité des données génétiques contenues dans les bases détenues par les fournisseurs de service généalogique et d'autre part la visibilité attribuée de fait par ceux qui les déposent sur un site public, à des données qui sont supposées être confidentielles.

**623.** En tout premier lieu et dans l'hypothèse où le site GEDmatch fut le seul utilisé par les investigateurs<sup>1547</sup>, il est important de bien définir le type de service proposé par cette plateforme.

GEDmatch met à la disposition des internautes un outil « open source »<sup>1548</sup> utilisable par ceux qui ont déjà fait procéder à une recherche généalogique et qui ont obtenu avec les données brutes

---

<sup>1544</sup> A ce jour, « il est peu probable de J deAngelo puisse contester la recherche sur le site de généalogie dans la mesure où sa vie privée ne fut pas violée, à moins que la Cour reconnaisse son droit à contester la recherche en parentèle » S. Mercer communication personnelle (mai 2018)

<sup>1545</sup> R. ROBBINS « The Golden State Killer case was cracked with a genealogy website. What does that mean for genetic privacy? » (2018) STAT Edition du 26 avril <https://www.statnews.com/2018/04/26/genealogy-golden-state-killer-privacy/>

<sup>1546</sup> Outre le fait que l'individu n'ait pas encore fait l'objet d'un jugement à l'heure où ces lignes sont écrites,

<sup>1547</sup> Bien que le porte-parole du Procureur du district de Sacramento ait confirmé que le site GEDmatch ait été utilisé, il a rejeté toute question relative à l'utilisation éventuelle d'autres sites de généalogies en ligne

<sup>1548</sup> « On appelle " Open source " un logiciel ou un projet dans lequel le code source est à la disposition du grand public » <https://www.pulsar-informatique.com/creation-site-internet/comment-creer-un-site->

correspondant au génotypage de leur génome. Certains consommateurs estimant que les interprétations concernant leur généalogie sont sommaires utilisent GEDmatch pour effectuer des recherches généalogiques plus poussées.

**624.** On touche ici au problème clef de l'interprétation des données en information, qui a été mis en avant par les détracteurs de l'accès grand public à tests génétiques en libre accès et qui réclament que les données obtenues lors du séquençage soient interprétées par des personnes spécialisées dans les domaines concernés, surtout lorsqu'il s'agit de données à connotation médicale, psychologiques ou comportementales<sup>1549</sup>.

**625.** La procédure qui a permis aux forces de police d'identifier deAngelo comme coupable présumé, a soulevé des questionnements relatifs à l'accessibilité des données génétiques collectées sur les sites de généalogie en ligne.

Comme nous l'avons rapporté précédemment<sup>1550</sup>, la compagnie Ancestry avait été judiciairement contrainte de fournir un accès à sa base de données génétiques dans le cadre d'une analyse criminalistique de profil génétique.

Les circonstances de l'affaire deAngelo sont différentes : les compagnies de génotypage affirment ne pas avoir reçu de contrainte judiciaire leur demandant de laisser la police accéder à leur base de données génétiques.

Il est donc concevable que pour avoir accès aux données contenues dans la base de GEDmatch, les enquêteurs ont dû utiliser un compte utilisateur créé de toute pièce.

Légalement, cette démarche n'est pas répréhensible puisqu'elle n'a violé aucun droit de l'accusé.

**626.** Les sites de généalogie en ligne ont des politiques d'entreprise précises en ce qui concerne l'accès aux données génétiques qui leur sont confiées par les internautes utilisant leurs

---

internet/quelle-technologie-choisir/logiciels-open-source/definition-de-l-open-source. Pour mémoire, « le code source est un texte qui représente les instructions de programme telles qu'elles ont été écrites par un programmeur. [] il permet de générer une représentation binaire d'une séquence d'instructions — code binaire — exécutables par un microprocesseur. » [https://fr.wikipedia.org/wiki/Code\\_source](https://fr.wikipedia.org/wiki/Code_source)

<sup>1549</sup> Cette position est combattue par A. WOJCICKI qui considère que les consommateurs sont à même de comprendre eux-mêmes la portée des interprétations fournies par les compagnies « Consumers don't need experts to interpret 23andMe genetic risk reports » (V. *supra* n° 608)

<sup>1550</sup> V. *supra* n° 403

services. Par exemple, la compagnie 23andMe déclare que dans certaines circonstances, les informations concernant ses clients « peuvent être divulguées en application d'une assignation judiciaire ou gouvernementale, d'un mandat ou d'une ordonnance, ou en coordination avec les autorités règlementaires »<sup>1551</sup> et qu'elle a reçu d'autorités judiciaires et gouvernementales cinq demandes de divulgation de données concernant 6 utilisateurs. Aucune donnée n'a été produite<sup>1552</sup>.

De son côté, Ancestry déclare également dans sa charte de données personnelles « Nous pouvons être amenés à partager vos Informations à caractère personnel si nous l'estimons raisonnablement nécessaire afin de : Nous conformer à un processus juridique valide (par ex., assignations, mandats) »<sup>1553</sup>. Dans son rapport annuel, Ancestry précise avoir « reçu 34 demandes d'application de la loi valide concernant des renseignements relatifs à des utilisateurs en 2017. Nous avons fourni des informations en réponse à 31 de ces 34 demandes. Toutes les demandes concernaient des enquêtes sur l'utilisation abusive de cartes de crédit et le vol d'identité. Nous avons refusé de nombreuses demandes au motif que le demandeur n'avait pas obtenu l'autorisation juridique appropriée »<sup>1554</sup>.

**627.** L'accès aux données génétiques peut aussi être délibérément rendu public par ceux qui les déposent dans des sites ouverts de traitement de données ne garantissant aucune garantie de confidentialité ou directement en ligne sur un réseau social.

Dans sa page d'accueil GEDmatch indique que « le site fournit aux chercheurs et généalogistes amateurs ou professionnels des outils d'analyses génétiques et généalogiques »<sup>1555</sup>. Il est spécifié

---

<sup>1551</sup> « under certain circumstances, your information may be subject to disclosure pursuant to a judicial or other government subpoena, warrant or order, or in coordination with regulatory authorities ». How 23andMe responds to law enforcement requests for customer information <https://customercare.23andme.com/hc/en-us/articles/212271048-How-23andMe-responds-to-law-enforcement-requests-for-customer-information>

<sup>1552</sup> <https://www.23andme.com/transparency-report/>

<sup>1553</sup> Privacy statement « We may share your Personal Information if we believe it is reasonably necessary to: Comply with valid legal process (e.g., subpoenas, warrants) » <https://www.ancestry.com/cs/legal/privacystatement>; <https://www.ancestry.com/cs/legal/row-privacy-statement-fr>

<sup>1554</sup> « Ancestry received 34 valid law enforcement requests for user information in 2017. We provided information in response to 31 of those 34 requests All the requests were related to investigations involving credit card misuse and identity theft. We refused numerous inquiries on the basis that the requestor failed to obtain the appropriate legal process. » Transparency Ancestry report <https://www.ancestry.com/cs/transparency>

<sup>1555</sup> « GEDmatch provides DNA and genealogical analysis tools for amateur and professional researchers and genealogists. [ ] You will need to upload DNA and / or genealogical (GEDCOM) data to make use of the tools here » <https://www.gedmatch.com/login1.php>

que « l'utilisateur devra télécharger sur le site les données de son ADN et/ou les données de type GEDCOM<sup>1556</sup> s'y rapportant pour pouvoir utiliser les outils proposés ».

L'utilisateur doit donc comprendre d'emblée qu'il va devoir fournir à la communauté utilisant ce site une quantité importante de données confidentielles le concernant.

Lors de la procédure de téléchargement, le formulaire à utiliser indique clairement « Vous reconnaissez que vous autorisez la mise à disposition de ces données pour des comparaisons dans notre base de données publique puis précisé en rouge : Vous ne pourrez pas faire de comparaisons si vos données ne sont pas dans la base de données publique »<sup>1557</sup>.

Certes la banque de données sur laquelle les recherches furent effectuées par la police est accessible sur le site Web GEDmatch et c'est un fait, la procédure peut choquer certains, mais les séquences d'ADN qui sont conservées sur ce site et auxquelles ont pu avoir accès les forces de police sont celles que les utilisateurs ont déposées eux-mêmes en étant avertis qu'en devenant publiques leurs données ne seraient plus confidentielles.

**628.** L'individu qui effectue le téléchargement de ses séquences assume une très grande responsabilité. Il n'expose pas seulement son patrimoine génétique mais également celui des membres de la très grande famille qui au cours des générations passées ont transmis les fondations de ce patrimoine et celui de ceux qui dans les générations futures en hériteront. Même si l'ADN véhiculé au cours des génération successives subit des remaniements, les données qui sont transférées sont largement suffisantes pour permettre l'identification criminalistique, économique ou sociale de tous les membres de la famille.

**629.** Ces considérations ne sont-elles que l'arbre qui cache la forêt des questions éthiques et des concepts relatifs à la propriété du soi génétique, qui devront être soigneusement considérés ? ou bien la vitesse fulgurante à laquelle les données personnelles, les données génétiques et les

---

<sup>1556</sup> « GEDCOM (acronyme de genealogical data communication, « communication de données généalogiques ») est une spécification pour l'échange de données. Développée par l'Église de Jésus-Christ des saints des derniers jours, le format GEDCOM est plus particulièrement utilisé en généalogie pour permettre l'échange de données entre plusieurs systèmes ou logiciels de généalogie. Il permet d'avoir des enregistrements concernant : chaque personne d'un arbre généalogique ; chaque famille ; chaque événement ». <https://fr.wikipedia.org/wiki/GEDCOM>

<sup>1557</sup> « Please acknowledge that you authorize this data to be made available for comparisons in our public database : You will not be able to make comparisons if it is not in the public database » GEDMATCH Your DNA Guide : Comment télécharger , dernière consultation 5 mai 2018 <https://www.yourdnaguide.com/upload-to-gedmatch/>

informations afférentes les plus intimes, circulent sur internet est-elle le signe d'un délaissement progressif mais inéluctable de la notion de vie privée telle que nous l'avons connue jusqu'à présent ?

## *Section 2. Des données aux informations génétiques. Protection et valorisation*

**630.** Avec la multiplication des compagnies privées proposant des analyses génomiques à partir d'échantillons volontairement transmis par leur détenteur, se sont posées des questions de fond relatives aux droits du client, d'une part vis à vis de l'accès aux données recueillies lors des traitements effectués par la compagnie et d'autre part en ce qui concerne les conditions dans lesquelles les informations qui en sont issues sont conservées, protégées et exploitées.

### *§1. L'accès aux données et aux informations*

**631.** Les textes réglementaires, comme nous l'avons vu, se sont intéressés aux caractéristiques génétiques en tant qu'information, en omettant l'importance des données sur lesquelles elle est bâtie. Le vide juridique qui en résulte touche non seulement les tests à visée généalogique, mais également les tests à orientation médicale qui sont proposés en libre accès par des compagnies dont on peut prédire qu'elles ne manqueront pas d'investir les voies ouvertes par les décisions récentes de la FDA.

Les sites de généalogie ont été les premiers confrontés à ces problèmes du fait que leur activité qui ne fut pas freinée par la FDA, a généré un très vif engouement, comme en témoignent les 5 millions de profils génétiques déclarés en 2017 par la compagnie Ancestry.

En l'absence d'encadrement légal international spécifiquement dédié à la protection des consommateurs et de leur données génétiques, les réglementations encadrant ce secteur économique en plein développement sont celles qui sont édictées par les compagnies elles-mêmes dans leurs conditions générales d'utilisation (CGU) auxquelles les consommateurs doivent adhérer pour pouvoir bénéficier des services proposés.



**632.** En 2017, la Federal Trade Commission<sup>1558</sup> alerta les clients des compagnies qui, dans les publicités relatives à l'utilisation de leurs kits domestiques, promettent une véritable introspection génétique qui livrera les secrets de leurs origines et de leur futur. Un double voyage « initiatique » dans le temps permis par le décryptage de leur intimité la plus profonde. « Qui sont et d'où viennent mes ancêtres ? Est-ce que je suis porteur de marqueurs génétiques me prédisposant à certaines pathologies ? »<sup>1559</sup>

La mise en garde des consommateurs porte sur les impacts que pourrait avoir une validation hâtive des conditions d'utilisation de ces tests sur certains aspects sensibles de leur vie privée individuelle.

Les recommandations de la FTC concernent i) les conséquences du « clic sésame » validant les conditions d'utilisation et de partage des données génétiques, mais aussi des informations concernant la santé et des autres données sensibles et ii) le niveau d'accès public ou privé qui est réservé aux données. La FTC recommande en particulier de vérifier si les données deviennent accessibles en ligne, comme nous l'avons vu plus haut pour GEDmatch, et de bien mesurer les risques encourus par l'accès illicite aux données sauvegardées sur le(s) site(s) de la compagnie.

**633.** Malheureusement il est bien connu que la quantité d'informations contenues dans les CGU et le langage qui y est utilisé, sont de tels « repoussoirs » que très souvent, trop souvent, le consommateur valide par un clic son accord sans même avoir la moindre idée des clauses que les CGU contiennent<sup>1560</sup>. Cette situation n'est pas propre aux compagnies de génotypage. Elle est monnaie courante sur les sites de commerce électronique et sur les pages d'accès aux

---

<sup>1558</sup> La Federal Trade Commission est une commission fédérale indépendante dont les statuts ont été fixés par le Federal Trade Commission Act de 1914 15 U.S.C §§ 41-58 (<https://www.ftc.gov/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act>) et qui a pour missions principales la protection de la libre concurrence et des consommateurs contre les pratiques déloyales

<sup>1559</sup> L. FAIR « DNA test kits: Consider the privacy implications » (2017) Bureau of consumer Protection, FTC <https://www.consumer.ftc.gov/blog/2017/12/dna-test-kits-consider-privacy-implications>. « Companies are advertising at-home DNA test kits that promise intriguing insights into your past (“Where did my forebears come from?”) – and your future (“Do I have the genetic markers for certain medical conditions?”)

<sup>1560</sup> Nous rappellerons à cet égard les études qui avaient estimé à 76 jours ouverts le temps requis pour lire toutes les CGU qu'un consommateur moyen est amené à valider en une année ! Voir A. MADRIGAL « Reading the Privacy Policies You Encounter in a Year Would Take 76 Work Days » (2012) The Atlantic Edition du 1er mars <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/03/reading-the-privacy-policies-you-encounter-in-a-year-would-take-76-work-days/253851/>; K. WAGSTAFF « You'd need 76 Work Days to Read All Your Privacy Policies Each Year » (2012) Time Edition du 6 mars <http://techland.time.com/2012/03/06/you-d-need-76-work-days-to-read-all-your-privacy-policies-each-year/>

fournisseurs de service internet. Cette une pratique déplorable et généralisée qui bafoue le respect le plus élémentaire de la vie privée.

On peut déplorer qu'aucune réglementation juridique véritablement efficace ne protège le consommateur contre ce fléau et que les solutions du problème soient uniquement entre les mains des compagnies.

Nous nous intéresserons ici à l'activité des sites de généalogie à audience internationale car les règles imposées aux consommateurs sont universelles et s'appliquent à tous les utilisateurs, y compris dans les pays comme la France qui tentent de veiller au respect de la vie privée en jugulant l'exploitation commerciale des données génétiques.

Les différents sites ont sensiblement les mêmes CGU.

**634.** Le niveau de confidentialité garanti par les compagnies, est un problème pour lequel aucune solution satisfaisante n'a été proposée dans la mesure où les systèmes les plus utilisés pour la transmission des données entre les compagnies et leurs partenaires sont aujourd'hui eux-mêmes considérés comme fragiles.

Les compagnies ont adopté différents moyens de protection, et une séparation physique des deux types de données jusqu'au moment où les résultats sont envoyés par email. Compte tenu de la facilité avec laquelle les données informatiques sont piratées, il est essentiel de bien considérer les risques encourus lors de leur transmission électronique, aussi bien à partir du fournisseur vers le client que du fournisseur vers les sites tiers avec lesquels il échange les données.

**635.** Les faiblesses des méthodes d'anonymisation développées pour garantir une meilleure protection de la vie privée, qui ont déjà été soulevées lors de la constitution des premières grandes bases de données<sup>1561</sup> sont omniprésentes dans le cadre des recoupements de données informatiques permises par le « big data ». Une étude plus récente a démontré que les traits

---

<sup>1561</sup> Voir par exemple M. GYMREK, et al. « Identifying personal genomes by surname inference » *Science* (2013) 339 : 321–324 ; P. OHM « Broken Promises of Privacy : Responding to the Surprising Failure of anonymization » *UCLA Law Review* (2010) 57 1701:1777, Y. ERLICH et al. Redefining genomic privacy: trust and empowerment *PLOS Biol* (2014) 12(11):e1001983 S. S. SHRINGARPURE, C. D. BUSTAMANTE « Privacy risks from genomic data-sharing beacons » *Am. J. Hum. Genet* (2015) 97: 631–646 ; A. HARMANCI, M. GERSTEIN, « Quantification of private information leakage from phenotype-genotype data: linking attacks ». *Nat Methods* (2016) 13, 251 : 256, La cofondatrice de 23andMe aurait elle-même affirmé que c'était un leurre de penser que l'ADN génomique puisse être complètement anonymisé. Cité par A. TANNER Exploring the Promise and Perils of Sharing Your DNA (2016) <https://undark.org/article/dna-ancestry-sharing-privacy-23andme/>

phénotypiques tels que la couleur des cheveux ou des yeux, codés par des données génétiques, peuvent être utilisés pour ré identifier les données d'utilisateurs stockées dans des bases anonymisées<sup>1562</sup>. Aucune des techniques actuelles de cryptographie n'est adaptée aux analyses de banques volumineuses de GWAS telles que celle du European Bioinformatics Institute<sup>1563</sup>. Il existe donc un risque non négligeable que des données génétiques abondantes, conservées sur les sites commerciaux puissent devenir, dans un avenir proche la cible d'individus animés de mauvaises intentions<sup>1564</sup>. Un nouveau protocole permettant l'analyse de très grandes bases de données<sup>1565</sup> pourrait apporter une solution à la protection pérenne des résultats de séquençage global des génomes et des données GWAS utilisées par les fournisseurs de génotypages personnalisés.

**636.** Le risque de recoupement des informations personnelles sensibles (au sens de la CNIL ou du RGPD) qui sont communiquées lors des formalités d'inscription sur les sites, avec les données génétiques qui sont extraites de l'échantillon de salive contenant l'ADN des clients constitue un problème qui ne prend sa véritable dimension que dans la manipulation de masse des données génétiques.

Si les données génétiques d'individus isolés ne présentent que peu d'intérêt, les informations extraites des données provenant de cohortes composées de plusieurs millions d'individus constitueront les cibles économiques du futur dans un environnement où les promesses de l'analyse moléculaire du génome, portée par les projets de médecine personnalisée<sup>1566</sup> et la demande croissante pour des tests de paternité et de longévité représentent déjà le secteur le plus actif du marché florissant de l'analyse scientifique de l'ADN<sup>1567</sup>.

L'exploitation des données génétiques collectées par les différentes compagnies proposant des tests génétiques en accès libre, constitue un actif de très grande valeur, car il est la pierre

---

<sup>1562</sup> M. HUMBERT « De-anonymizing Genomic Databases Using Phenotypic Traits » *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies* (2015) 2 : 99-114

<sup>1563</sup> NHGRI-EBI (V. *supra* n° 599)

<sup>1564</sup> *Ibid* A. TANNER Exploring the Promise and Perils of Sharing Your DNA (V. *supra* n° 635)

<sup>1565</sup> H. CHO, D.J. WU, B. BERGER « Secure genome-wide association analysis using multiparty computation » *Nat Biotechnol* (2018) doi:10.1038/nbt.4108

<sup>1566</sup> « Precision Medicine Initiative Cohort Program » initié par le Président Obama

<sup>1567</sup> DNA & DNA Forensic Laboratories (US) – Industry Report | IBISWorld

<https://www.ibisworld.com/industry-trends/specialized-market-research-reports/life-sciences/laboratory-services/dna-forensic-laboratories.html>

fondatrice de futurs bouleversements socio-économiques de très grande envergure que les juristes doivent appréhender dès à présent.

« *La seule manière d'anticiper le futur c'est de le prendre en main* » nous dit un message publicitaire vantant les mérites d'un constructeur d'automobiles.

## §2. *La valorisation des informations génétiques*

**637.** La véritable motivation qui mobilise tant d'effort de la part des compagnies de génotypage en libre accès n'est évidemment pas altruiste.

Loin de là !

Non seulement le consommateur paie pour obtenir les résultats d'une analyse de son génome, mais la compagnie à laquelle il s'adresse est la seule à vraiment tirer un profit pécuniaire et social, de la manne économique considérable qui peut être générée à partir de l'exploitation des données génétiques collectées.

Seules les informations obtenues par comparaison des données collectées chez différents individus sont commercialement exploitables. Un test d'ADN isolé n'est pas informatif. Les grands nombres génèrent et permettent de valider des conclusions, aussi bien dans le cadre des études généalogiques et phénotypiques, que dans celui des prédictions de risques médicaux ou comportementaux.

Pour retirer le plus grand bénéfice des informations et données accumulées par leurs services de recherche, les compagnies de génotypage se sont tournées vers des groupes pharmaceutiques ou de recherche publique désireux de tirer parti de caractéristiques génétiques partagées par grand nombre d'individus.

**638.** Les compagnies affirment qu'aucune donnée provenant des génotypages de leurs clients n'est transmise sans l'accord de ces derniers. Cependant la validation du document de consentement éclairé n'est requise que pour ce qui concerne le transfert de données aux chercheurs avec qui elles collaborent<sup>1568</sup>. Les documents ne précisent pas qui sont les parties

---

<sup>1568</sup> « En donnant votre consentement à participer à ce projet, vous acceptez que toutes les informations et tous les échantillons biologiques que vous partagez avec nous [ ] puissent être collectés et utilisés pour la recherche conforme à l'objectif jusqu'à ce que le projet soit achevé ou se termine (ce qui peut se passer d'ici de nombreuses

tierces à qui les données peuvent être transmises dans le cadre de l'amélioration des services proposés par la compagnie<sup>1569</sup>.

Par exemple, AncestryDNA a déclaré « qu'aucune donnée concernant un utilisateur n'est partagée à des fins de recherche en absence du consentement volontaire de la personne concernée et que lorsque des données sont partagées avec des groupes de recherche, elles sont anonymisées. Aucune information pouvant identifier l'utilisateur n'est transmise »<sup>1570</sup>.

Pour les chercheurs dans les domaines de la généalogie et de l'anthropologie, les grandes bases de données telles que celles qu'offre le « Ancestry Human Diversity Project » sont des sources jusqu'ici inégalées d'information importante pour « la compréhension de l'histoire et de ses migrations »<sup>1571</sup>.

De son côté, la compagnie 23andMe publie sur son site une liste de compagnies pharmaceutiques avec qui elle est engagée dans des programmes scientifiques de recherche, pour lesquels elle fournit des données génétiques anonymisées provenant de clients qui ont fourni leur accord<sup>1572</sup>.

---

années) » Dans une interview donnée à Gizmodo, le représentant de 23andMe précisa que la seule entreprise ayant accès aux informations génétiques est leur société Lab Corp. et que l'information ne figure pas dans les formulaires car personne ne la requiert « *23andMe told Gizmodo that the only contractor that actually has access to genetic information is their lab contractor, Lab Corp. The company said this information isn't posted online, however, because customers don't ask for it* » K. V. BROWN « What DNA Testing Companies' Terrifying Privacy Policies Actually Mean » (2017) Gizmodo Edition du 19 octobre <https://www.gizmodo.com.au/2017/10/what-dna-testing-companies-terrifying-privacy-policies-actually-mean/>

<sup>1569</sup> Le formulaire de consentement éclairé de Ancestry DNA disponible sur internet stipule : « une partie de notre mission consiste à faire avancer la recherche liée à l'étude de la génétique humaine, la généalogie, l'anthropologie et la santé. Pour ce faire, nous pouvons entre autres vous donner la possibilité de participer à la recherche scientifique effectuée aux États-Unis et dans d'autres pays [ ] Ce Consentement éclairé ne s'applique pas à l'utilisation de vos données pour la recherche et le développement de produits »

<https://www.ancestry.com/cs/dna-redirect/informedconsent-v3-fr>

<sup>1570</sup> H. KRETCHMER « *Ancestry.com denies exploiting users' DNA* » (2017) - BBC News Edition du 25 mai <http://www.bbc.com/news/business-40045942>. « *We do not share user data for research unless the user has voluntarily opted-in to that sharing [ ] We always de-identify data before it's shared with researchers, meaning the data is stripped of any information that could tie it back to its owner* »

<sup>1571</sup> AncestryDNA Research and Collaboration <https://www.ancestry.com/cs/collaborations>. La liste de collaborateurs de AncestryDNA inclut en particulier le USTAR Center for Genetic Discovery, the American Society for Human Genetics, et le National Marrow Donor Program. Ancestry DNA s'est également associée avec la société Calico, créée par Google en 2013 dont les objectifs visent à lutter contre le vieillissement et combattre les pathologies qui lui sont associées

<sup>1572</sup> On trouve à ce jour dans cette liste, qui est révélatrice des intérêts de 23andMe, les universités de Chicago, Cambridge, Harvard, Stanford, les industries pharmaceutiques Alnylam Pharmaceuticals, Inc. Biogen, Genentech, Pfizer, P&G beauty, ainsi que les organismes à but non lucratif Lupus Research Institute, The Michael J. Fox Foundation, National Parkinson Foundation, et Parkinson's Institute and Clinical Center

**639.** En 2015, 23andMe recrutait dans sa base les données de 10 000 patients atteints de la maladie de Crohn, pour en étudier en collaboration avec la société Pfizer, les bases génétiques. Le montant de l'accord ne fut pas dévoilé.

La même année, un accord signé entre 23andMe et Genentech fixait les conditions du partage des données génétiques et phénotypiques de 12 000 volontaires atteints de la maladie de Parkinson pour laquelle 23andMe avait obtenu un brevet dans des conditions houleuses<sup>1573</sup>. L'accord fut scellé avec le paiement par Genentech d'une somme de 10 millions de dollars, qui devait être suivie d'un versement ultérieur de 50 millions de dollars pour financer la collaboration<sup>1574</sup>.

Le magazine Forbes<sup>1575</sup> avait évalué à cette époque, que sur la base du prix de vente d'un kit à 99 USD, cet accord à lui seul était financièrement équivalent à un doublement du nombre d'utilisateurs de la base de données 23andMe...

En 2015 toujours, 23andMe signait un accord avec Reser Therapeutics<sup>1576</sup> pour une étude à grande échelle des gènes régulant de rythme circadien. La fondation Michael J. FOX à but non lucratif et 23andMe annonçaient en 2017, une collaboration sur la maladie de Parkinson<sup>1577</sup>.

**640.** Dans un autre registre, 23andMe avait ouvert en 2012 son interface de programmation d'application (API, application programming interface) à des développeurs tiers<sup>1578</sup> susceptibles de construire, à partir des banques de données de 23andMe une large gamme d'applications nouvelles et d'outils qui pourraient être utiles à la communauté d'utilisateurs de la plateforme.

---

<sup>1573</sup> *Ibid* B. PERBAL (2014) Communication is the key Part 2 (V *supra* n° 603)

<sup>1574</sup> « Genentech Strikes Deal with 23andMe to Study Parkinson's Genomes » (15 Jan 2015) ALZFORUM <https://www.alzforum.org/news/research-news/genentech-strikes-deal-23andme-study-parkinsons-genomes>.

<sup>1575</sup> M. HERPER « Surprise! With \$60 Million Genentech Deal, 23andMe Has A Business Plan » (2015). Forbes Edition du 6 janvier

<sup>1576</sup> La société Reser therapeutics cherche à identifier des petites molécules qui modulent les activités et les fonctions d'horloges moléculaires, ainsi que les composants du système circadien pour traiter diverses pathologies métaboliques telles que le diabète, l'obésité et les maladies cardiovasculaires. Bloomberg Company Overview of Reser Therapeutics, Inc. (en date du 9 mai 2018) <https://www.bloomberg.com/research/stocks/private/snapshot.asp?privcapId=253060426>

<sup>1577</sup> Michael J. Fox Foundation and 23andMe Announce Collaboration to Capture Parkinson's Experience at Scale and Amplify Patient Voice in Research and Care <https://www.prnewswire.com/news-releases/michael-j-fox-foundation-and-23andme-announce-collaboration-to-capture-parkinsons-experience-at-scale-and-amplify-patient-voice-in-research-and-care-300545227.html>

<sup>1578</sup> Communiqué de 23andMe le 14 septembre 2012 <https://mediacenter.23andme.com/press-releases/23andme-opens-its-api-to-developers/>

Les développeurs potentiels avaient l'obligation d'obtenir le consentement individuel des individus dont les données seraient référencées dans ces applications.

Ainsi, des développeurs ayant eu accès aux données anonymisées de 23andMe ont proposé dès 2012 des applications de santé fournissant des services en matière d'amaigrissement ou de quantification de soi<sup>1579</sup>.

Un changement notoire est apparu avec la publication le 24 août 2018<sup>1580</sup>, d'une note avertissant les développeurs tiers que l'accès aux données brutes sera suspendu et que toute nouvelle application devra être fondée sur les « *interprétations et résultats qui sont fournis aux utilisateurs* ». Seuls les collaborateurs associés dans des projets de recherche auront accès aux données brutes.

Signe d'une volonté de mieux protéger l'accès aux données génétiques ou volonté de mieux contrôler les applications commerciales des banques de données constituées au cours des dernières années ?

Il faut rappeler à cet égard qu'une application qui utilisait l'API de 23andMe développée selon ses créateurs en pour permettre la création de d'espaces internet dont l'accès serait sécurisé, conduisait en fait à réaliser une discrimination des internautes et un blocage de leur accès à certains sites, basés sur leurs caractéristiques personnelles, au titre desquelles figuraient leur généalogie ou leur genre<sup>1581</sup>.

## Conclusion du Titre II

---

<sup>1579</sup> Thème très à la mode depuis quelques années, la quantification numérique de soi (quantified self) utilise divers accessoires « connectés » Voir à ce sujet « Quantified Self - Self Knowledge Through Numbers » <http://quantifiedself.com/> ; K. SHERIDAN « The new Apple Watch, with FDA' blessing, comes with EKG app » STAT 12 septembre 2018

[https://www.statnews.com/2018/09/12/apple-watch-fda-clearance/?utm\\_source=STAT+Newsletters&utm\\_campaign=9251c18174-Daily\\_Recap&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_8cab1d7961-9251c18174-150682309](https://www.statnews.com/2018/09/12/apple-watch-fda-clearance/?utm_source=STAT+Newsletters&utm_campaign=9251c18174-Daily_Recap&utm_medium=email&utm_term=0_8cab1d7961-9251c18174-150682309) ; Béatrice Arruabarrena. Le Soi augmenté : les pratiques numériques de quantification de soi comme dispositif de médiation pour l'action. Sciences de l'information et de la communication. Thèse Conservatoire des Arts et Métiers (CNAM), Paris 28 novembre 2016

<sup>1580</sup> C. FARR « 23andMe will no longer let app developers read your DNA data » CNBC Disruptor/50 23 août 2018 <https://www.cnbc.com/2018/08/23/23andme-is-telling-developers-that-it-plans-to-shut-off-its-api-in-two-weeks.html>

<sup>1581</sup> L. CLARK « How one coder used 23andMe to create a race wall around the web » Wired 23 juillet 2015 2015 <https://www.wired.co.uk/article/23andme-api-blocks-based-on-race-gender>

**641.** L'évolution combinée des techniques de l'informatique et de la biologie humaine a considérablement modifié les rapports de l'Homme à lui-même et à son destin dont il veut de plus en plus être maître. Aujourd'hui fasciné par la connaissance de son être, physique et psychologique, l'individu est devenu la proie de développements technologiques dont il ne maîtrise pas toute la dimension et qui le métamorphosent en une source de « données génétiques », de plus en plus exploitées à des fins économiques, sociales, scientifiques ou médicales et qui résonnent à ses oreilles comme la quête du « Graal ».

Les nouvelles biotechnologies laissent entrevoir des perspectives inimaginables il y a quelques années. Les progrès réalisés dans la connaissance du génome humain ont bouleversé à la fois notre apperception et notre compréhension du matériel génétique humain que les acteurs de nos systèmes juridiques et législatifs se doivent d'appréhender, avec toute l'ouverture nécessaire à la protection efficace et adaptée d'un « patrimoine génétique » devenu une source de convoitises sociétales, dont l'ampleur inégalée ne peut être ignorée.

**642.** Les conditions dans lesquelles les données d'utilisateurs sont exploitées par les compagnies de génotypage nous inspirent deux réflexions que nous aimerions partager pour conclure.

La première concerne la sécurité des données accumulées sur ces sites, la seconde concerne l'exploitation financière des données et des informations qu'elles peuvent livrer.

**643.** Dans le cadre des collaborations qu'elles gèrent avec des partenaires scientifiques, les compagnies transfèrent des données qui, même anonymisées, peuvent être facilement décryptées et devenir significatives<sup>1582</sup>.

Il est difficile d'attendre une garantie absolue de protection des données génétiques intimement privées quand on franchit le pas d'envoyer son ADN à une compagnie de génotypage.

D'ailleurs, AncestryDNA prend la précaution de mettre en garde les consommateurs acceptant de participer aux programmes de recherche, vis à vis des possibilités de violation des sécurités

---

<sup>1582</sup> M. GYMREK et al. « Identifying Personal Genomes by Surname Inference » *Science* (2013) 339: 321-324 ; B. R. KORF « Genomic privacy in the information age » Comment in *Clin Chem* (2013) DOI:10.1373/clinchem.2013.205260 ; R.B. ALTMAN et al « Data re-identification: societal safeguards » *Science* (2013) 339 :1032-1033



mises en place pour protéger leurs données et des informations familiales sensibles que les analyses pourraient révéler<sup>1583</sup>.

Le risque encouru, à l'échelle individuelle, par la violation d'une masse de données encryptées peut paraître aujourd'hui insignifiant. Mais qu'en sera-t-il lorsque les outils de compilation et d'analyse de data permettront effectivement d'identifier les individus au travers des données génétiques qui les caractérisent ? Qu'advient-il dans quelques dizaines d'années des masses de données accumulées par des compagnies de génotypage qui auront été soumises à plusieurs opérations de rachat-fusion ? Quelles garanties aura-t-on vis à vis des règles internes propres à chaque compagnie aujourd'hui ?

**644.** Ces quelques questions doivent être la base, à la fois d'une réflexion futuriste de la part de l'ensemble des juristes qui ne doivent pas se laisser dépasser par des législateurs politiciens et d'une information objective et non alarmiste des populations sur ce qui concerne l'exploitation des génomes par une science aux progrès fulgurants.

Il n'est déjà plus possible aujourd'hui de mettre en place des contrôles efficaces de la propagation des données génétiques alimentée par le partage sans limite auquel se livrent des internautes, victimes innocentes d'un « progrès » technologique trompeur qui estompe petit à petit tout respect de l'intimité humaine et façonne des individus de plus en plus dociles et obéissants.

Mais dans la société actuelle, où nos faits et gestes, nos achats, nos déplacements sont traqués par des caméras de surveillance, des lecteurs de carte bancaires, des téléphones équipés de système de localisation, la vie privée ne devient-elle pas une illusion ?

**645.** La seconde réflexion concerne la manne économique et financière que génère l'exploitation des données et de l'information génétique.

---

<sup>1583</sup> A la question « Y a-t-il des risques pour moi ? », la compagnie répond : « Il y a le risque potentiel que les données vous concernant puissent devenir publiques suite à une violation de la sécurité. Bien que nous ayons mis en place des processus et des politiques robustes destinés à minimiser la possibilité d'une violation de la sécurité [ ] nous ne pouvons pas garantir à 100 % qu'une violation ne se produira jamais. [ ] Il est cependant possible que des tiers soient en mesure de vous identifier à partir des données de recherche rendues publiquement disponibles, par exemple s'ils sont capables d'associer vos données génétiques à d'autres informations vous concernant dont ils disposeraient [ ] Lorsque nous transférons physiquement des échantillons biologiques à des collaborateurs, il existe un risque potentiel que les échantillons puissent être perdus ou volés lors de leur transport ou leur stockage[ ] »

Les compagnies de géotypage offrent aux individus la possibilité de plonger, pour quelques dizaines d'euros ou de dollars, au plus profond de leur être. Voyage comparable à celui qui nous emporterait aux portes d'une autre galaxie ...

La proposition pourrait être très noble si elle n'était qu'informatrice et que les décisions prises par la personne désireuse de connaître ses gènes, son patrimoine génétique, ne concernait qu'elle et si les caractéristiques intimes personnelles ne pouvaient être une source de profits et d'application, bénéfiques ou non, qui dépassent notre imagination présente.

Bien que les compagnies de géotypage aient été encouragées à prévenir leurs clients que les informations, issues du traitement de leurs données génétiques et qui leur seront communiquées peuvent être déplaisantes ou alarmantes, nous ajouterons « voire psychologiquement destructrices », la manière avec laquelle sont présentées les merveilleuses potentialités de l'analyse génomique ne peut que séduire les esprits non avertis.

**646.** Ne nous y trompons pas, ces compagnies ne sont pas altruistes, même si elles partagent une partie de leur « butin » avec des groupes de recherche à but non lucratif.

Dans un marché estimé à 340 millions de dollars en 2022<sup>1584</sup> ces entreprises commerciales ont pour objectif de tirer un bénéfice financier de leur investissement. Quand on sait le travail considérable que représente un géotypage tel qu'il est réalisé par ces compagnies, on ne peut les blâmer de souhaiter en récupérer les fruits.

Cependant, certaines voix s'élèvent contre des clauses qu'ils trouvent abusives. En validant les CGU concernant l'analyse de son génome, le propriétaire de l'ADN doit, en particulier, octroyer de facto une « licence d'exploitation à titre gratuit » qui ne lui permet de percevoir aucun dividende<sup>1585</sup>.

---

<sup>1584</sup> *Ibid* K. V. BROWN « What DNA Testing Companies' Terrifying Privacy Policies Actually Mean » (V. *supra* n° 638)

<sup>1585</sup> Si la Charte des données personnelles publiée en avril 2018 par Ancestry (International Privacy Statement) mentionne bien « Vous restez toujours propriétaire de votre ADN et de vos données génétiques et vous pouvez gérer et supprimer ces données comme décrit dans cette déclaration » (<https://www.ancestry.com/cs/legal/row-privacy-statement-fr>), le consentement éclairé que signent les consommateurs autorisant AncestryDNA à entreprendre des recherches avec des contractants des secteurs privé et public, stipule « Aucune compensation financière ne vous sera fournie dans le cadre de développements commerciaux liés au projet qui pourraient résulter du travail des chercheurs. » §9 Consentement éclairé AncestryDNA au 14 décembre 2017, <https://www.ancestry.com/cs/dna-redirect/informedconsent-v3-fr#9>. Le §13 des Terms of Service de 23andMe, indique aussi que le signataire ne percevra aucune compensation pour les produits commerciaux qui pourraient dériver de l'exploitation de ses données génétiques « *you acquire no rights in any research or commercial products that may be developed by 23andMe or its collaborating partners. You specifically understand that you will not*

Le problème posé ici n'est pas relatif aux données génétiques, mais à la propriété des informations issues de ces données.

**647.** Nous sommes aujourd'hui confrontés à des applications biologiques inimaginables il y a quelques décennies.

En ce qui concerne les tests génétiques, le manque de cadre juridique est encore plus grave car les données manipulées par les fournisseurs de service touchent non seulement aux aspects considérés aujourd'hui comme les plus intimes et les plus sensibles de la personne humaine, mais aussi à l'avenir de l'humanité si l'on en juge par les applications futures du génie génétique que semblent nous promettre les évolutions scientifiques que certains qualifient de progrès, alors que pour d'autres elles sont des « bombes à retardement ».



## CONCLUSION GÉNÉRALE ET PERSPECTIVES

### DU SOI GÉNÉTIQUE AUX DONNÉES PERSONNELLES : RETOUR VERS LE FUTUR

**648.** Notre étude visait à identifier le statut juridique des fondements génétiques du phénotype individuel, constitué par l'ensemble des données personnelles résultant de l'expression du patrimoine génomique, afin d'en détecter les faiblesses et les lacunes éventuelles.

Au cours de ce voyage aux confins du soi, nous avons analysé comment l'ADN nucléaire était le support fondamental des données génétiques gouvernant l'expression de nos traits physiques, fonctionnels et psychologiques les plus intimes.

Il ne faudrait bien évidemment pas s'arrêter à la vision simpliste consistant à considérer que l'information exprimée à partir de l'ADN contenu dans le noyau de chacune des cellules de l'être humain suffit à dicter la représentation phénotypique du soi le plus intime.

Cet ensemble informationnel est le « patron » humain de base qui fait de nous des hominés de l'espèce « *homo sapiens* » distinguables, au premier regard, des autres espèces animales.

L'assemblage des briques biologiques élémentaires en un organisme harmonieusement constitué capable de s'intégrer dans un milieu environnant physiquement et socialement versatile, repose sur un ensemble coordonné d'interactions fonctionnelles au niveau moléculaire et au niveau cellulaire qui mettent en jeu des systèmes de communication<sup>1586</sup> intra et extracorporels dont la complexité fait la richesse et la spécificité de l'Homme biologique.

Si pour des raisons didactiques et opérationnelles, nous nous sommes limités ici à la source génétique de référence que constitue l'ADN, nous ne négligeons pas pour autant les rôles essentiels que jouent l'information génétique intracellulaire non nucléaire et l'épigénétique, et l'influence de sources extracellulaires sur l'expression des gènes, dans la flexibilité adaptative de l'Homme et de son patrimoine héréditaire<sup>1587</sup>.

---

<sup>1586</sup> *Ibid* B. PERBAL (2003) « Communication is the key » (V. *supra* n° 299)

<sup>1587</sup> On peut citer ici deux exemples d'adaptation génétique humaine à des conditions environnementales extrêmes. La capacité des Bajau à supporter des conditions d'anoxie leur permettant de plonger en apnée de manière prolongée est due à une mutation génétique du type SNP dans le gène PDE10A conférant aux membres

**649.** A ce stade de notre analyse, il est opportun d'examiner brièvement les perspectives offertes par les progrès techniques récents qui bousculent d'ores et déjà fortement la vision actuelle et future que l'Homme a de lui en tant qu'individu au sein de sa famille et de la société dans laquelle il évolue.

**650.** Nous avons vu comment les progrès de l'informatique, combinés à ceux de la génomique ont bouleversé la notion de vie privée, initialement introduite par les travaux de Warren et Brandeis et à laquelle les générations du XXe siècle étaient encore attachées.

On entend souvent et de plus en plus, dire que la vie privée n'existe plus.

Notre environnement social est truffé d'inventions en tout genre, acclamées par une population avide des dernières nouveautés technologiques, permettant à qui le souhaite de tout savoir sur les activités et les déplacements de ses dizaines, ou centaines « d'amis » collectés à la faveur de réseaux sociaux dont nous avons pointé les activités irrespectueuses de la vie privée. Certains observateurs considèrent que l'engouement social pour ces « jouets technologiques » reflète une intensification des clivages sociaux permettant aux uns de mieux pister et diriger les autres.

Les témoignages rapportés sur les forums de discussion témoignent de la grande satisfaction qu'éprouvent de nombreux internautes à donner leur vie en spectacle continu et qui n'hésitent pas, pour se mettre en scène, à dévoiler leur intimité.

**651.** Exhibitionnisme, narcissisme ou jeux du cirque pour la masse ?

Alors que sur les réseaux sociaux se déversent les aspects les plus intimes de la vie de ceux qui affichent, apparemment sans limite, des informations identifiantes que les textes normatifs nationaux et internationaux s'emploient à mieux protéger, l'exposition publique des données personnelles concernant 3 millions d'inscrits au réseau Facebook a été très mal perçue par les

---

de ce groupe une rate plus grosse que la moyenne et des fonctions thyroïdiennes exacerbées, essentielles à la production d'un plus grand nombre d'érythrocytes, donc à une meilleure rétention de l'oxygène. (M. A. ILARDO « Physiological and Genetic Adaptations to Diving in Sea Nomads » *Cell* (2018) 173 : 569-580). Le génome des Inuits du Groenland montre aussi la présence de SNPs spécifiques permettant aux membres de ce peuple d'adapter leur physiologie à la nourriture riche en acides gras polyinsaturés qu'ils consomment et qui leur permet de survivre dans des conditions de froid intense.

membres d'une communauté qui ne semblaient pas être particulièrement sensibles à la notion de vie privée<sup>1588</sup>.

Cette attitude paradoxale serait-elle le reflet d'une conception moderne de l'intimité<sup>1589</sup> ?

**652.** On ne peut nier un glissement progressif et général de la notion de vie privée qui, de « murée » dans l'intérieur des maisons au sens de Royer Collard<sup>1590</sup>, s'est progressivement portée vers une notion plus individuelle avec la reconnaissance des données personnelles, expression phénotypique des caractéristiques génétiques qu'il est nécessaire de protéger.

Mais que devient la notion de protection des données génétiques dans un monde où, non seulement elles sont transmises à des compagnies privées qui en tirent des profits conséquents, mais elles sont également partagées sur des forums de discussion ouverts à tous et où chacun commente les aspects privés les plus intimes concernant telle ou telle pathologie qui le touche. La somme d'information échangée sur ces sites constitue une manne très précieuse de données supplémentaires dont il n'est pas difficile de deviner à qui elles bénéficient<sup>1591</sup>.

Paradoxalement, il ressort des discussions et commentaires publiés sur plusieurs forums, que les consommateurs américains qui utilisent les sites d'analyses de données génétiques seraient plutôt favorables à une rémunération de leurs « dons » de matériel génétique par les entreprises qui les exploitent en collaboration avec de grands groupes pharmaceutiques. Mais peut-être que ceux-ci ne sont pas ceux-là.

---

<sup>1588</sup> Voir le scandale Cambridge Analytica : « Millions more Facebook users' data was left open for anyone to access » (2018) *The Download from MIT Tech Review* Edition du 15 mai newsletters@technologyreview.com ; P. WATERFIELD, T. REVELL « Huge new Facebook data leak exposed intimate details of 3M users » (2018) *The New Scientist* Edition du 15 mai (<https://www.newscientist.com/article/2168713-huge-new-facebook-data-leak-exposed-intimate-details-of-3m-users/>); « Facebook suspends the Trump campaign's data-mining firm amid revelations of a major data breach » *The Download MIT Technology Review*. ([https://www.technologyreview.com/the-download/610567/facebook-suspends-the-trump-campaigns-data-mining-firm-amid-revelations-of-a/?utm\\_source=newsletters&utm\\_medium=email&utm\\_content=2018\\_05\\_15&utm\\_campaign=the\\_download](https://www.technologyreview.com/the-download/610567/facebook-suspends-the-trump-campaigns-data-mining-firm-amid-revelations-of-a/?utm_source=newsletters&utm_medium=email&utm_content=2018_05_15&utm_campaign=the_download))

<sup>1589</sup> Voir à ce sujet le concept « d'extimité » introduit et développé par S. TISSERON « Le désir « d'extimité » mis à nu », *Le Divan familial* (2003) 11 : 53-62 ; « Intimité et extimité » *Communications* (2011) 88 : 83-91 Le Seuil, Cultures du numériques (A. A. Casilli Dir.)

<sup>1590</sup> V. *supra* n° 157

<sup>1591</sup> M. MOLTENI 23andMe Wants You to Share Even More Health Data (2018) *WIRED* Edition du 20 avril <https://www.wired.com/story/23andme-wants-you-to-share-even-more-health-data/>; How Sharing Works (2018) 23andMe <https://customer.care.23andme.com/hc/en-us/articles/211831798-How-Sharing-Works>

**653.** Le problème de la vente de données personnelles avait été évoqué au moment de la proposition de loi pour le numérique<sup>1592</sup> et a été récemment relancé dans le cadre de l'application du RGPD<sup>1593</sup>. Dans un marché européen qui pourrait atteindre 1000 milliards d'euros d'ici à 2020<sup>1594</sup>, c'est une question importante pour l'avenir car la réponse qui lui sera apportée conditionnera un pan très important de la liberté de disposer de ses données personnelles, au rang desquelles la CNIL et le RGPD font figurer les données génétiques.

**654.** Les questions concernant la propriété des données génétiques ont été abordées à maintes reprises, aussi bien en Europe qu'aux États-Unis où le statut présent et futur des données confiées à des entreprises privées par les utilisateurs de tests en vente libre a été largement débattu. Les questions principales concernent la revente de données aux collaborateurs privés ou public des compagnies de génotypage, le devenir des données lors de cession ou de fusion-acquisition à un acheteur qui n'a pas signé d'engagement contractuel avec les consommateurs, l'accès aux données par les compagnies d'assurance, les forces de police ou toute autre administration qui pourrait en faire la demande. Plusieurs observateurs pensent en particulier qu'aux USA, le Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA)<sup>1595</sup> n'est pas suffisamment protecteur. Le RGPD quant à lui, assure une bonne protection des données personnelles, mais comme nous l'avons dit précédemment, seule l'information génétique est spécifiquement concernée par ce texte, pas les données. Il est regrettable que la dernière loi

---

<sup>1592</sup> L'article 54 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique avait complété l'article 1 de la loi « informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 en disposant « *Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi* ». N. OCHOA déclarait « *La libre disposition des données personnelles rend possible la propriété des données personnelles et ouvre la voie à une servitude accrue de la personne fichée* » dans « La propriété des données personnelles : ce cadeau empoisonné de la loi Lemaire » (2016) Les Échos édition du 29 janvier. [http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2016/01/29/cercle\\_148348.htm](http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2016/01/29/cercle_148348.htm)

<sup>1593</sup> P. CREQUY « *Bientôt tous rentiers grâce à nos données personnelles ?* » (2018) Mes Datas et Moi : l'Observatoire Edition du 11 mai. <https://www.mesdatasetmoi-observatoire.fr/article/bientot-tous-rentiers-grace-a-nos-donnees-personnelles>; CALIMAQ « *Le RGPD interdit-il aux individus de « vendre » leurs données personnelles ?* » S.I. Lex (2018) Edition du 12 mai

<sup>1594</sup> *Ibid*

<sup>1595</sup> Le HIPAA fut voté par le Congrès en 1996. Il assure entre autres, la protection et le traitement confidentiel des données de santé quand elles sont transférées, reçues, manipulées ou échangées, quelque soit la forme des informations de santé considérées, y compris imprimées sur papier, orales, ou électroniques. <http://www.dhcs.ca.gov/formsandpubs/laws/hipaa/Pages/1.00WhatIsHIPAA.aspx>



concernant la protection des données personnelles en France<sup>1596</sup> n'ait pas été plus précise à ce sujet qui, à n'en pas douter, sera parmi les préoccupations de première ligne dans un futur proche.

**655.** La procédure qui oppose depuis plusieurs années aux USA Harold Peerenboom à Ike Perlmutter<sup>1597</sup> jeta un coup de projecteur très inattendu sur une question qui n'avait pas encore été abordée dans les Cours de justice concernant la propriété des informations génétiques.

Au cours d'une procédure à multiples rebondissements qui suit encore son cours, I. Perlmutter et son épouse furent la cible d'un prélèvement illégal d'ADN sur des bouteilles d'eau qu'ils avaient manipulées et que H. Peerenboom avait interceptées pour les faire analyser afin de comparer leurs empreintes génétiques avec celles se trouvant sur les enveloppes contenant les lettres injurieuses dont il était le destinataire.

Dans cette affaire, le juge considéra, pour la première fois, que le vol concernait l'information que les données génétiques codaient. Cette position tranche avec la décision prise en défaveur de J. Moore<sup>1598</sup> en ce qui concernait les droits de propriété que celui-ci réclamait à l'égard des cellules dérivées de la leucémie à tricholeucocytes dont il souffrait.

Ici le juge considère l'affaire sous l'angle de la vie privée et non pas sous l'angle de la propriété. L'ADN des Perlmutter reste leur propriété. Collecter l'ADN laissé sur une bouteille par un individu, est une intrusion dans sa vie privée, tout comme prendre une photographie de lui sans

---

<sup>1596</sup> Protection des données personnelles (Texte définitif). Texte adopté le 14 mai 2018. Le 16 mai 2018, le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi relative à la protection des données personnelles par au moins 60 sénateurs [http://www.senat.fr/espace\\_presse/actualites/201803/protection\\_des\\_donnees\\_personnelles.html](http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201803/protection_des_donnees_personnelles.html).

<sup>1597</sup> L'affaire qui entamait au début de 2018 sa cinquième année de procédure devant la 15e Cour de Justice de Floride à West Palm Beach, oppose Harold Peerenboom, un homme d'affaire de Toronto à Ike Perlmutter, chairman de Marvel Enterprises. Le litige, né autour d'un différend concernant la direction d'un centre de tennis, prit un tour plus agressif avec la distribution dans le complexe résidentiel où demeurent les protagonistes, d'un millier de courriers accusant Peereboom de crimes odieux dont pédophilie et meurtre. Perlmutter et sa femme furent accusés par Peerenboom d'avoir orchestré cette campagne diffamatoire et une procédure fut ouverte. Aujourd'hui il a été finalement décidé de ne pas rendre public le contenu des emails de I Permutter contrairement à ce que demandait la partie adverse [J. TERROR « Court rules to protect Marvel Chairman Ike Perlmutter's Emails in Bizarre Tennis Court Feud with Rival Billionaire » (2018) Bleeding Cool Edition du 19 avril <https://www.bleedingcool.com/2018/04/19/court-protect-ike-perlmutter-emails/>. Pour un compte-rendu plus complet de l'affaire, voir M. Gollom « Bizarre hate mail case involving Toronto millionaire, Marvel CEO gets weirder » (2018) CBC News Edition du 3 mars <http://www.cbc.ca/news/canada/toronto/harold-peerenboom-isaac-perlmutter-david-smith-hate-mail-1.4559065>

<sup>1598</sup> Moore v. Regents of University of California (1990) No. S006987. Supreme Court of California. Jul 9, 1990 <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/51/120.html>

son accord. Cette approche est extrêmement intéressante car elle jette les bases d'une nouvelle jurisprudence pour l'avenir.

**656.** Dans un sondage effectué parmi des personnes qui avaient accepté de déposer leur ADN dans une bio-banque, la plupart d'entre eux disaient « l'ADN est un élément de ma nature » « l'ADN est moi »<sup>1599</sup>.

Le droit de propriété que nous pouvons exiger de l'ADN que nos cellules contiennent et qui est l'essence de notre vie nous permet-il pour autant, comme nous le dit l'article 544 du Code civil<sup>1600</sup> d'en jouir et disposer de la manière la plus absolue ? Sommes-nous propriétaire du support et de l'information que l'on en tire ? Avons-nous le droit de modifier ce support qui nous a été transmis et que nous transmettons aux générations futures ? Quelle est notre responsabilité au regard du maintien des caractéristiques génétiques spécifiques de l'espèce ?

**657.** La première interrogation renvoie à la notion polysémique de patrimoine génétique<sup>1601</sup> qui recouvre un aspect à la fois collectif (le « moi » génétique) et individuel (le « je » génétique)<sup>1602</sup>, mais également à la notion d'« hérédité »<sup>1603</sup>. La transmission intergénérationnelle de l'ADN humain fait de celui qui en « hérite » le dépositaire « forcé » d'un patrimoine génétique complexe, dont il jouit, constitué de données qui sont à la fois spécifiques de l'espèce et de l'individu. Il est donc difficile d'aborder le problème de la patrimonialité du génome humain par une référence simple à la théorie du droit de propriété proposée par Aubry et Rau<sup>1604</sup>

---

<sup>1599</sup> Sondage mené par le Professeur J. M. Conley à l'Université de Droit de Caroline du Nord (UNC School of Law). Propos rapportés par M. ANGRIST « Do You belong to You » (2018) *Genome*. Edition du 2 janvier <http://genomemag.com/Your health is personal>

<sup>1600</sup> L'article 544 du Code civil créé par la loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804 dispose « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

<sup>1601</sup> Le patrimoine et « les patrimoines communs » : polysémie du mot patrimoine. Étude 232 *Le Lamy Droit des personnes et de la famille*. Mise à jour mai 2016 Lamyline

<sup>1602</sup> V. *supra* n°281

<sup>1603</sup> Étymologie selon le dictionnaire Larousse du XXe siècle : « du latin hereditas ; de heres, edis, héritier » et selon le CNRTL : Ca 1050 plur. ereditex « ensemble de biens qu'une personne laisse en mourant » (Alexis, éd. Chr. Storey, 401); début XIIe s. sing. heredité (Ps. Oxford, éd. Fr. Michel, 60, 5); 2. 1538 « qualité d'héritier; droit de recueillir un héritage en totalité ou partie » (Est.); 3. 1690 « mode de transmission des droits par les liens du sang » (Fur.); 4. 1821 biol. (J. de Maistre, Soirées de Saint-Petersbourg, t. 1, p. 79). Empr. au lat. hereditas « ce dont on hérite, succession », dér. de heres, heredis, v. hoir

<sup>1604</sup> AUBRY C., RAU F.-C. Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, en 6 volumes Paris, Ed. Cosse, Marchal et Billard 1869-1873

qui, appliquée au corps humain impliquerait un droit d'utilisation (usus) et de contrôle sur l'utilisation, générant des profits (fructus), tels que recettes d'exploitation agricole ou loyer, doublé d'un droit de disposer de la propriété (abusus) par transfert (vente, échange) ou destruction (consommation), trois aspects contraires au principe de non patrimonialité du corps humain<sup>1605</sup>. En apparence contradiction avec ces dispositions, on ne peut nier qu'il existe un courant réclamant une plus grande liberté de disposer de son corps et une volonté de fournir aux sujets concernés une plus grande maîtrise de leurs données génétiques au travers du RGPD européen et de la nouvelle loi Informatique et Libertés en France.

**658.** Pour ce qui concerne la seconde question, tout au moins dans le cadre français, il faut avoir présent à l'esprit les dispositions de l'article 16-4 du Code civil Modifié par la loi n°2004-800 du 6 août 2004 qui dispose « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* » « *Toute thérapeutique sur la ligne germinale humaine doit être interdite*<sup>1606</sup> ». Les dispositions légales qui encadraient jusqu'à présent les manipulations génétiques humaines sont très fortement remises en cause par les nouveaux développements de méthodes permettant la modification de gènes au niveau des cellules germinales<sup>1607</sup> et la conception d'enfants « ex utero », méthodes qui donnent lieu à d'intenses débats au sein de la doctrine juridique, mais aussi dans les communautés scientifiques et médicales au niveau international<sup>1608</sup>. Si l'on a pu penser « *qu'hériter d'un patrimoine génétique*

---

<sup>1605</sup> Pour mémoire, articles 16-1 « *al 3 : Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.* » et 16-5 du Code civil « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* »

<sup>1606</sup> Deux recommandations européennes adoptées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe méritent d'être rappelées. Celle du 26 janvier 1982 (Recommandation de l'Assemblée Parlementaire n° 1100 (1989) du 2 février 1989 du Conseil de l'Europe sur l'utilisation des embryons et fœtus humains dans la recherche scientifique) déclarait que l'homme a « *droit à un patrimoine génétique n'ayant subi aucune manipulation*<sup>1606</sup> » et celle du 2 février 1989 (Recommandation 934 (1982) Ingénierie génétique Assemblée parlementaire) <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=14968&lang=FR> préconisait « *Le génie génétique ne doit pas être employé dans les recherches sur du matériel génétique humain ou recombinant sans une autorisation* »

<sup>1607</sup> V. *infra* N°674

<sup>1608</sup> Voir par exemple X. LABBEE « Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu « ex utero » chose sacrée ? » JCI Civil Code Art 16 à 16-4, Fasc 52 du 27 août 2012 ; Committee on Science, Technology and Law Policy

*non artificiellement modifié est strictement dû à toute personne humaine [parce que] la présence d'un génome humain, d'une vie humaine, est la condition nécessaire de la présence d'un être humain*<sup>1609</sup> », les bouleversements apportés par les progrès de la génétique et des biotechnologies médicales conduisent à moduler cette vision du génome.

**659.** La dualité des données génétiques doit être prise en compte dans toute réflexion relative à la capacité donnée aujourd'hui à l'individu d'intervenir sur l'expression de son bagage génétique propre et sur celui de l'espèce dont il est membre. Cette réflexion se doit aussi d'évaluer objectivement le véritable risque que la modification individuelle du génome fait courir à l'humanité.

On sait maintenant que les modifications du génome des cellules germinales humaines peuvent être entreprises dans des buts thérapeutiques sans remettre en cause la notion de conservation de l'espèce. Il n'en reste pas moins que ces manipulations doivent être strictement encadrées pour éviter tout débordement visant à l'amélioration des performances humaines<sup>1610</sup>, ou à des manipulations cosmétiques répondant à quelque nouvelle mode.

Il suit de ces considérations que la question de la responsabilité de chacun vis à vis du maintien des caractéristiques de l'espèce ne se pose pas aujourd'hui seulement en des termes juridiques<sup>1611</sup>, mais surtout en termes éthiques, philosophiques et moraux.

**660.** On est à l'aube d'une utilisation massive de technologies permettant la modification des génomes aussi bien au niveau somatique qu'au niveau germinale. Seule la modification du génome des cellules germinales est à considérer quand on parle du maintien des caractéristiques de l'espèce, c'est à dire du « moi » génétique tel que défini précédemment<sup>1612</sup>. La variabilité du « je » que l'on constate au niveau du phénotype de l'espèce, s'accompagne aussi d'une variabilité évolutive de l'espèce qui peut être plus silencieuse et requérir plusieurs générations

---

and Global Affairs « International Summit on Human Gene Editing. A Global Discussion », National Academy of Sciences and the National Academy of Medicine's Human Gene-Editing Initiative Dec 1-3, 2015;

<sup>1609</sup> FAGOT-LARGEAULT A. « Respect du patrimoine génétique et respect de la personne » *Revue Esprit* (1991) 191 : 40-53 (V. *supra* N° 567)

<sup>1610</sup> V. *infra* n° 682, et Human Genome Editing: Science, Ethics, and Governance (2017) Chapter 5 pp 111, Heritable Genome Editing et Chapter 6, p137 Enhancement. Washington DC, The National Academy press <https://www.nap.edu/read/24623/>

<sup>1611</sup> Consulter à ce sujet BYK C. Législations spécifiques. Éthique et biotechnologies. Infractions en matière d'éthique biomédicale Feuilles mobiles Litec Droit médical et hospitalier Fasc 35 du 22 Février 2005

<sup>1612</sup> V. *supra* N° 301

pour s'exprimer. Par conséquent pour qu'une modification de cellules germinales introduite par manipulation génétique soit visible au niveau de l'espèce, elle doit être propagée et maintenue. Il est à noter à cet égard que la nature élimine très fréquemment et spontanément des cellules porteuses d'anomalies qui auraient un effet délétère sur l'organisme. On peut donc assumer que la responsabilité individuelle à l'égard du maintien des caractéristiques de l'espèce en est finalement largement réduite, sauf à considérer le cas d'un despote ou d'un gouvernement dictatorial qui voudrait appliquer une sélection eugénique à grande échelle.

**661.** S'il est permis de penser, malgré cela, que la manipulation génétique d'embryons humains pourrait aussi conduire à l'éradication de pathologies destructives et à une amélioration du bien être humain, on se doit de considérer la problématique de la responsabilité immédiate qui se pose aujourd'hui en d'autres termes à nos yeux. C'est par exemple, celle que doit assumer le parent, désireux d'avoir un enfant sportif « super héros », qui va envisager de lui faire subir des modifications génétiques somatiques augmentant ses performances musculaires et qui va progressivement glisser vers l'acceptation de modifier le génome embryonnaire d'un enfant à venir, dont on pourra à la fois sélectionner le sexe, la couleur de la peau, la taille et bien d'autres caractéristiques phénotypiques encodées par ses gènes. La limite à dépasser ne sera pas imposée par le droit ou par la loi. Elle ne peut être imposée que par la conscience de l'homme et sa capacité à respecter la beauté et la grandeur de son évolution.

**662.** Autant de questions qui prennent une formidable dimension à l'aune des prouesses technologiques permettant d'introduire des modifications du génome, aussi bien au niveau somatique qu'au niveau germinale et aussi bien dans le cadre de la correction de maladies génétiques que dans celui de l'amélioration des espèces.

**663.** L'évolution des techniques de génétique moléculaire a ouvert des brèches dans des domaines qui, jusqu'ici, relevaient de la science-fiction. Parmi eux, la modification des génomes est devenue réalité et avec elle sont nés des problèmes que le droit n'a pas pu ou n'a pas encore su gérer, soit parce que l'évolution des technologies du vivant, les biotechnologies, a été trop rapide, soit parce que certains des concepts fondamentaux qui étaient le fondement de certaines dispositions légales ont dû être revisités par la force des choses.

Nous avons voulu au cours de notre étude mettre l'accent sur la différence que le monde juridique international doit faire entre « donnée » et « information » car elle conditionne notre appréciation de la portée sociale des avancées scientifiques et de leur application à la protection du soi.

**664.** Pour un grand nombre de commentateurs scientifiques, le séquençage du génome humain livrait la clef nécessaire à la compréhension de la biologie intime de l'Homme, avec toutes les craintes et les espoirs que cette connaissance apportait.

L'ADN devenait un grand livre ouvert, qu'il suffisait de lire pour connaître les secrets de la Vie. Encore fallait-il comprendre la genèse des mots à partir des lettres, les règles gouvernant leur assemblage en phrases ainsi que le découpage du texte en paragraphes et chapitres. C'était le minimum requis pour commencer une lecture productive.

Malgré les immenses progrès réalisés en génétique moléculaire, nous sommes encore bien loin du compte...

**665.** En réalité, le déchiffrement du génome nous livrait l'état et l'inventaire des éléments constitutifs de l'Homme, mais ne nous informait pas sur la manière avec laquelle ces pièces devaient être montées et interconnectées pour assurer le fonctionnement harmonieux de l'individu dans son environnement. Les connaissances que nous apportait la découverte des données génétiques et de leur arrangement pourraient être comparées à la découverte d'un immense chantier de construction, dans lequel les différents matériaux utilisés pour la construction, *les nucléotides et les gènes*, sont offerts à l'analyse de l'observateur qui n'en connaît pas encore l'utilité ni l'ordonnement auquel ils doivent répondre pour que les édifices, *les organes*, soient construits selon un plan organisé et transmis de génération en génération, permettant la coordination de leur fonctionnement.

Le rôle de chaque constituant peut être déduit de la place visible qu'il occupe dans les édifices totalement constitués, mais aussi du moment où il est requis lors de l'assemblage auquel il participe ainsi que des conséquences de son absence ou d'un positionnement incorrect.

C'est l'information collectée sur le rôle de chaque pièce qui permet d'exploiter leur valeur et leur utilisation optimale dans le projet de construction. L'accès à l'information génétique allait générer les craintes et les espoirs les plus fous.

L'exploitation des données contenues dans le génome humain ouvrirait la voie à l'obtention des informations physiques, physiologiques et psychiques, caractéristiques et attributs pouvant être perçus par autrui et qui participent à la singularité de l'individu.

**666.** En les qualifiant de données personnelles, les textes normatifs protègent la collecte, l'utilisation et la conservation de ces informations, mais n'abordent pas avec la rigueur requise, les problèmes juridiques concernant la propriété et la protection des données du soi génétique contenues dans les supports physiques de l'hérédité.

La transmission du patrimoine génétique individuel constitue un thème de débat de plus en plus présent dans les sociétés qui posent ouvertement des questions relatives aux droits des personnes sur le capital héréditaire qu'elles ont reçu et qu'elles transmettent.

Les questions concernant les modifications de l'espèce humaine permises par les avancées de la génétique moléculaire ont été au centre de nombreux ouvrages et productions cinématographiques décrivant un monde futur où les progrès technologiques permettraient les pires applications du génie génétique.

Les nouvelles applications scientifiques ont toujours « effrayé » le public surtout quand elles touchent au support de l'hérédité humaine.

**667.** Fort heureusement les technologies de pointe qui mobilisent aujourd'hui un nombre important de laboratoires de recherche, permettent d'envisager une amélioration de la condition humaine en corrigeant des défauts génétiques héréditaires ou congénitaux responsables de pathologies pour lesquelles aucun autre traitement n'est disponible.

Nous considérerons brièvement ici deux techniques d'avant-garde ayant pour but la correction de dysfonctionnements pathologiques héréditaires, car elles sont au centre de débats intenses similaires à ceux qui avaient conduit la communauté scientifique à envisager, dans les années 70, un moratoire sur l'ingénierie génétique <sup>1613</sup>.

---

<sup>1613</sup> En 1975, une réunion s'est tenue à Asilomar (Californie) afin d'évaluer les impacts que pourraient avoir sur la santé et l'environnement, les technologies de l'ADN recombinant et décider de l'opportunité de lever le moratoire volontaire qui avait été imposé au clonage moléculaire. Selon P. Berg qui en fut l'initiateur, la conférence permit de faire le point sur les dangers des manipulations génétiques et de proposer des solutions pour les encadrer, mais elle n'aborda malheureusement pas les implications légales et éthiques des manipulations génétiques. Trente ans plus tard, P. Berg déclarait « *The Asilomar decisions emerged from a consensus of opposing views. Although the*

**668.** Le premier type d'intervention portée par les progrès de la génétique et de la biologie cellulaire, pour lequel un nouveau type d'encadrement juridique s'impose, concerne la correction de pathologies dues à un dysfonctionnement héréditaire des mitochondries présentes dans les ovules des mères potentielles.

Localisées dans le cytoplasme cellulaire, les mitochondries sont des organites semi-autonomes dérivant d'un ancêtre bactérien qui s'est installé dans le cytoplasme d'un hôte eucaryotique<sup>1614</sup>. Elles possèdent leur propre génome à ADN (ADNmt) et interagissent fonctionnellement avec le génome nucléaire en fournissant l'énergie et des protéines nécessaires à son expression<sup>1615</sup>. Les spermatozoïdes contiennent très peu de mitochondries dont la destruction est entamée par un processus d'ubiquitinylation<sup>1616</sup> dans le cytoplasme ovocytaire. L'élimination des mitochondries paternelles et l'absence de réplication de l'ADNmt dans l'ovocyte fécondé rend compte de l'unique transmission des mitochondries maternelles aux cellules filles<sup>1617</sup>.

La transmission maternelle des mitochondries prend toute son importance dans le cas où l'ADN qu'elles contiennent est porteur d'anomalies génétiques se traduisant par des pathologies à

---

*recommendations were clearly "inconvenient", the participants had a stake in having the science move forward and not in leaving the rules for conducting the research to be set by others. By contrast, there is little prospect for consensus in our society on the ethical issues concerning fetal tissue and embryonic stem cell research, genetic testing, somatic and germ-line gene therapy, and engineered plant and animal species and hence little incentive to seek a compromise. Compromise in those instances may only be achievable by political means, where majority rule prevails »* Les décisions consensuelles qui furent prises à Asilomar ont émergé de points de vue opposés. « Même si les recommandations étaient clairement « pénibles », les participants avaient intérêt à ce que la science progresse et non à ce que les règles de la recherche soient établies par d'autres. En revanche, il existe peu de perspectives de consensus dans notre société vis à vis des questions éthiques concernant les tissus fœtaux et la recherche sur les cellules souches embryonnaires, les tests génétiques, la thérapie génique somatique et germinale et les espèces végétales et animales génétiquement modifiées. Le compromis dans ces cas peut seulement être atteint par des décisions politiques, où la règle de la majorité prévaut ». P. BERG Asilomar and Recombinant DNA (2004) Nobelprize.org

<sup>1614</sup> Pour une présentation accessible au grand public voir : J. CHAPUT « La théorie de la mitochondrie parasite refait surface » (2011 Mis à jour en 2018) Futura sciences

<https://www.futura-sciences.com/sante/actualites/biologie-theorie-mitochondrie-parasite-refait-surface-35419/>

<sup>1615</sup> R. MUIR, A. DIOT, J. POULTON Mitochondrial content is central to nuclear gene expression : Profound implications for human health. *Bioassays* (2015) 38 : 150-156

<sup>1616</sup> La modification post-traductionnelle de la prohibitine contenue dans la membrane des spermatozoïdes, entamée lors de la spermatogenèse, se poursuit lors de la fécondation.

<sup>1617</sup> Pour une lecture plus complète voir F JAUZEIN « Rôles connus des mitochondries dans la reproduction » <http://acces.ens-lyon.fr/biotic/procreat/amp/html/Mitochondries.htm>



transmission maternelle. Parmi elles, le syndrome de LEIGH<sup>1618</sup> et le syndrome de MERRF<sup>1619</sup>, ont été l'objet des premières manipulations génétiques connues sous le nom de « thérapie par don de mitochondries ».

**669.** La technique repose sur la création d'un zygote dérivant d'un ovocyte énucléé provenant d'une donneuse dont les mitochondries sont saines et dans lequel le matériel génétique nucléaire des deux parents a été introduit *in vitro*.

Il existe deux variantes de la technique qui diffèrent par le moment auquel la fécondation effectuée *in vitro*, prend place <sup>1620</sup>. Dans les deux cas, les cellules de l'embryon qui se développe à partir du zygote génétiquement reconstitué ne contiennent pas les mitochondries pathologiques de sa mère, mais contiennent les ADN nucléaires parentaux, porteurs du patrimoine génétique familial codant pour les caractéristiques phénotypiques majeures de l'enfant à naître.

**670.** Avec la légalisation des techniques de remplacement mitochondrial pour prévenir la transmission maternelle de pathologies associées à des mutations d'ADNmt, le Royaume-Uni était en 2015 le premier État à lever l'interdiction internationale d'utiliser des embryons modifiés génétiquement dans le cadre de protocoles de fécondation *in vitro*.

---

<sup>1618</sup> Encéphalopathie, acidose lactique, convulsions, cardiomyopathie, troubles respiratoires, développement altéré

<sup>1619</sup> Myoclonic Epilepsy with Ragged Red Fibers ou épilepsie myoclonique avec fibres rouges déchiquetées

<sup>1620</sup> Il existe deux variantes de la technique. Dans la première, le fuseau chromatique nucléaire de la mère atteinte est transféré dans un oocyte de la donneuse que l'on a préalablement manipulé pour lui enlever son ADN chromosomique, avant que la fécondation soit effectuée par de l'injection intra-cytoplasmique du sperme paternel. Après culture *in vitro*, les blastocytes sont implantés dans la mère. Il n'y a pas d'embryon éliminé lors de cette manipulation contrairement à ce qui se déroule dans la seconde variante, qui fait appel à un transfert pronucléaire. Dans ce cas, l'oocyte de la mère et celui de la donneuse de mitochondries sont tous les deux fécondés *in vitro* par le sperme du père. Lors des premiers stades de développement, les pronuclei (d'origine paternelle + donneuse) contenus dans l'oocyte récepteur sont éliminés. L'oocyte énucléé est conservé pour recevoir les pronuclei (d'origine paternelle et maternelle parentales) qui sont extraits de l'oocyte maternel fécondé et transférés dans l'oocyte de la donneuse. On voit que dans ce cas, un « embryon potentiel » est éliminé, ce qui est incompatible avec les convictions intimes de certains qui préféreront donc adopter la première méthode. Dans les deux cas, le zygote reconstitué contient l'ADN nucléaire de la mère et du père ainsi que l'ADN mitochondrial de la donneuse. Pour une présentation détaillée des techniques, voir A. S. REZNICHENKO, C. HUYSER, M. S. PEPPER « Mitochondrial transfer : Implications for assisted reproductive technologies » *Applied and Translational Genomics* (2016) 11 : 40-47

**671.** En dépit de l'interdiction largement répandue dans le monde entier, la technique fut réalisée pour la première fois en 2017 par le groupe du Professeur Zhang<sup>1621</sup> sans qu'il ait obtenu l'approbation d'un comité d'examen institutionnel (IRB, Institutional Review Board) et en dépit des recommandations de l'American Medical Association fermement opposée à la mise en œuvre de cette pratique.

La méthode de transfert du fuseau chromatique fut utilisée pour une mère atteinte du syndrome de Leigh, avec un long historique de fausses couches et pertes de bébés résultant de cette pathologie. L'implantation de l'embryon retenu après les manipulations effectuées *in vitro* a été réalisée au Mexique qui n'a actuellement aucune loi encadrant la reproduction médicalement assistée<sup>1622</sup>. L'enfant né de la procédure de remplacement des mitochondries n'était pas atteint de la maladie transmise par sa mère.

Peu après ce grand succès, la FDA a interdit à J. Zhang d'effectuer ce type de thérapie aux USA<sup>1623</sup> au motif que la législation américaine qui permet la modification d'embryons dans le cadre d'une recherche de laboratoire, n'autorise pas l'implantation d'embryons génétiquement modifiés dans une femme, comme cela avait été fait, au Mexique par le groupe de Zhang.

Le choix avant-gardiste du Royaume-Uni s'est récemment traduit, après une large concertation publique, par l'autorisation accordée au centre de fertilité de Newcastle (Newcastle Fertility Centre) de procéder aux techniques de transfert de mitochondries pour deux personnes atteintes du syndrome de MERRF<sup>1624</sup>.

**672.** La technique de « fécondation à trois parents » est sous le feu des projecteurs parce qu'elle fait intervenir le contenu ovocytaire d'une tierce personne, mais surtout parce qu'elle remet profondément en cause les notions d'identité et de parents aux yeux de ceux qui déjà

---

<sup>1621</sup>J. ZHANG et al. Live birth derived from oocyte spindle transfer to prevent mitochondrial disease (2017) *Reprod Biomed Online*.34:361-368; J. HAMZELOU Live birth derived from oocyte spindle transfer to prevent mitochondrial disease. (2016) *The New Scientist* Edition du 27 septembre <https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/>

<sup>1622</sup> Pour une analyse critique concernant le choix du Mexique et des implications nationales qu'il pourrait avoir sur les législations internes à venir, consulter C. PALACIOS GONZALES « The Mexican mitochondrial fiasco » *Bio News* (2016) Edition du 28 septembre [https://www.bionews.org.uk/page\\_95709](https://www.bionews.org.uk/page_95709)

<sup>1623</sup> August 4, 2017 Via Facsimile and UPS [https://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/ComplianceActivities/Enforcement/UntitledLetters/UCM570225.pdf?source=govdelivery&utm\\_medium=email&utm\\_source=govdelivery](https://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/ComplianceActivities/Enforcement/UntitledLetters/UCM570225.pdf?source=govdelivery&utm_medium=email&utm_source=govdelivery)

<sup>1624</sup> I. SAMPLE « First UK licence to create three-person baby granted by fertility regulator » (2017) *The Guardian* Edition du 16 mars <http://www.theguardian.com/science/2017/mar/16/first-licence-to-create-three-person-baby-granted-by-uk-fertility-regulator>

opposés à toute forme d'aide à la procréation, considèrent que cette technique viole les droits de l'enfant.

L'entrée en vigueur du texte officiel britannique « The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015 » avait marqué une différence de position importante entre le gouvernement du Royaume Uni qui considérait que « *la technique MRT qui résulte en une modification de la lignée germinale ... ne constitue pas une modification génétique* » et l'Institut de Médecine des États-Unis, mandaté par la FDA, qui déclarait que la technique de MRT « *constitue une modification génétique et que les mitochondries étant maternellement transmises, la technique constitue également une modification génétique des descendants femelles* »<sup>1625</sup>.

Ces différences de conception devraient constituer la base de débats constructifs au niveau international afin d'éviter qu'elles se soldent par des cloisonnements idéologiques qui ne seront d'aucun bénéfice pour l'Humanité.

**673.** En France, l'utilisation de ces techniques est pour l'instant prohibée par des textes normatifs qui à notre sens devraient être assouplis. En disposant « la création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite » l'article L1251-2 du Code de la santé publique, constitue à cet égard un verrou à toute tentative de correction pathologique impliquant l'une des deux procédures de transfert mitochondrial. Comme nous l'avons déjà constaté, on peut déplorer les contradictions exprimées par une législation qui se veut contraignante en ne laissant aucune place à l'évolution du contexte scientifique alors qu'elle semble permissive aux progrès de la recherche en disposant à l'article 16-4 du Code civil que si « *aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* », ce qui ne s'applique d'ailleurs pas au transfert de mitochondries, la loi tolère les « *recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques* ».

Au risque de favoriser une fois de plus un tourisme génétique qui n'est pas souhaitable, le législateur devra agir sans tarder pour fixer des recommandations ou des cadres qui ne devront pas être nécessairement contraignants mais devront s'inscrire dans une évolution du droit des familles.

---

<sup>1625</sup> R. SCOTT, S. WILKINSON « Germline Genetic Modification and Identity : the Mitochondrial and Nuclear Genomes » *Oxford Journal of Legal Studies* (2017) 37 : 886-915

**674.** La seconde révolution technologique qui selon nous doit être prise en considération de manière tout aussi urgente par la communauté juridique est désignée par l’acronyme CRISPR-cas9<sup>1626</sup> Souvent comparée à une paire de « ciseaux moléculaires », cette technologie est la seconde avancée qui a révolutionné le monde de la manipulation génétique, en permettant à l’expérimentateur d’exciser ou de remplacer des bases dans l’ADN d’une manière très simple<sup>1627</sup>.

**675.** Depuis sa mise au point en 2012, plusieurs milliers d’articles scientifiques ont rapporté l’utilisation de CRISPR-cas9 dans une très grande variété de systèmes biologiques incluant des micro-organismes, des animaux, des plantes ou l’Homme chez qui les premières corrections de mutations associées à l’expression d’un phénotype morbide, réalisées au cours de l’année 2018,<sup>1628</sup> sont porteuses de très grands espoirs pour la santé publique du futur.

Techniquement, la correction peut être pratiquée au niveau somatique ou germinale.

---

<sup>1626</sup> M. JINEK et al. « A programmable dual-RNA-guided DNA endonuclease in adaptive bacterial immunity » *Science* (2012) 337 : 816-821 ; L. CONG « Multiplex genome engineering using CRISPR/Cas systems » *Science* (2013) 339 : 819-823. L’acronyme CRISPR se rapporte à un ensemble de répétitions palindromiques qui sont séparées par des espaceurs d’origine virale et plasmidique formant des intervalles réguliers (Clustered Regulatory Interspaced Short Palindromic Repeats) dans le génome de bactéries ou d’archaebactéries. Des séquences associées à CRISPR (cas pour CRISPR associated sequences) codent des protéines ayant des activités nucléase et hélicase qui sont importantes pour la configuration spatiale des séquences CRISPR. La manipulation des ARN associés à l’endonuclease cas9 a permis de reconstruire un système dans lequel il est possible de fusionner un ARN guide pour diriger la protéine cas9 vers un ADN cible complémentaire qu’elle coupera. Ce système basé sur la capacité qu’a l’ARN guide synthétique de reconnaître une séquence prédéterminée de l’ADN (portant une mutation par exemple) conduira la protéine cas9 au lieu précis de la coupure souhaitée dans le génome. »

<sup>1627</sup> A. SNEED « Mail-order CRISPR kits Allow Absolutely Anyone to Hack DNA » (2017) *Sci AM* du 2 novembre, <https://www.scientificamerican.com/article/mail-order-crispr-kits-allow-absolutely-anyone-to-hack-dna/> . La simplicité de la technique a été mise à l’épreuve par une journaliste qui a commandé le kit DIY CRISPR-Cas9 (DIY pour « Do It Yourself » Faites le vous-même) vendu 130 \$ en ligne par le Bay Area biohacker J. ZAYNER

<sup>1628</sup> Les essais cliniques qui seront réalisés en Europe et aux USA par CRISPR Therapeutics et par le Center for Curative and Definitive Medicine de l’université médicale de Stanford dès 2018, concernent deux pathologies sanguines, la drépanocytose (anémie falciforme) et la bêta-thalassémie qui affectent des millions de patients. [ R. CROSS « CRISPR is coming to the clinic this year » (2018) *C&EN* 96 : Issue 2 - Chemical & Engineering News <https://cen.acs.org/articles/96/i2/CRISPR-coming-clinic-year.html> ]. L’université de Pennsylvanie a également été autorisée à modifier les cellules immunitaires pour lutter contre les cancers. Un maximum de 18 patients souffrant de multiples myélomes, de mélanome ou de deux types de sarcomes seront traités [« First human CRISPR study in the US could begin soon » (2018) *Engadget* <https://www.engadget.com/2018/01/18/first-human-crispr-study-in-the-us-could-begin-soon/>]. Un essai immuno-oncologique est également en cours à l’Université de Sichuan en Chine pour le traitement de patients atteints de cancer du poumon non à petites cellules [ L. FLAVEL « CRISPR/Cas9 and Cancer » *Immuno-Oncology/ News* (2018). <https://immuno-oncologynews.com/crisprcas9-and-cancer/> ] ; « China has treated 86 people with CRISPR genome editing » *BioNews* 935 (2018) Edition du 29 janvier-[https://www.bionews.org.uk/page\\_96339](https://www.bionews.org.uk/page_96339)

Au niveau somatique, la modification ne touche *in fine* que le phénotype de la personne, adulte, enfant ou embryon qui subit l'intervention.

Lorsque le même type d'opération intervient au niveau germinale, c'est à dire dans les gamètes, il peut permettre d'éradiquer un risque pathologique transmissible héréditairement puisque dans ce cas, la modification introduite dans le génome est transmise aux générations suivantes.

Cette seconde approche soulève des problèmes éthiques qui ne peuvent être balayés d'un revers de la main par le chercheur qui prétend garder le contrôle sur les applications futures, mais ne peut pas non plus être rejetée de manière dogmatique par ceux qui, animés par leurs convictions profondes, considèrent que l'on ne « doit pas toucher au génome » et que d'autres approches doivent être envisagées.

Dans un rapport concernant les problèmes éthiques, scientifiques et sociaux soulevés par la modification du contenu génétique au niveau germinale par la technique CRISPR-Cas9, l'Académie des Sciences américaine a déclaré, après avoir reconnu que l'Humanité était sur le point de procéder à la modification génétique des enfants, « *Heritable germline genome-editing trials must be approached with caution, but caution does not mean they must be prohibited.* »<sup>1629</sup>

**676.** Les avancées scientifiques sont telles qu'il est difficile actuellement d'interdire les expérimentations réalisées dans les pays qui considèrent qu'en absence de législation ou de recommandation internationale contraignante les avantages socio-économiques associés à ces progrès sont prioritaires.

A l'aube de leur application à l'espèce humaine, la complexité de ces techniques de génie génétique faisait penser qu'elles ne pourraient être utilisées à grande échelle, par exemple pour corriger des dizaines de mutations participant conjointement à l'expression de phénotypes morbides complexes. L'élimination des séquences provirales qui, présentes dans le génome du porc, représentaient un risque potentiel pour des hétérogresses chez l'homme, a montré qu'il était possible d'envisager une stratégie de grande ampleur dans les cas de maladies polygéniques faisant intervenir plusieurs sites génomiques.

---

<sup>1629</sup> « *Les essais cliniques concernant des modifications héréditaires du génome effectuées au niveau germinale doivent être envisagés avec prudence, mais prudence ne signifie pas qu'ils doivent être prohibés* » (13 juillet 2017) Human genome editing : Science, Ethics and Governance Summary of principles and recommendations p189 Committee on Human Genetics, National Academy of Science <https://www.nap.edu/catalog/24623>

**677.** La porte grande ouverte aux applications de ces méthodologies chez l'Homme, bouleverse les conceptions juridiques relatives à la protection de la personne et à la propriété qu'elle peut exercer sur son patrimoine génétique.

A notre sens, les données génomiques et les informations que l'on peut en tirer, ne peuvent plus être considérées par le droit comme des données personnelles ou privées, telles qu'elles l'ont été jusqu'à présent, mais comme un ensemble de marqueurs de la spécificité humaine individuelle constituant une classe *sui generis* d'objets de droit, qui pourraient être regroupés sous la qualification juridique de "support informationnel du vivant".

**678.** Les modifications du génome esquissées ci-dessus mettent en exergue les problèmes relatifs à la propriété du soi génétique individuel dans un contexte où naturellement le support physique des informations génétiques est constitué par un ensemble de données à la fois uniques à la personne et partagées en partie par les membres de sa famille.

Bien qu'il puisse sembler, au premier abord, que la quantité des données partagées par une fratrie soit assez grande pour qu'elle puisse en justifier une certaine copropriété, l'examen des bases moléculaires sur lesquelles repose une telle conception, montre que la quantité de données comparées à ce jour est certainement largement inférieure à celles qui ont participé, au cours de l'Évolution, à faire de l'Homme un membre de l'espèce à laquelle il appartient. Dès lors, un cadre juridique de propriété partagée ne nous semble pas applicable.

Devrait-on pour autant comme certains le réclament, considérer le patrimoine génétique humain comme patrimoine de l'Humanité<sup>1630</sup> » ?

---

<sup>1630</sup> Le 17 octobre 2003 l'UNESCO signait une « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel » qui reconnaissait « *la volonté universelle et la préoccupation partagée de sauvegarder le patrimoine culturel immatériel de l'humanité* » ainsi que « *le rôle inestimable du patrimoine culturel immatériel comme facteur de rapprochement, d'échange et de compréhension entre les êtres humains* ». En 2017, un total de 365 pratiques, incluant des coutumes culinaires, musicales et autres spécificités locales, avaient été inscrites au patrimoine immatériel de l'humanité. Dans la déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme adoptée par l'UNESCO le 11 novembre 1997, l'article premier dispose « *Le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité* »; Voir aussi : B. M. KNOPPERS « *le pool génétique humain (individuel mais aussi communautaire) devrait dans un premier temps être considéré comme res communis et/ou res nullius, c'est à dire inappropriable ou propriété de personne* » Ibid F. GROS, G. HUBER « Vers un anti-destin ? : patrimoine génétique et droits de l'humanité » p159

**679.** Dans son arrêt du 27 juillet 1994 relatif à la constitutionnalité de la sélection des embryons humains<sup>1631</sup>, le conseil constitutionnel déclare « *il n'existe, contrairement à ce que soutiennent les saisissants, aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité* » et rappelle par contre que l'article 16-4 du Code civil dispose que « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine* ».

**680.** L'idée selon laquelle le patrimoine est constitué d'éléments qui se fondent en un ensemble et perdent de l'importance individuelle<sup>1632</sup>, doit être modulée, dans le cas du patrimoine génétique, par les résultats d'analyses d'ADN humain révélant une dichotomie qui donne un sens très particulier au concept de « patrimoine génétique de l'humanité ».

Une grande quantité des séquences nucléotidiques constituant les génomes humains est en effet très conservée parmi les humains et constitue le fondement génétique de notre appartenance à l'espèce *Homo Sapiens*. Elle constitue ce que nous avons qualifié de « moi génétique »<sup>1633</sup>.

A cette fraction de notre génome pourrait s'appliquer l'article 714 du Code civil qui dispose « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ».

Pour être un homme au sens anthropologique du terme, l'individu doit utiliser une base génétique commune, qu'il partage avec les autres. C'est la notion même de patrimoine commun à l'humanité.

Par contre chacun d'entre nous possède dans son génome une très grande quantité de données génétiques qui lui sont propres, le « je » génétique<sup>1634</sup> obtenu majoritairement de ses ancêtres et dont il transmettra une fraction à sa descendance, avec les modifications génétiques qui seront intervenues sous l'effet des pressions épigénétiques.

**681.** Autant il est conceptuellement acceptable de considérer que les séquences génomiques communes aux hommes (le « moi ») sont les fruits d'une évolution des primates vers *l'Homo Sapiens*, et constituent un patrimoine commun qu'il est sage de préserver et de ne pas modifier d'une manière irrespectueuse de l'espèce, autant il est essentiel de ne pas négliger la très grande

---

<sup>1631</sup> CC Décision n° 94-343/344 du 27 juillet 1994

<sup>1632</sup> R. CABRILLAC « Rapport de synthèse » Dr et Patrimoine (2005) N° 133, pp 1-5

<sup>1633</sup> V. *supra* n° 301

<sup>1634</sup> *Ibid*

spécificité génomique individuelle, le « je » (qui constitue avec le « moi » notre « soi » génétique) que l'on est en droit de ne pas vouloir partager et qu'il est légitime de ne pas considérer comme un patrimoine commun à l'humanité.

**682.** Ce tour d'horizon prospectif ne peut ignorer les problèmes d'eugénisme potentiellement soulevés par ces nouvelles techniques de manipulation des génomes.

Les manipulations génétiques permettant l'amélioration des espèces par sélection ou correction des génomes, ne sont pas l'apanage de la biotechnologie moderne. Elles se pratiquent, couramment depuis des siècles avec l'intervention de l'Homme qui choisit, sans avoir recours à des méthodes génétiques sophistiquées, les conditions de croisement dans la sélection des espèces animales et végétales les plus performantes.

La recherche de la perfection humaine est dans les esprits depuis de nombreuses années. *« Lorsque la science avance plus vite que la capacité de l'Homme à en gérer les conséquences en s'appuyant sur les concepts d'autonomie, de droit individuel et d'équité qu'il utilise en tout premier lieu, il ressent un malaise ».* C'est la raison pour laquelle *« la révolution génétique a créé un vertige moral »*<sup>1635</sup>.

**683.** L'avènement des technologies que nous venons de décrire brièvement, couplée à la découverte de gènes responsables des capacités intellectuelles humaines<sup>1636</sup> ouvre la porte aux fantasmes les plus fous et se dessine déjà un monde où tout un chacun pourrait choisir les traits physiques de sa progéniture mais aussi ses performances artistiques, sportives ou cérébrales<sup>1637</sup> ...

---

<sup>1635</sup> M. J. SANDEL « The Ethics of enhancement » p9 (2007) In « The Case against Perfection » Ethics in the Age of Genetic Engineering The Belknap Press of Harvard University Press USA

<sup>1636</sup> S. SNIKERS et al. « Genome-wide association meta-analysis of 78,308 individuals identifies new loci and genes influencing human intelligence » *Nat. Genet* (2017) 49 : 1107-1112

<sup>1637</sup> « Bionic Athletes » pp25-44 ; « Designer Children, Designing Parents » pp44-63 *ibid* M. J. Sandel ; J. GALLAGHER « Designer babies: debate should start, scientists say » (2016) BBC News Edition du 2 février, <http://www.bbc.com/news/health-30742774>; A. REGALADO « Designer Babies Yes, Superbabies No » Genetic Engineering & Biotechnology News Highlights (2017) Edition du 17 février, [https://www.genengnews.com/gen-news-highlights/designer-babies-yes-superbabies-no/81253889/?utm\\_medium=newsletter&utm\\_source=gen+news+highlights+of+the+week&utm\\_content=03&utm\\_campaign=gen+news+highlights+of+the+week\\_20170218&ajs\\_trait\\_oebid=9675b9130356b7s](https://www.genengnews.com/gen-news-highlights/designer-babies-yes-superbabies-no/81253889/?utm_medium=newsletter&utm_source=gen+news+highlights+of+the+week&utm_content=03&utm_campaign=gen+news+highlights+of+the+week_20170218&ajs_trait_oebid=9675b9130356b7s)



Devrait-on arrêter les chercheurs qui mettent au point des techniques permettant de manipuler l'ADN de nos enfants <sup>1638</sup> ?

**684.** A l'occasion des débats concernant la prochaine révision des lois de Bioéthique, il nous semble indispensable d'aborder des réflexions concernant les impacts des nouvelles technologies de manipulation, d'amélioration ou de remplacement génétiques. Ces discussions ne pourront bénéficier à notre société que si elles sont dénuées de toute connotation morale ou religieuse dignes d'un temps révolu.

**685.** Parce que les techniques de remplacement génétique actuellement en cours de développement pourraient potentiellement affecter le devenir de l'Humanité, leur utilisation pose des problèmes éthiques et juridiques qui devraient faire l'objet d'encadrement au niveau international avant que leur potentialité extraordinaire ne puisse être remise en cause ou affaiblie par des exploitations déviantes que l'interdit ne fera que nourrir.

Pour ces raisons nous proposons que les aspects relatifs à l'identification, la collecte, l'exploitation, la modification et la propriété des données génétiques ainsi que des informations qu'elles codent, soient l'objet d'une branche spécifique du droit qui traiterait du « respect de l'information génétique individuelle et de ses supports physiques ».

**686.** Les difficultés rencontrées dans les tentatives d'aménagement de la qualification juridique des données et de l'information génétiques, rendu nécessaire par l'évolution des biotechnologies, tiennent selon nous, au fait que les ressources génétiques, comme il a été montré dans cette étude, sont utilisées de manière collective, non seulement pour des motifs tenant à la recherche appliquée et fondamentale, mais également dans des buts mercantiles comme c'est le cas des entreprises de génotypages aux États-Unis, qui étendent leur marché au sein de l'Europe, y compris en France.

**687.** L'évolution des textes normatifs internationaux au cours des dernières années traduit la reconnaissance d'une individualisation grandissante du droit des données personnelles

---

<sup>1638</sup> A. REGALADO « Engineering the Perfect Baby » (2015) Entretien avec G. CHURCH MIT Technological Review Edition du 5 mars, <https://www.technologyreview.com/s/535661/engineering-the-perfect-baby/>

identifiantes. Cette évolution pourrait être mise à profit pour créer un nouveau droit subjectif qui, en renforçant la place des données génétiques et de leur support physique, pourrait intégrer le droit au respect des informations génétiques dans un ensemble homogène bien circonscrit, dont l'autonomie fournirait le socle à une nouvelle qualification, aujourd'hui indispensable, des éléments auxquels il se rapporterait.

Notre approche est fondée sur le fait que chaque homme jouit d'un bien commun, en tant que dépositaire des données génétiques transmises depuis des millénaires au cours des processus évolutifs et qui font de leur hôte un membre de l'espèce *homo sapiens*. C'est, rappelons-le, ce que nous avons défini comme le « moi » biologique et qui constitue un patrimoine génétique commun quantitativement important. En outre, comme nous l'avons vu, chacun diffère de l'autre par l'apport de son « je » intérieur identifiable à un patrimoine individuel, car il est lui aussi transmis de manière intergénérationnelle, mais uniquement dans la filiation propre à chaque individu. La combinaison du « moi » et du « je » forme le « soi » qui est le socle de notre personnalité génétique.

**688.** Dans ce contexte, définir un statut juridique aux ressources génétiques humaines n'est pas une tâche aisée.

Les difficultés rencontrées par de nombreux juristes et universitaires d'Europe ou d'Amérique du nord tiennent au fait que, ne tenant pas compte de la dualité des données génétiques que nous avons souhaité mettre au centre de notre étude, ils ont le plus souvent considéré que le génome était un bien commun à l'humanité et devait être protégé à ce titre.

Pour ce qui concerne la propriété du patrimoine génétique, la situation est compliquée par le fait que les données ne ressemblent pas à d'autres formes de biens privés ou personnels, dans la mesure où elles sont immuablement et involontairement transmises selon un mode qui permet d'identifier à la fois un individu et ses parents, avec lesquels il partage une grande partie de ses caractéristiques génétiques.

Sur la base d'une comparaison avec les différents types de propriétés partagées ayant cours aux États-Unis, il a été proposé de qualifier juridiquement la propriété de l'information génétique sur la base d'une « tenancy by the entirety <sup>1639</sup> » (traduite par « propriété indivise <sup>1640</sup> »).

---

<sup>1639</sup> N. RAM « DNA by the Entirety » University of Baltimore Legal Studies Research Paper N° 2015-33, 115 :872-939

Nous ne pensons pas que cette qualification soit appropriée pour plusieurs raisons 1) ce n'est pas l'information qui est transmise. Nous l'avons dit plusieurs fois, l'information obtenue dépend de la méthode avec laquelle les caractéristiques génétiques sont exploitées. Elle peut donc varier grandement d'une génération à l'autre. 2) l'information génétique n'est pas obtenue à partir des données d'une seule personne, mais nécessite une analyse comparative se rapportant aux résultats obtenus sur un grand nombre de sujets, 3) la « communauté » de propriété ne pourrait concerner que la masse des données génétiques parentales conservées à l'identique d'une génération à l'autre (sans compter les mutations ponctuelles pouvant apparaître), qui font de nous des *homo sapiens*. Toutes les autres caractéristiques, générées par les mécanismes de brassage génétique prenant place lors des premières étapes suivant la fécondation, et qui déterminent l'identité génétique individuelle sont la base des combinaisons individuelles transmises d'une génération à l'autre et qui ont une valeur commerciale potentielle. Cependant elles ne représentent qu'une quantité très faible des 3 milliards de paires de bases constituant notre génome (V. *supra* n° 314).

On pourrait comparer cette problématique à la situation d'un individu qui jouit d'un appartement dans un immeuble classé au titre des monuments historiques et dont le cachet tient au fait que tous ses appartements sont de même style ancien et donnent, ensemble, l'aspect distinctif de cet immeuble. Les habitants de l'immeuble en ont la jouissance commune, mais leurs appartements diffèrent par de multiples aménagements intérieurs qui en font la spécificité et le charme. Les colocataires et les copropriétaires pourront quitter l'immeuble avec ce qui leur est propre.

Seul restera l'immeuble vide, « corps inanimé dépourvu de vie », mais toujours classé.

L'idée d'une copropriété des composants du génome humain, on le voit, n'est pas compatible avec la nature même des données génétiques et de leur plasticité spécifique au sein de chaque individu.

**689.** Compte tenu de la réserve importante que nous venons d'évoquer, il nous semble essentiel d'appliquer aux données génétiques un statut juridique qui ne soit pas associé à des contraintes et interdictions immuables mais qui soit opérationnellement perméable aux avancées régulières des technologies de la génétique appliquée à l'homme. Dans cet ordre d'idée, le « respect de l'information génétique individuelle et de ses supports physiques » pourrait

---

<sup>1640</sup> F.D. JONAS « Etats-Unis, les systèmes de common law. In *RDIC* (1965) Vol 17 n°3 pp 661-668

s'appuyer sur des règles de « droit souple »<sup>1641</sup>, conférant l'adaptabilité et le caractère évolutif nécessaires à des réponses juridiques évolutives à l'image du mode de publication actuel des lignes directrices établies par la CNIL<sup>1642</sup>.

On pourrait, sur cette base et pour ce qui nous concerne ici, envisager un droit propre s'articulant à la fois sur des règles de droit souple et de droit dur dont l'application serait dictée par la nature des destinations. Ainsi l'accès commercial aux méthodes d'analyse permettant au grand public d'accéder à son bagage génétique propre, pourrait être reconnu comme une question de choix personnel et serait régi en tant que tel par des règles de droit souple, alors que

---

<sup>1641</sup> Dans une revue très complète et largement documentée, Mme le Professeur C. THIBERGE (« Le droit Souple » *RTD Civ* 2003 p. 599) a examiné, les origines du droit souple en France dans les années 1980, lorsqu'un « grand débat a agité la doctrine internationaliste au sujet de la soft law » dans un contexte socio-culturel où s'inscrivait une véritable « métamorphose du rapport à l'autorité et de l'expression de l'autorité en général ». Une analyse des trois facettes du droit souple fait ressortir la pluralité qui le caractérise « Alors que le droit flou, fait notamment de notions floues, s'avère un droit sans précision, le droit doux est sans obligation, et le droit mou sans sanction, juridiquement du moins. Ainsi le droit pourrait donc être triplement souple, dans son contenu (droit flou, imprécis), dans son expression (droit doux, non obligatoire), et/ou dans ses effets (droit mou, non contraignant juridiquement) ».

D'une manière générale « le droit souple donne ... la prééminence à un droit simplement proposé, recommandé, conseillé » (Daloz 31 octobre 2012, <http://daloz-actu-etudiant.fr>).

Il ne se manifeste pas seulement dans l'obligatoire et la sanction. Cela ne veut pas dire que ce n'est pas un droit fort. Il en est pour exemple l'efficacité de certaines recommandations internationales et nationales (CNIL et RGPD, pour ce qui nous intéresse ici) qui sont des instruments de régulation en prise directe avec les destinataires. On retrouve le droit souple « dans presque toutes les branches du droit, du droit administratif au droit des affaires en passant par le droit social, civil ou environnemental, rares sont celles qui n'en connaissent aucune expression. Et ce, à travers des instruments très divers : déclarations, recommandations, directives, avis, chartes, codes de conduite » Nous retiendrons avec C. THIBERGE que « le droit souple apparaît aussi comme une interface : alors que l'identification du droit au seul droit dur peut avoir tendance à enclorre celui-ci sur lui-même, séparé par un fossé infranchissable d'un droit naturel inatteignable, le droit souple jette un pont vers le champ de l'éthique à laquelle il permet d'entrer en douceur dans l'espace juridique ; il ouvre aussi le droit plus délibérément sur les phénomènes sociaux, sur les pratiques et les acteurs ; ce faisant il relie le droit aux autres sciences humaines et à leur conception plus extensive de la norme . Il nous donne enfin une vision élargie d'un droit-guide, non plus seulement un droit qui impose mais aussi un droit qui propose et conseille, qui oriente et inspire ; comme une invitation à vivre un rapport moins infantilisant, plus participatif et plus mature à l'autorité et à progresser vers une civilisation plus éclairée et plus consciente »

<sup>1642</sup> VINEY F. « La loi relative à la protection des données personnelles » *AJ Famille* (2018) p366. « Dans le souci de faciliter l'évaluation des risques et la responsabilisation des acteurs du traitement des données, l'art. 1er de la loi d'adaptation modifie l'art. 11 de la LIL. Il précise que la CNIL établit et publie des outils de droit souple, « des lignes directrices, recommandations ou référentiels destinés à faciliter la mise en conformité des traitements de données à caractère personnel » Voir également l'article 11 de la loi 2018-493 du 20 juin 2018 ; a) La CNIL « établit et publie des lignes directrices, recommandations ou référentiels destinés à faciliter la mise en conformité des traitements de données à caractère personnel avec les textes relatifs à la protection des données à caractère personnel et à procéder à l'évaluation préalable des risques par les responsables de traitement et leurs sous-traitants. Elle prend en compte la situation des personnes dépourvues de compétences numériques. Elle encourage l'élaboration de codes de conduite définissant les obligations qui incombent aux responsables de traitement et à leurs sous-traitants ; b) En concertation avec les organismes publics et privés représentatifs des acteurs concernés, elle établit et publie des règlements types en vue d'assurer la sécurité des systèmes de traitement de données à caractère personnel et de régir les traitements de données biométriques, génétiques et de santé ».

l'exploitation des données et de l'information génétiques devrait être soumise à un ensemble de règles plus contraignantes qui pourraient s'accompagner de la mise en place d'un droit de compliance<sup>1643</sup> auquel les acteurs du géotypage, des collectes et conservation des données génétiques et de l'exploitation des informations génétiques devraient adhérer. Enfin, tout accès au support physique des données génétiques dans le cadre de modifications induites par mutagenèse directionnelle, devrait répondre aux normes fixées par un droit dur plus classique, qui devrait tout de même se garder d'être trop restrictif afin d'éviter les dérives souvent induites par les interdictions absolues.

**690.** Cette vision répond à la préoccupation que nous avons exprimée à plusieurs reprises au cours de notre étude en ce qui concerne la nécessité d'obtenir l'adhésion des individus par le dialogue et l'information.

Nous avons manifesté notre malaise vis à vis de règles coercitives et le besoin que nous ressentions pour une information préalable, pouvant conduire à des recommandations comprises et intégrées par les destinataires. Le droit souple fournit un terrain idéal à ce type d'approche.

Bien sûr il ne faut pas oublier que le droit souple peut ne pas convenir à certains, préférant être guidés dans leurs moindres faits et gestes, sorte de cocooning social faisant espérer de la part des cadres administratifs et légaux, des réponses et solutions à tous les problèmes de leur vie quotidienne, voire privée et intime.

Faiblesse sociale due à la recherche de la facilité et de la tranquillité ou résultat d'un manque d'information ?

En tout état de cause, la société de demain devra se positionner dans des débats concernant les modifications médicales, ou plastiques des individus et la recherche de la performance physique et intellectuelle qui seront offertes à tous.

Les choix qui seront pris devront être le reflet d'un véritable consensus, sans lequel les clivages sociaux seront plus désastreux que les risques associés aux modifications potentielles de l'espèce humaine décriée par les opposants au progrès de la génétique humaine.

---

<sup>1643</sup> FRISON-ROCHE M.-A. Le droit de la compliance (1) *D* (2016) p. 1871, FRISON-ROCHE M.-A. Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation *D* (2018) p. 1561 « La compliance peut renvoyer au fait de se comporter bien, de prendre spontanément en considération l'intérêt d'autrui »; « Si l'on consulte d'autres sources, l'on trouve l'affirmation tout autre que la compliance renvoie à l'engagement pris par l'opérateur de respecter l'ensemble des réglementations ».

**691.** Nous pensons que la reconnaissance d'un droit souple, situé au carrefour des droits de la santé publique (traitement des données médicales), de la recherche (valorisation industrielle des informations), de la propriété intellectuelle (protection des procédés de traitement), du commerce (régulation et monétisation des échanges d'informations), de l'environnement (conséquences des analyses connectées et modification des espèces), et des données personnelles (protection des données, contrôle et répression des traitements illégitimes) pourrait constituer une piste intéressante à explorer en tant que nouvelle branche du droit, concernant la protection des données et informations génétiques ainsi que de leur support physique.

## BIBLIOGRAPHIE

### I Ouvrages généraux

*Les données génétiques* Point CNIL Paris Ed. La documentation française 2017

*Lexique Anglais-Français du Conseil de l'Europe* (principalement juridique) : Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, 2002

Dictionnaires : Harraps, CNRTL

### II Ouvrages spécialisés

**ALLPORT F. H.** *Social Psychology* Boston, Ed. Houghton Mifflin Harcourt, 1924.

**ALLPORT G., W BARTON A.** (Eds) *Handbook of Social Psychology* Cambridge Mass. Ed. Addison Wesley, 1954.

**AMIEL P.** *Des cobayes et des hommes* Paris Ed. Les Belles Lettres, 2011.

**ANDERSON J.S.** *Body Mass Index (BMI) in* GOLDSTEIN S., NAGLERI J.A. (Eds) *Encyclopedia of Child Behavior and Development* New York Ed. Springer, 2011.

**ARRUABARRENA B.** *Le Soi augmenté : les pratiques numériques de quantification de soi comme dispositif de médiation pour l'action.* Thèse Conservatoire des Arts et Métiers (CNAM), Paris 28 novembre, 2016.

**ARENDT H.** *The Human Condition* Ed. The University of Chicago Press, 1998.

**ARIES P. , DUBY C. (Dir.)** *l'Histoire de la vie privée* Paris Ed. Editions du Seuil, 1999.

**ARISTOTE** *Politique* Paris, Ed. Librairie Philosophique De Ladrance, 1874.

**ARISTOTE** *Traité des Parties des Animaux* (384-322 av. J.C) Paris Ed. Hachette, 1885.

**ASTBURY R.** *The Renewal of the Licensing Act in 1693 and its Lapse in 1695* (1978) *Library* s5-XXXIII (4): 296-322.

**AUBRY C., RAU F.-C.** *Cours de droit civil français* d'après la méthode de Zachariae, en 6 volumes Paris, Ed. Cosse, Marchal et Billard 1869-1873

**AYER A. J.** *The concept of a person and other essays* London Ed. Macmillan Press Ltd, 1963.

**AYMARD A.** *Recueils la Société Jean Bodin* Bruxelles, Ed. de la Librairie encyclopédique, 1954.

**BARON R. A., BRANSCOMBE N. R.** *Social psychology the science of the social side of life* Chapter 1- in *Social psychology* 13th edition London Ed. Pearson Education Inc, 2012.

**BARTHES R.** *La chambre claire* Note sur la photographie Cahiers du cinéma. Paris Ed. Gallimard, 1980.

**BAUD J.-P.** *L'affaire de la main volée* Paris Ed. du Seuil, 1993.

**BEARD C. A.** *The office of justice of the peace in England in its origin and development* New York Ed. Columbia University Press, 1904.

**BELL C.** *The Hand. Its mechanism and vital endowments as evincing design* Londres Ed. William Pickering London, 1833.

**BERMOND D.** *L’Affaire Salengro. Quand la calomnie tue* Paris, Ed. Larousse, 2011.

**BIOY X.** *Le concept de personne humaine en droit public* Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Ed. Dalloz, 2003.

**BIRD C.** The thesis of self-ownership, in *The Myth of Liberal Individualism* Ed. Cambridge University Press, 1999.

**BLACKSTONE M.** *Commentaires sur les Loix Anglaises* Traduction française M.D.G., 6 volumes Editions J.L. De BOUBERS Bruxelles, 1784.

**BLANC L.** *Histoire de dix ans 1830-1840* Tome II Paris. Ed. Pagnerre, 1842.

**BURNET F. M.** *The clonal selection theory of acquired immunity* Nashville Ed. Vanderbilt University Press, 1958.

**BUTLER J. M.** *Fundamentals of Forensic DNA Typing* San Diego Ed. Elsevier Academic Press, 2009.

**BUTLER J. M.** *Advanced Topics in Forensic DNA Typing : Methodology* Cambridge MA, Ed. Elsevier Academic Press, 2010.

**BUTLER J. M.** *Advanced Topics in Forensic DNA Typing : Interpretation* Cambridge MA, Ed. Elsevier Academic Press, 2015.

**CALVIN M.** *The origin of Life on Earth and Elsewhere II* Lawrence Berkeley National Laboratory. eSchoarship University of California, 2008.



**CAMUS A.** *Etat de siège* Collection NRF, Paris, Ed Gallimard, 1948 par Université du Quebec à Chicoutimi.

**CAMUS A.** *L'étranger* Paris, Ed. Gallimard, Collection Folio, 1942.

**CARBONNIER J.** *Les personnes in Droit civil* Tome 1 Paris, Ed. PUF, 2000.

**CARREAU D., MARELLA F.** *Droit international* Paris Ed. A. Pedonne, 2012.

**CAUVIN P.** *Pourquoi pas nous ?* Paris, Ed. J.C. Lattès, 1978.

**CEFAÏ D., QUERE L.** (Dir.) *L'Esprit, le Soi et la Société* coll. Le Lien social, Paris Ed. PUF, 2013.

**CHAPPELL V.** *Hobbes and Bramhall on Liberty and Necessity* Cambridge UK, Cambridge University Press, 1999.

**CHAUVEAU S.** *L'affaire du sang contaminé* Paris, Ed. Les Belles Lettres, 2011.

**CHOTARD L.** *Approches du XIXe siècle* Paris, Presses Universitaires Paris-Sorbonne, 2000.

**CICÉRON M. T.** *De Oratore* (II. LXXXVI 350-353) Marcus Tullius Cicero in Twenty-eight volumes Texte original avec traduction anglaise de E.W. Sutton, Ed. William Heinemann LTD et Harvard University Press, 1943.

**CICERON M. T.** *Œuvres complètes traduites en français*, le texte en regard. Paris Librairie F.-I Fournier, 1818.

**CICERON M. T.** *De Officiis* The Loed Classical Library Traduction anglaise de Walter Miller Londres Ed. William Heinemann, 1913.

**COMITI P. V.** *Les textes fondateurs de l'action sanitaire et sociale* Montrouge, ESF Ed., 2002.

**COOLEY C. H.** *Human Nature and The Social Order* New York, Ed. Charles Scribner's Sons, 1902.

**COOLEY T.** *The general principles of Constitutionnal law in the United States of America* 1880.

**COOLEY T.** *Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract* Chicago, Ed. Callaghan, 1st edition 1879.

**COOPER J. F.** *The american democrat or Hints on the social and civic relations of the united states of america* Cooper Cooperstown H. & E. Phinney, 1838.

**COMMITTEE ON DNA TECHNOLOGY IN FORENSIC SCIENCE** *The Evaluation of Forensic DNA Evidence* Ed. National Academy Press Washington D.C., 1996.

**COTE I., LAVOIE K., COURDURIERS J.** *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui : Expériences des personnes concernées et contextes d'action* Presse de l'université du Québec - Social Science Canada, 2018.

**COX E. M.** *The Poems of Sappho* (1925) Transliterated by J.B. HARE Ed. Williams & Norgate, C. Scribner's, London & New York, 2000.

**CUVIER G.** *Tableau élémentaire de l'histoire naturelle des animaux* Paris, Ed. Baudouin, 1798.

**CYRULNIK B.** *De la face au visage in 100 000 ans de Beauté - Préhistoire.* Paris, Ed. Gallimard, 2009.

**DARWIN. C.** *L'origine des espèces au moyen de la sélection naturelle ou la lutte pour l'existence dans la nature* (1859). Paris, Ed. Alfred Costes, 1921.

**DAUSSET J.** *Clin d'œil à la vie : la grande aventure HLA* Paris, Ed. Odile Jacob, 1998.

**DAVID G. et al.** (Dir) *Rapports de l'Académie nationale de médecine* Paris, Ed. LAVOISIER MSP Collection, 2011.

**De BEAUMARCHAIS P. A. C.** *Le Barbier de Séville ou la précaution inutile* Dialogue entre Bazile et Bartholo Scène VIII Acte II , 1775.

**De MONTHERLANT H.** *La reine morte* (1942) Paris, Paris, Ed Gallimard, 1955.

**De TOCQUEVILLE A.** *De la démocratie en Amérique* 1835-1840. Institut Coppet <http://www.institutcoppet.org>

**De VERE STACKPOOLE H.** *Sappho A new Rendering* London Ed. Hutchinson and Co., 1920.

**DEBET A., MASSOT J., METALLINOS N.** *Informatique et libertés* Paris Ed. LGDG, 2015.

**DECONCHY J.-P.** *Orthodoxie religieuse et sciences humaines* Paris, Ed. Mouton J-P., 1980.

**DEKENS O.** *Lexique de philosophie* Paris, Ed. Ellipses, 2002.

**DESCARTES R.** *Discours de la méthode* Leyde, Ed. Ian Maire, 1637.

**DIETRICH P. H.** Baron d'OLBACH. *La morale universelle ou les devoirs de l'homme fondés sur sa nature* Amsterdam, Ed. Marc-Michel Rey, 1776.

**DOMENGET M. L.** *Les « Institutes » de Gaius traduits en français en regard du texte original* Paris, Ed. A. Marescq Ainé, 1866.

**DUFOUR P., MOZET N.** *Balzac Géographe* Saint-Cyr-sur-Loire Ed. Christian Pirot, 2004.

**DURANT W.** *The life of Greece II 1968 in The story of Civilization* New York Ed. Simon & Schuster, 1968.

**EHRlich P. et al.** *Collected Studies in immunity* traduit en anglais par C. BOLDUAN. J. New York Ed. Wiley and Sons, 1906.

**ETIENNE R.** *La vie quotidienne à Pompéi* Genève, Ed. Famot, 1976.

**FALLAIZE E.** *Etienne Carjat and « Le Boulevard » 1861-1863* Paris, Ed Slatkine, 1987.

**FERNEY A.** *La conversation amoureuse* Arles, Ed. Actes Sud, 2006.

**FESER E.** *Locke* Oxford, Ed. Oneworld Publications, 2007.

**FREUND G.** *Photographie et société* Paris, Ed. du Seuil, 1974.

**GALLOUX J.-C.** *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, 1988. Thèse de Doctorat en Droit privé. Université de Bordeaux 1

**GALTON F.** *Finger Prints* London, Ed. Macmillan and Co, 1892.

**GENERMONT J.** *Divisions cellulaires, réduction chromatique et seconde fonction universelle de la sexualité in Une histoire naturelle de la sexualité* Paris, Éd. Éditions Matériologiques, 2014.

**GENTAZ E.** *La main, le cerveau et le toucher* Paris, Ed. Dunod, 2012.

**GILL P.** *Misleading DNA Evidence: Reasons for Miscarriages of Justice* New York, Ed. Elsevier, 2014.

**GOFFMAN E.** *The Presentation of Self in Everyday Life* University of Edingurgh Social Sciences Research Centre, Monograph N°2 Grande Bretagne, 1956.

**GREBOT E.** *Images mentales et stratégies d'apprentissage : explication et critique, les outils modernes de la gestion mentale* Paris, Ed. ESF, 1994.

**GRISHAM J.** *The Innocent Man* New York, Random House, Inc 2010, traduit en français *L'accusé* par P. BERTHON Paris, Ed. Robert Lafont, 2007.

**GROS F., HUBER G.** (Eds) *Vers un anti-destin ? : patrimoine génétique et droits de l'humanité* Paris, Ed. Odile Jacob, 1992.

**GUIZOT F.** *Histoire générale de la civilisation en Europe depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la révolution française* Bruxelles Ed. Lacrosse, 1838.

**GUPTA N. D., ETCOFF N., JAEGER M. M.** *Beauty in Mind : The effects of Physical Attractiveness on Psychological Well-Being and Distress in Histoire de la Photographie.* The George Eastman House Collection. De 1839 à nos jours Cologne Ed. Taschen, 2011.

**HITCHCOCK B.** *The Polaroid Book. Selection from the polaroid collections of photography* Cologne, Ed. Taschen, 2004.

**HABERMAS J.** *Parcours 1 (1971-1989) Sociologie et théorie du langage, Pensée postmétaphysique* Paris, NRF Gallimard, 2018.

**HOBBS T.** *Léviathan Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* London, Ed. Andrew Crooke, 1651.

**HOCKNEY D.** *Savoirs Secrets : Techniques perdues des anciens maîtres* Paris, Ed. du Seuil, 2006.

**HORNBLUM A. M.** *Acres of skin – Human Experiments at Holmesburg Prison* New York Ed. Routledge, 1998.

**HUMAN GENOME EDITING: SCIENCE, ETHICS, AND GOVERNANCE** Chapter 5 pp 111, Heritable Genome Editing et Chapter 6, p 137 Enhancement. Washington DC, *The National Academy press*, 2017.

**HUFF C. R., RATTNER A., SAGARIN E.** *Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy* Thousand Oaks, Ed. Sage Publications, Inc 1996.

**HUGO V.** *Actes et Paroles I 1841-1851 « Avant l'exil »* Paris, Albin Michel, 1938.

**HUGO V.** *Actes et Paroles II 1852- 1870 « Pendant l'exil »* Albin Michel, Paris, 1938.

**HUXLEY T. H.** *Evidence as to Man's place in Nature* New York. Ed. D. Appleton and Company, 1863.

**IVANYI P.** *Realm of Tolerance.* Berlin Ed. Springer Verlag, 1989.

**JAIN V. K., SHARMA J. P.** *Comprehensive Objective Biology* New Dehli, Ed. Golden Bells Laxmi Publications, 2004.

**KANT E.** *Fondements de la métaphysique des mœurs* Traduit de l'Allemand en français par Victor Delbos. Les Classiques des sciences sociales" Université du Québec à Chicoutimi, 1792.

**KENT J.** *Commentaries on American Law* 4 volumes New York, Ed. W. Kent, 1868.

- KHOSROKHAVAR F.** *L'islam dans les prisons* Les Plans sur Bex, Ed. Balland, 2004.
- KILKELLY U.** *Le droit au respect de la vie privée et familiale* Précis sur les droits de l'Homme, n° 1. Strasbourg Ed. Conseil de l'Europe, 2003.
- KUPPUSWAMY B.** *An introduction to social psychology* London, Ed. Asia Publishing House, 1961.
- LALANDE A.** *La Raison et les normes* Paris, Ed. Librairie Hachette, 1948.
- LANDER L.** *Obéir* Traduction française de « Käsky » Arles, Ed. Actes Sud, 2006.
- LE GUERN E.** *Une chose baptisée ? Le statut juridique de l'esclave des colonies françaises sous l'Ancien Régime* Mémoire de DEA d'histoire du droit. Université de Rennes I, 2003.
- LE BON G.** *Psychologie des foules* Ed Félix Alcan, 1895.
- LIEURY A.** *Manuel de Psychologie Cognitive* 4ed. Ed. Dunod Paris, 2015.
- LOCKE J.** *Œuvre complète en 9 volumes* London, Ed. C. Baldwin, 1824.
- LOCKE J.** *An Essay Concerning Human Understanding* Philadelphie, Ed. Pennsylvania State University, 1690.
- LOMBARDO P. A.** *A century of eugenics in America* Ed. Indiana University Press, 2011.
- MAILLARD F.** *Histoire anecdotique et critique des 159 journaux parus en l'an de grâce 1856* Au Dépôt Paris, 1857.
- MAILLARD N.** *La vulnérabilité : Une nouvelle catégorie morale ?* Genève. Ed. Labor et Fides, 2011.
- MAITROT DE LA MOTTE A.** *Le droit au respect de la vie privée* in P. Tabatoni (dir.) Groupe d'études Société d'information et vie privée. Académie des Sciences Morales et Politiques, 2001.
- MARGUERON E.** *Évaluation d'une technique d'amplification du génome entier pour une application forensique* Travail de diplôme. Unité de Génétique Forensique. Centre Universitaire Romand de Médecine Légale Lausanne, 2014.
- MARTIN M.** *Medias et Journalistes de la République* Paris, Ed. Odile Jacob, 1997.
- MARTINOT D.** *Le Soi, les autres et la société* Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2008.

**MARTY B., MONIN H.** *Le premier âge de l'ADN : Histoire d'une molécule de l'hérédité* Paris, Ed. Vuibert, 2003.

**MASON A. T.** *Brandeis, A free Man's life* New York, Ed. Vicking press, 1956.

**McGARTY C., HASLAM S. A. (Eds)** *The message of social psychology : perspectives on mind in society* Cambridge, MA Ed. Blackwell Publishers, 1997.

**McPHARLIN P.** *The Songs of Sappho* White Plains, Ed. Peter Pauper press, 1942.

**MEAD G. H.** *Mind, Self, and Society From the Standpoint of a Social Behaviorist* Ed. The University of Chicago Press, 1934, 401 p. Traduction française. J. CAZENEUVE, E. KAELIN et G. THIBAUT, L'Esprit, le Soi et la Société Paris PUF, 2003.

**MEYER B. S., AGATA B. C., AGATA S. H.** *The history of the New York Court of Appeals 1932-2003* New York Ed. Columbia University Press, 2006.

**MONTESQUIEU** (Charles-Louis de Secondat de La Brède, dit Montesquieu) *De l'esprit des lois* Genève, Ed. Barrillot & Fils, 1748.

**MORGAN T. H.** *Mechanism of Mendelian Heredity* New York, Ed. Holt, 1915.

**MORGAN T. H.** *The Physical Basis of Heredity* Philadelphia, Ed. J.B. Lippincott Company, 1919.

**MURPHY E. E.** *Inside the cell : the dark side of forensic DNA* New York Ed. Nation Books. 2015.

**NAPIER J., TUTTLE R. H.** *Hands* Princeton, Princeton University Press, 1993.

**NOZICK R.** *Anarchy, State, and Utopia* Cambridge MA Ed. Blackwell, 1974.

**OPARIN A. I.** *The Origin of Life* New York Ed. Macmillan Press, 1938.

**ORWELL G.** *1984* Londres, Éd. Secker and Warburg Ltd, 1949.

**DIETRICH P. H. Baron d'OLBACH.** *La morale universelle ou les devoirs de l'homme fondés sur sa nature* Amsterdam, Ed. Marc-Michel Rey, 1776.

**PAIVIO A.** *Imagery and verbal processes* New York, Ed Holt, Rinehart, and Winston, 1971.

**PAUL F.** *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil* Thèse Université Paris 1. LGDJ, 2001.

**PERBAL B.** (1988) *A Practical Guide to Molecular Cloning* New York, Ed. J. Wiley & Sons, Traduction en français avec mise à jour : *Clonage Moléculaire - Guide pratique* Paris, Ed Vigot, 1991.

**PICHON F., DURAND-AUZIAS R.** *Annuaire de législation étrangère* Société de législation comparée. Principales lois votées dans les pays étrangers en 1908. Paris, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1909.

**PIGEON A.** *Les enjeux juridiques de l'accès à l'information génétique* 2016, Thèse de Doctorat de Droit Université Toulouse 1 Capitole.

**PLIVARD I.** *Mini manuel de psychologie sociale* Paris Dunod, 2012

**POUGHON J.-M.** *Histoire doctrinale de l'Échange* Paris Ed. LGDJ, 1987.

**PREST W.** *Blackstone and his Commentaries : Bilbiography, Law, History* London, Bloomsbury Publishing, 2009.

**PROUDHON J.** *Qu'est-ce que la propriété ? ou recherche sur le principe du droit et du gouvernement* (1840) Paris, Garnier- Flammarion, 1966.

**PROUST M.** *A la recherche du temps perdu. Le côté de Guermantes* Tome VIII Œuvres complète en 18 volumes Paris Ed. NRF Gallimard, 1920.

**RABINOW P.** *French dna – Trouble in purgatory* Chicago, The University of Chicago Press, 1999.

**RAY J.** *Works of the Creation in two parts* Londres Ed. William INNYS, 1714.

**RIVIERE H. F., FAUSTIN H., PONT P.** *Codes Français et Lois Usuelles* Paris, Ed. Chevalier-Marescq et François Pichon, 1894.

**ROAGNA I.** *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'Homme* Précis droits de l'Homme. Conseil de l'Europe, 2012.

**ROBINNE S.** *Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit privé* Presses universitaires de Perpignan, 2003.

**ROSEN J.** *The Unwanted Gaze* Vintage Books, New York, 2000.

**ROTHBARD M. N.** *The Ethic of Liberty* New York Ed. Atlantic Highlands N.J. Humanities Press 1982 Traduction en français « L'Éthique de la Liberté » par F. Guillaumat et P. LEMIEUX Société d'Édition Les Belles Lettres, Paris, 2011.

**ROTHBARD M. N.** *For a New Liberty – The Libertarian Manifesto* New York Collier Books, Ed. Macmillan Publishing Co, Inc, 1926.

**ROUSSEAU J.-J.** *Du contrat social ou principes politiques* Amsterdam Ed. Marc Michel Rey, 1762.

**SALOME** *Éloge du couple* Paris, Ed. Albin Michel, 1998.

**SANDEL M. J.** *The Case against Perfection-Ethics in the Age of Genetic Engineering* Boston, The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

**SCHEIL V.** *La loi de Hammourabi vers 2000 av J-C* Paris, Ed. Ernest Leroux, 1904.

**SCHERER A.** *GWAS* ebook Golden Helix Inc., 2017.

**SCHILLER J. C. F.** *Essays, esthetical and philosophical, including the dissertation on the connexion between the animal and the spiritual in man* Londres Ed G Bell, 1882.

**SCILLER S.** *Droit des biens* Paris Ed. Dalloz, 2011.

**SHAKESPEARE W.** *The Merchant of Venice* Londres, Ed. Thomas Heyes, 1600.

**SINGER M., BERG P.** *Genes and Genomes* Mill Valley, Ed. University Science books, (1991) Traduit de l'américain par BRECHET J. CUNIN R. GLANSDORFF N. et PIERARD, A. sous la direction de PERBAL. B. Paris Ed. Vigot, 1992.

**SINGER P.** *Practical Ethics* Cambridge, Ed. Cambridge University Press, 1993.

**SKLOOT R.** *The immortal life of Henrietta Lacks* New York Ed. Crown Publishers (2010)

**SMITH E. R., MACKIE D. M.** *Social Psychology* Hove Ed. Psychology Press Taylor & Francis Group, 2007.

**STEFAN S.** *Rationale Suicide, Irrational Laws* Oxford University Press, 2016.

**STOCKETT K.** *The Help* London, Ed. Penguin Books Ltd, (2009) Traduit en français par P. Girard « La couleur des sentiments » Ed. Babel, 2010.

**TARDE G.** *Les lois de l'imitation* (1890) Paris, Ed. Kimé 2e édition, 1895.

**TAYLOR M.** *Genetic data and the Law A Critical Perspective on Privacy Protection* Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

**THALER R. H., SUNSTEIN C.R.** *Nudge Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* New Haven. Ed. Yale University Press, 2008.

**TITMUSS R. M.** *The Gift Relationship: from human blood to social policy* London. Ed. Allen & Unwin, 1970.



**VARKI A., GAGNEUX P.** *How Different Are Humans and “Great Apes ? A Matrix of Comparative Anthropogeny in On Human Nature* TIBAYRENC M., AYALA F. J.(Eds) Academic Press-Elsevier, 2017.

**VEYNE P.** *La Vie privée dans l'Empire romain* Paris, Ed. Seuil Points Histoire, 2015.

**VOLTAIRE** *Lettres Philosophiques* (1734) Les Échos du maquis, 2011.

**WASHINGTON H. A.** *Medical Apartheid. The Dark History of Medical Experimentation on black Americans from Colonial Times to present* New York. Ed. Harlem Moon, 2006.

**WILLIAM B.** *Essays, Philosophical, Historical, and Literary* Londres, Dilly in the poultry, 1789.

**WILSON F. R.** *The hand : How its use shapes the Brain, Langage and Human Culture* Ed. New York Pantheon books, 1998.

**WOOD JONES F.** *The principles of Anatomy as seen in the hand* London Ed. J.A. Churchill, 1920.

**YATES F. A.** *The Art of Memory* Guernsey, Ed. The Guernsey Press Co. Ltd., 1966.

**ZENATI-CASTAING F., REVET T.** *Manuel de droit des personnes* Paris, Ed. PUF, 2006.

**ZOLLER E.** *Le Droit au respect de la vie privée aux États-Unis in Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’Homme* F. SUDRE (Dir.) Coll. Droit et Justice Bruxelles, Ed. Bruylant, 2005.

### **III Articles spécialisés de revues et de livres**

**ALLAIN E.** « EDVIGE : un fichier fourre-tout ? » *Dalloz actualité* 03 juillet 2008.

**ALLEN A. L.** « Natural Law, Slavery and the Right to Privacy Tort » Symposium on the Natural Law Origins of the American Right to Privacy. Fordham Law School, and Bell Distinguished Lectureship in Law Lecture in honor to late Judge Samuel H. Bell. The College of Wooster. Ohio, USA 2012.

**ALMECIJA S., SMAERS J. B., JUNGERS W. L.** « The Evolution of Human and Ape Hand Proportions » *Nat Commun* (2015) **6** :7717-7727.

**ALTMAN R. B. et al.** « Data re-identification: societal safeguards » *Science* (2013) **339**:1032-1033.

**ANDERSON S. et al.** « Sequence and organization of the human mitochondrial genome » *Nature* (1981) **290** : 457-465.

**ANSELME B.** « La cytologie de la méiose : la réduction chromatique » *in Maxi Fiches de Biologie Cellulaire* (2011) pp 155-158 Ed. Dunod.

**ANTOINE C., MOUREY F.** « Conditions à respecter pour réaliser des prélèvements d'organes sur des donneurs décédés après arrêt circulatoire de la catégorie III de Maastricht dans un établissement de sante » *Direction générale médicale et scientifique de l'Agence de la biomédecine*. Version n°6-mai 2016.

**AVERY O. T., MACLEOD C. M., McCARTY M.** « Studies on the Chemical Nature of the Substance Inducing Transformation of Pneumococcal Types Induction of Transformation by a Desoxyribonucleic Acid Fraction Isolated from Pneumococcus Type III » *J Exp Med* (1944) **79**:137-58.

**AYMARD J.-P.** « Histoire de la transfusion sanguine : Karl Landsteiner (1868-1943) et la découverte des groupes sanguins » *Transfusion Clinique et Biologique* (2012) **19** : 244-248.

**BADINTER R.** « le Droit et l'Écoute Électronique en Droit Français » *Ed. Faculté de Droit et Sciences politiques et Économiques d'Amiens* (1972) **1** : 17-28.

**BADINTER R.** « Le droit au respect de la vie privée » *JCP* (1968) **I**, 2136.

**BARASH M.** « Comment on: Authentication of forensic DNA samples » *Forensic Sci Int-Gen* (2011) **5**:253-254.

**BARBAS S.** « The Death of the Public Disclosure Tort : A Historical Perspective » *Tale Law School Legal Scholarship Repository* (2010) pp 171-215.

**BARRIER C.** « Mead George Herbert, L'Esprit, le Soi et la Société ». [compte-rendu] numéro thématique : Problèmes noirs *Revue française de sociologie* (1963) **4**:461-463.

**BARTHES R.** « Le message photographique » *Communications* (1961) pp127-138.

**BECHU M. C.** Sénat, Session ordinaire de 2012-2013, N°430.

**BELLIVIER F., NOIVILLE C.** « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? » *RDC* (2016) N°3 p 505.

**BERLEUR J.** « Vingt ans de lois relatives à l'informatique. Quels acquis ? Quels défis ? En tout cas, encore un long chemin » *Journal de réflexion sur l'informatique* 1982, N°17 pp 41-48.

**BERG P.** « Asilomar 1975: DNA modification secured » *Nature* (2008) **455**:290-291.

**BERNIER M.-F.** « Le sensationnalisme en journalisme : excès de la demande sur l'offre ? » (2003) Communication dans le cadre du congrès de l'Association canadienne-française pour l'avancement des sciences (ACFAS) 2003, à Rimouski (Quebec). *MetaMedias. Archives de la Chaire de recherche en éthique du journalisme de l'Université d'Ottawa*

**BHATTACHARYA S.** « Killer convicted thanks to relative's DNA » *New Scientist* (2004) 20 Avril.

**BLECK O., MC GRATH J. A., SOUTH A. P.** « Searching for candidate genes in the new millennium » *Clin Exp Dermatol* (2001) **26**:279-83.

**BLOTE A. W., MIERS A. C., WESTENBERG P.** « The Role of Social Performance and Physical Attractiveness in Peer Rejection of Socially Anxious Adolescents » *J Res Adolescence* 2014, **25** :189-200.

**BOLLEE S.** « Nullité d'ordre public de la convention de mère porteuse » *Rev. crit. DIP* 2014, 619.

**BONHOMME F., LECONTE J.-Y.** « Rapport d'information sur l'usage de la biométrie en France et en Europe » 72 pages Sénat Session extraordinaire N°788, enregistré le 13 juillet 2016.

**BORILLO D.** « Le corps du délit ou la libre disposition de soi : » Conférence d'ouverture de D. Borillo au colloque organisé par le Syndicat de la Magistrature au Sénat le 3 novembre 2014. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01237834>.

**BRAIBANT G.** « Données personnelles et société de l'information : Rapport au Premier ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95-46 » *La documentation française, Collection des rapports officiels Paris* 1998.

**BROER L. et al.** « GWAS of Longevity in CHARGE Consortium Confirms APOE and FOXO3 Candidacy » *J Gerontol A Biol Sci Med Sci* (2015) **70** :110–118.

**BRONDEL S.** « Le premier ministre fixe le cadre pour l'élaboration du décret EDVIGE 2 » *Dalloz actualité* 1er octobre 2008.

**BROWN J. C.** « High G+C Content of Herpes Simplex Virus DNA: Proposed Role in Protection Against Retrotransposon Insertion » *Open Biochem J* (2007) **1**: 33–42.

**BRU B.** « La courbe de Gauss ou le théorème de Bernoulli raconté aux enfants » *Mathématiques et sciences humaines* (2006) **175** :5-23.

**BRUCHON-SCHWEITZER M.** « Ce qui est beau est bon . L'efficacité d'un stéréotype social » *Ethnologie Française* (1989) **19** : 111-117.

- BRUZZONE P.** « Paid Organ Donation: An Italian Perspective » *Transplant P* (2015) **47** : 2109-2112.
- BRUZZONE P.** « Financial Incentives for Organ Donation: A Slippery Slope Toward Organ Commercialism? » *Transplant P* (2010) **42** : 1048-1049.
- BUDOWLE B., EISENBERG A. J., Van DAAL A.** « Validity of Low Copy Number Typing and Applications to Forensic Science » *Croat Med J* (2009) **50**:207-2017.
- BURNET F. M.** « Immunological recognition of the self » *Nobel Lecture*, Dec 12, (1960) p1-13.
- BUTLER E., LI R.** « Genetic Markers for Sex Identification in Forensic DNA Analysis » *J Forensic Investigation* (2014) **2**:10-20.
- BUTLER J. M.** « DNA databases: Uses and Issues » *in* Advanced Topics in Forensic DNA Typing : Methodology. Elsevier Academic Press, San Diego (2012).
- BUTLER J. M.** « Racial distribution of the US Database » *in* Advanced Topics in Forensic DNA Typing: Methodology. Elsevier Academic Press, San Diego (2012).
- BUTLER J. M.** «The future of forensic DNA analysis » *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci* (2015) **370**:1674.
- BUTLER J. M., HILL C. R.** « Biology and Genetics of New Autosomal STR Loci Useful for Forensic DNA Analysis » *Forensic Sci Rev* (2012) **24**:15-26.
- BYK C.** « Infractions en matière d'éthique biomédicale » *Feuillets mobiles Litec Droit médical et hospitalier* Fasc 35, 22 Février 2005.
- CABRILLAC R.** « Rapport de synthèse » *Dr et Patrimoine*, (2005) N° 133, pp 1-5.
- CALE C. M.** « Forensic DNA evidence is not infallible » *Nature* (2015) **526**:611.
- CARLISLE J. C.** « Happy Anniversary to the CPLR : A Joint Achievement of the Practicing Bar and the Academy" *Pace Law Faculty Publications* (2013) pp 18-21.
- CARTER S. K., REYES-FOSTER B., ROGERS T. L.** « Liquid gold or Russian roulette? Risk and human milk sharing in the US news media » *Health, Risk & Society* (2015) **1**: 30-45.
- CARTMIL E., BEILOCK S., GOLDIN-MEADOW S.** « A word in the hand : action, gesture and mental representation in humans and non-human primates » *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci* (2012) **367** :129-143.
- CASPAR S. M. et al.** « Clinical sequencing: From raw data to diagnosis with lifetime value. » *Clin Genet* (2018) **93** :508-519.

**CASSUTO J.-P., CASSUTO O.** « Greffe de moelle osseuse : d'une chimère à l'autre » *Les carnets de santé* 7 septembre 2014.

**CATTO M.-X.** « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? » *La Revue des Droits de l'Homme* (2013) vol **3**.

**CECH T. R.** « The RNA Worlds in Context » *Cold Spring Harb Perspect Biol* (2012) **4** :1-5.

**CHAMPOD C.** « DNA transfert : informed judgment or mere guesswork » *Frontiers in Genetics* (2013) **4**:1-3.

**CHAN Y. et al.** « Enabling multiplexed testing of pooled donor cells through whole-genome sequencing » *Genome Med* (2018) **10**:31.

**CHALTIEL F.** « Le règlement général européen sur la protection des données » *Revue de l'Union européenne* (2018) p. 249.

**CHARGAFF E., LIPSHITZ R., GREEN C.** « Composition of the desoxyribose nucleic acids of our genera of sea-urchin » *J Biol Chem* (1952) **195**:155-160.

**CHECK HAYDEN E.** « Genome researchers raise alarm over big data » *Nature* doi:10.1038/nature (2015).

**CHENG H. et al.** « Truncating Variants in NAA15 Are Associated with Variable Levels of Intellectual Disability, Autism Spectrum Disorder, and Congenital Anomalies » *Am J Hum Genet* pii: S0002-9297(18)30093-4. [Epub ahead of print] 9 avril 2018.

**CHERRY K. E. et al.** « Pictorial superiority effects in oldest-old adults » *Memory* (2008) **16**: 728-741.

**CHIAL H.** « Somatic mosaicism and chromosomal disorders » *Nature Education* (2008) **1**: 69.

**CHKHOTUA A.** « Incentives for Organ Donation: Pros and Cons » *Transplant P* (2012) **44**: 1793-1794.

**CHO H., WU D. J., BERGER B.** « Secure genome-wide association analysis using multiparty computation » *Nat Biotechnol* doi:10.1038/nbt.4108 (2018).

**CLAES P. et al.** « Modeling 3D facial shape from DNA » *PLOS Genet* (2014), **10**(3):e1004224.

**CLAES P., SHRIVER M. D.** « Establishing a multidisciplinary context for modeling 3D facial shape from DNA » *PLOS Genet* (2014) **10**(11):e1004725.

**COLUMBIA REVIEW ASSOCIATION INC.** « The right to Immunity from Wrong publicity » *Columbia Law Rev* (1911) **11**: 566-568.

**CONG L.** « Multiplex genome engineering using CRISPR/Cas systems » *Science* (2013) **339** : 819-823.

**COOPER D. N., SCHMIDTKE J.** «DNA restriction fragment length polymorphisms and heterozygosity in the human genome » *Human Genet* (1984) **66** :1-6.

**CORDONNIER M.-N.** « L'argile, berceau de la vie ? » *Pour la Science* 21 février 2011.

**COSSALTER P.** « La dignité humaine en droit public français : l'ultime recours » *RGD Études et réflexions* n° 4 2014.

**CPLR 215(3)** « Complaint Alleging Corrupt Conduct and Intentional Exposure to Unreasonable, Foreseeable Risk of Harm States a Cause of Action » *St. John's Law Review* (1966) **41**: 287-289.

**CROSS R.** « CRISPR is coming to the clinic this year » *C&EN 96 : Chemical & Engineering News* Issue 2 2018.

**CUMMINS J.** « Mitochondrial DNA in mammalian reproduction » *J Reprod Fertil* (1998) **3**: 172-182.

**DAHM R.** « Friedrich Miescher and the discovery of DNA » *Dev Biol* (2005) **278** : 274-288.

**DAVID B.** « LEFS vous connaissez ? EFS : Do you know ? » *Réanimation* (2008) **17** :418-425.

**DAWSON D. S.** « Legal Commentary on the internet Sale of Human Milk » *Public Health Rep* (2011) **126**:165-166.

**de BELLESCIZE D.** « Protection de la vie privée : que reste-t-il de la vie privée des personnages publics ? » *Constitutions* (2014) **4** : 496-503.

**de LANGE K.M. et al.** « Genome-wide association study implicates immune activation of multiple integrin genes in inflammatory bowel disease » *Nat Genet* (2017) **49**: 256-261.

**de SILVESTRO G. et al.** « Virus-inactivated plasma - Plasmasafe: a one-year experience » *Blood Transfus* (2007) **5**: 134-142.

**DEBUS-SHERRILL S., FIELD M. B.** « Understanding familial DNA searching : policies, procedures and potential impact : Summary overview (Final Report) » *Fairfax, VA : ICF* 2017

**DELMONICO F. L. et al.** « Living and Deceased Organ Donation Should Be Financially Neutral Acts » *Am J Transplant* (2015) **5**: 1187-1191.

**DENIS M., De POUQUEVILLE P.** « Le réalisme de la figuration dans la mémoire d'actions concrètes » *Bulletin de psychologie* (1976) **30** : 543-550.

**DEROBERT-RATEL C.** « Le droit de la personne sur son image à l'aube de la photographie » *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* (2005) I :79-104.

**DING L. et al.** « Perspective on Oncogenic Processes at the End of the Beginning of Cancer Genomics » *Cell* (2018) **173**: 305–320.

**DION K., BERSCHIED E., WALSTER E.** « What is beautiful is good » *J Pers Soc Psychol* (1972) **24** : 285-290.

**DOITSIDOU M., JARRIAUL S., POOLE R. J.** « Next-Generation Sequencing-Based Approaches for Mutation Mapping and Identification in *Caenorhabditis elegans* » *Genetics* (2016) **204** : 451-474.

**DOURNEAU-JOSETTE P.** « La confidentialité des communications entre l'avocat et son client : un nécessaire état des lieux » *AJ Pénal* (2006) pp254-257.

**DREYER E.** « La dignité opposée à la personne » *D.* (2008) pp 2730-2745.

**DROR I. E., HAMPIKIAN G.** « Subjectivity and Bias in Forensic DNA Mixture Interpretation » *Science and Justice* (2011) **51**: 204-208.

**DUMACHE R. et al.** Molecular DNA Analysis in Forensic Identification. *Clin Lab* 2(016) **62**:245-248.

**DWORKIN J. P. et al.** « The roads to and from the RNA world » *Journal of Theoretical Biology* (2003) **222**: 127-134.

**DYEVRE V.** « Génétique et enquêtes policières » in *Les tribunes de la santé*. Ed Presses de Sciences PO (P.F.N.S.P.) (2007) p 79-86.

**EAGLY A. H. et al.** « What Is Beautiful Is Good, But ...: A Meta-Analytic Review of Research on the Physical Attractiveness Stereotype » *Psychol Bull* (1991) **110**: 109-128.

**EDELMAN B.** L'homme aux cellules d'or. *D.* (1989) 33<sup>e</sup> cahier pp 225\_230.

**EMERIAU C.** S'éclaircir pour faire peau neuve ? *Corps* (2009) **7** :111-116.

**ERLICH Y. et al.** « Redefining genomic privacy: trust and empowerment » *PLOS Biol* (2014) **12**(11):e1001983.

**ERLICH Y., SHOR T., CARMİ S.** « Identity inference of genomic data using long-range familial searches » *Science* 10.1126/science.AAU4832 (2018).

**FABRE-MAGNAN M.** « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme » *D.* (2005) pp2973-2989.

**FAGOT-LARGEAULT A.** « Respect du patrimoine génétique et respect de la personne » *Revue Esprit* (1991) **191** : 40-53.

**FALK D.** « Hominin paleoneurology: Where are we now? » *Prog Brain Res* (2012) **195**: 255-272

**FALK D. et al.** « Early hominid brain evolution: A new look at old endocasts » *J Hum Evol* (2000) **38** :695–717

**FEDERATION NATIONALE DE LA PRESSE FRANÇAISE (FNPF).** « Déclaration des droits et des devoirs de la presse » (1945) *In Tendances économiques de la presse quotidienne dans le monde*, Académie des sciences morales et politiques (2001) p. 86

**FEINGOLD A.** « Good-looking people are not what we think » *Psychol Bull* (1992) **111** : 304–341.

**FIELD M. B., DEBUS-SHERILL S.** « Study of familial searching policies and practices : National survey of CODIS laboratories brief » Fairfax, VA : ICF (2017)1-8.

**FINDLAY I. et al.** « DNA fingerprinting from single cells » *Nature* (1997) **389** : 555-556.

**FOISNEAU L.** « Identité personnelle et mortalité humaine Hobbes, Locke, Leibniz » *Archives de Philosophie* ((2004) **67** :65-83.

**FORST B., HUFF C. R.** « Preventing Violent Crimes by Reducing Wrongful Convictions » *In A.T. Vazsonyi, D. Flannery, and M. DeLisi (eds.), Cambridge Handbook of Violent Behavior and Aggression* (2nd edit.). New York Ed. Cambridge University Press, (2017) (in press).

**FRISON-ROCHE M.-A.** « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation » *D.* (2018) p.1561.

**FRISON-ROCHE M.-A.** « Le droit de la compliance (1) » *D.* (2016) p.1871.

**FRUMKIN D. et al.** « Authentication of forensic DNA samples » *Forensic Sci Int-Gen* (2011) **5**:255–256.

**FRUMKIN D. et al.** « Authentication of forensic DNA samples » *Forensic Sci Int-Gen* (2010) **4**:95–103.

**FUSS J. et al.** « Potential affinities of *Graecopithecus* from the Late Miocene of Europe » *PLOS ONE* 2017, **12**(5) e0177127.

**GAJDA A.** « What if Samuel D. Warren hadn't married a Senator's daughter?: Uncovering the press coverage that led to The Right to Privacy » *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers series* Research Paper N° 07-06 Nov. 2007.



**GAUDIN A. M.** « Cruzan v. Director, Missouri Department of Health: To Die or Not to Die: That is the Question - But Who Decides? » *LA Law Review* (1991) 511308-1345.

**GAUTRON V.** « Fichiers de police » *La base de données juridique des Éditions Dalloz* (2017)

**GERAGHTY S. R. et al.** « Tobacco Metabolites and Caffeine in Human Milk Purchased via the Internet » *Breastfeed Med.* (2015) **10**:419-424.

**GERAGHTY S. R., HEIER J. E., RASMUSSEN K. M.** « Got Milk ? Sharing Human Milk Via the Internet » *Public Health Rep* (2011) **126**:161-164.

**GHARBI J.-S., SAMBUC C.** « Propriété de Soi et Justice Sociale chez les Libertariens » *Cahiers d'économie politique* (2012) **62**:187-222.

**GIANNELLI P. C.** « Wrongful Convictions and Forensic Science : The Need to Regulate Crime Labs" *North Carolina Law Review* (2007) **163**: 165– 236.

**GILBERT W.** « The RNA World » *Origins of life Nature* (1986) **319** :618.

**GILDER J. et al.** « Comments on the review of low copy number testing » *Int J Legal Med* (2009) **123**:535-536.

**GILL P. J., JEFFREYS A., WERRETT D. J.** « Forensic Application of DNA Fingerprints » *Nature* (1985) **318**: 577-579.

**GILL P.** « LCN DNA: proof beyond reasonable doubt? - a response » *Nat Rev Genet* (2008) **9**:726.

**GLANCY D. J.** « Privacy and the other Miss M » *Symposium on the Right to Privacy : After one hundred years. Northern Illinois University Law Review* (1990) 10N Ill. U.L. Rev. 401.

**GLANCY D. J.** « The invention of the right to privacy » *Arizona Law Review* 1(979) **21** :1-39.

**GODKIN E. L.** « The rights of the citizen. IV To his own reputation » *Scribner's Magazine* (1890) Vol. **8** Issue 1.

**GOETHALS G. R.** « A Century of Social Psychology, Individuals, Ideas and Investigations » *In The SAGE Handbook of Social Psychology* M.A. HOGG and J. COOPER London Eds SAGE Publications, (2003,) p4.

**GORMLEY K.** « One hundred years of privacy » *Wisc Law Rev* (1992) **1992**:1335-1341.

**GOULDNER A. W.** « The norm of reciprocity - a preliminary statement » *Am Sociol Rev* (1960) **25**: 161-178.

**GREITEMEYER T.** « Effects of reciprocity on attraction : The role of a partner's physical attractiveness » *Pers Relationship* (2010) **17** : 317-330.

**GRIDEL J.-P.** « Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité » *D.* (2001) pp 872-881.

**GRIFFIN A. M., LANGLOIS J. H.** « Stereotype directionality and attractiveness stereotyping: Is beauty good or is ugly bad? » *Social Cognition* (2006) **24**: 187–206.

**GUERIN B., INNES J. M.** « Explanations of social facilitation: A review » *Current Psychology* (1984) **3**:32–52.

**GUPTA N. D., ETCOFF N., JAEGER M. M.** « « Beauty in Mind : The effects of Physical Attractiveness on Psychological Well-Being and Distress » *J Happiness Stud* (2016) **17**: 1313-1325

**GYMREK M. et al.** « Identifying Personal Genomes by Surname Inference » *Science* (2013) **339**: 321-324.

**GYVES W. S.** « The right to privacy one hundred years later : New York stands firm as the world and law around it change » *St. John's Law Review* (2012)Vol **64** p 333.

**HALLGRIMSSON B. et al.** « Let's Face It—Complex Traits Are Just Not That Simple » *PLOS* (2014) **10**:1-3.

**HALPERIN J.-L.** « L'essor de la « privacy » et l'usage des concepts juridiques », *Droit et société* (2005) n° 61, p 778.

**HALPERIN J.-L.** « Anecdote monégasque ou européanisation de la privacy ? » *D.* (2005) pp 340-344.

**HALPERIN J.-L.** « Protection de la vie privée et privacy : Deux traditions juridiques différentes ? » *Les nouveaux cahiers constitutionnels* (2015) **48**: 59-68.

**HAMZELOU J.** « Live birth derived from oocyte spindle transfer to prevent mitochondrial disease » *New Scientist* 27 septembre 2016.

**HAND A. N.** « Schuyler against Curtis and the right to privacy » *The American Law Register and Review* (1897) **45**:745-759.

**HANDT O., LINACREA A.** « The end of bad hair days » *Forensic Sci Int : Genetics Supplement Series* 5 (2015) e146–e148.

**HARCHOUX A.** « Le droit au respect de la vie privée au Royaume Uni » *Gaz Pal* (2006) n° **264** -p11.

**HARMANCI A., GERSTEIN M.** « Quantification of private information leakage from phenotype-genotype data: linking attacks». *Nat Methods* (2016) **13**:251–256.

**HASHIZUME H.** « Role of Clay Minerals in Chemical Evolution and the Origins of Life » (2012) *In Clay Minerals in Nature - Their Characterization, Modification and Application*. Chap. 10 pp191-208.

**HEIDEGGER M.** « Bauen Wohnen Denken » (Bâtir Habiter Penser) Conférence prononcée au mois d’Août 1951 à Darmsstadt. Traduit de l’allemand par A. Préau in *Essais et conférences* (1958) pp 171-193.

**HERZOG-EVANS M.** « Aspects juridiques de l’allaitement maternel en France » *RDSS* (2001) pp223-239.

**HIGUCHI R. et al.** « DNA typing from single hairs. » *Nature* (1988) **332** :543-546.

**HONNETH A. et al** « Héritage et renouvellement de la Théorie critique » *Cités* (2006) n° **28**, p. 125-158.

**HUBE N., CHUPIB I., KACIAF N.** « Histoire politique et économique des médias en France » *Collection Repères* (2012) pp58-61.

**HUDSON K., COLLINS F. S.** Family matters *Nature* (2013) 141-142.

**HUFF C. R., RATTNER A., SAGARIN E.** « Guilty until Proved Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy," *Crime Delinquency* (1986) **32** :518-544.

**HUMBERT M.** « De-anonymizing Genomic Databases Using Phenotypic Traits » *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies* (2015) **2**: 99-114.

**ILARDO M. A.** « Physiological and Genetic Adaptations to Diving in Sea Nomads » *Cell* (2018) **173** : 569-580.

**IVANOV P. L. et al.** « Mitochondrial DNA sequence heteroplasmy in the Grand Duke of Russia Georgij Romanov establishes the authenticity of the remains of Tsar Nicholas II" *Nat Genet* (1996) **12**:417-420.

**JAIN A. et al.** « Autism occurrence by MMR vaccine status among US children with older siblings with and without autism » *JAMA* (2015) **313**:1534-1540.

**JEFFREYS A.** « DNA sequence variants in the g-gamma, A gamma, delta and beta globin genes of man » *Cell* (1979) **18** :1-10.

**JEFFREYS A. J., BROOKFIELD J. F. Y., SEMEONOFF R.** «Positive identification of an immigration test-case using DNA fingerprints » *Nature* (1985) **317**: 818-819.

**JEFFREYS A. J., WILSON V., THEIN S. L.** « Individual-specific « fingerprints « of human DNA » *Nature* (1985) **316** :76-79.

**JINEK M. et al.** « A programmable dual-RNA-guided DNA endonuclease in adaptive bacterial immunity » *Science* (2012) **337**:816-821.

**JOBLING M. A. , GILL P.** « Encoded Evidence : DNA in Forensic Analysis » *Nat Rev Genet* (2004) **5**: 739 -751.

**JONES F.** « History of North American donor milk banking: One hundred years of progress » *J Hum Lact* (2003) **19**:313-318.

**JONES S. E. et al.** « Genome-Wide Association Analyses in Identifies New Morningness and Sleep Duration Loci » *PLOS Genet* (2016) **12**(8): e1006125.

**JOYCE G. F.** « The role of catalytic RNA in the origin and early evolution of life on earth » *Origins of life and evolution of the biosphere* (1996) **26**:233–234.

**KAYE D. H. and SMITH M. E.** « DNA Identification Databases: Legality, Legitimacy, and the Case for Population-Wide Coverage » *Wis L Rev* (2003) **413**: 413-458

**KAYE D. H.** « Tres Mal Errors with DNA Evidence » *Forensic Science, Statistics & the Law* 16 janvier 2014.

**KEIM S. A.** « Drugs of Abuse in Human Milk Purchased via the Internet » *Breastfeed Med.* (2015) **10**:416-418.

**KEIM S. A. et al.** « Buying human milk via the internet: just a click away » *Breastfee Med.* (2013) **8**: 474-478.

**KEIM S. A. et al.** « Microbial Contamination of Human Milk Purchased Via the Internet » *Pediatrics* (2013) **132**:1227-1235.

**KEIM S. A. et al.** « Cow's Milk Contamination of Human Milk Purchased via the Internet » *Pediatrics* (2015) **135**: 1157-1162.

**KIM J. H., UNGER S.** « Les banques de lait humain» *Paediatr Child Health* 2010) **15** :559-602.

**KIM J. et al.** « Statistical Detection of relatives Typed with Disjoint Forensic and Biomedical loci ». *Cell* (2018) **175** : 1-11.

**KLARE B. F., LI Z., JAIN A. K.** « Matching forensic sketches to mug shot photos » *Tpami* (2011) **33**:639-646.

**KOEHLER J.** « Error and Exaggeration in the Presentation of DNA Evidence at Trial » *Jurimetrics* (1993) **34**: 21-39.

**KORF B. R.** « Genomic privacy in the information age » *Clin Chem*. DOI: 10.1373/clinchem (2013) 205260.

**KRAMER R. S.** « Admissibility of DNA statistical Data : A Proliferation of Misconception » *California Western Law Review* (1993) **30**: 145-178.

**KROTOSZYNSKI R. J. Jr.** « Reconciling privacy and speech in the era of big data : A comparative legal analysis » *William and Mary Law Review* (2015) **56**: 1279-1338.

**LABBEE X.** Respect et Protection du Corps Humain - L'enfant conçu "ex utero" chose sacrée ? *JCl Civ Code* Art.16 à 16-14 Fasc. 52, 27 août 2012.

**LANDER E. S. et al.** « Initial sequencing and analysis of the human genome » *Nature* (2001, **409**: 860-921.

**LANGLOIS J. H. et al.** « Maxims or myths of beauty? A meta-analytic and theoretical review » *Psychol Bull* (2000) **126** : 390–423.

**LARRALDE J. M.** « Vie privée et pratiques sadomasochistes » *D.* (1998) pp 97-104.

**LASKEN R. S., EGHOLM M.** « Whole genome amplification: abundant supplies of DNA from precious samples or clinical specimens » *Trends Biotechnol* (2003) **21**: 531–535.

**LAVRIC S.** « EDVIGE : suite et fin » Décret n° 2009-1249 du 16 oct. 2009, JO 18 oct. et Décret n° 2009-1250 du 16 oct. 2009, JO 18 oct. *Dalloz actualité* 20 octobre 2009.

**LAVRIC S.** « EDVIGE : suite et fin (2) » *D.* (2009) p. 2477.

**LAZCANO A., MILLER S. L.** « The origin and early evolution of life: prebiotic chemistry, the pre-RNA world, and time » *Cell* (1996) **85**:793-798.

**LEMENNICIER B.** « Bioéthique et liberté » *Droits : revue française de théorie juridique* (1990) **13** :111-122.

**LEPAGE A.** « Droits de la personnalité » *Rép civ* (2016).

**LE PAGE M.** « Mosaic problem stands in the way of gene editing embryos » *The New Scientist* 15 mars 2017.

**LEVY M. L.** « Le numéro INSEE : de la mobilisation clandestine (1940) au projet Safari (1974) » *Dossiers et Recherches de l'INED* (2000) N° 86 pp 23-34.

**LINDERMAN M. D., NIELSEN D. E., GREEN R.** « Personal Genome Sequencing in Ostensibly Healthy Individuals and the PeopleSeq Consortium » *J Pers Med* (2016) **6**, 14.

**LIU F. et al** « A Genome-Wide Association Study Identifies Five Loci Influencing Facial Morphology in Europeans » *PLOS Genet.* Epub (2012) Sep 13.

**LO M. T. et al.** « Genome-wide analyses for personality traits identify six genomic loci and show correlations with psychiatric disorders » *Nat Genet* (2017) **49**:152–156.

**LOISEAU G.** « L'autonomie du droit à l'image » *Legicom* (1999) **4** :71-76.

**LOISEAU G.** « La crise existentielle du droit patrimonial à l'image » *D.* (2010) pp. 450-452.

**LOISEAU G.** « Typologie des choses hors du commerce » *RTD civ* (2000) p47.

**LONG J. R.** « Equitable Jurisdiction to Protect Personal Rights » *The Yale Law Journal* (1923) 33:115-132D.

**LOPES L. R. et al.** « Use of high-throughput targeted exome-sequencing to screen for copy number variation in hypertrophic cardiomyopathy » *Eur J Med Genet* (2015) **58**:611-616.

**MALATERRE C.** « Expliquer les origines de la vie : structures et schèmes explicatifs » *Noesis Sciences du Vivant et phénoménologie de la vie* (2008) **14** :89-112.

**MALLET-POUJOL N.** « Protection de la vie privée et des données personnelles" *Legamedia* Février 2004.

**MARBERGER M. et al.** « Biopsy Misidentification Identified by DNA Profiling in a Large Multicenter Trial » *J Clin Oncol* (2011) **29** : 1744-1749.

**MARGUENAUD J.-P.** « Le particularisme de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image » *RTD civ* (2016)) pp. 297.

**MARGUENAUD J.-P.** « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée » *Rép civ* (2017).

**MARGUENAUD J.-P.** « La Cour européenne des droits de l'Homme face à la surenchère européenne des juridictions judiciaires françaises » *RTD civ* (2000) p 934.

**MARGUENAUD J.-P.** « Sadomasochisme et autonomie personnelle » *RTD civ* (2005) p341.

**MAY-PANLOUP P. et al.** « ADN mitochondrial du spermatozoïde » *Gynecol Obstet Ferti* (2006) **34**:847–854.

**McCARTNEY C.** « LCN DNA: proof beyond reasonable doubt? » *Nat Rev Genet* (2008) **9**: 325.

**McCARTNEY C.** « Reply: LCN DNA: proof beyond reasonable doubt?--a response » *Nat Rev Genet* (2008) **9**: 726.

**McKEEN CATTELL J.** « Measurements of the Accuracy of Recollection » *Science* (1895) **II** : 761-766.

**MEAD G. H.** « The genesis of the self and social control » *Int J Ethics* (1925) **35**:251-277.

**MEIER R. P. H. et al.** « Xenotransplantation : back to the future ? » *Transplant Int* (2018) **31**:465-477.

**MENDEL G.** "Versuche über Pflanzenhybriden"(1865) Traduction de la Communication intitulée Recherches sur les hybrides végétaux [http://classiques.uqac.ca/collection\\_sciences\\_nature/mendel\\_gregor/Recherches\\_hybrides\\_vegetaux/Recherche\\_sur\\_les\\_hybrides\\_vegetaux.pdf](http://classiques.uqac.ca/collection_sciences_nature/mendel_gregor/Recherches_hybrides_vegetaux/Recherche_sur_les_hybrides_vegetaux.pdf).

**MENNESSON S., MENNESSON D.** « La révision des lois bioéthiques en matière de gestation pour autrui : constats et propositions » in DAVID, G. *et al.* La gestation pour Autrui ; Rapports de l'Académie nationale de médecine. Paris Ed. Lavoisier MSP (2011).

**MERSACK A. A.** « Right of Privacy -Civil Rights Law §§ 50,51» *St John's Law review* (1934) **9**:159-166.

**MICHAILIDOU K. et al.** « Association analysis identifies 65 new breast cancer risk loci » *Nature* (2017) **551**:92-94.

**MILLER S.** « A Production of Amino Acids under Possible Primitive Conditions » *Science* (1953) **117**:528-529.

**MILNE R. L. et al.** « Identification of ten variants associated with risk of estrogen-receptor-negative breast cancer » *Nat Genet* (2017) **49**:1767-1778.

**MOHIUDDIN M. M. et al.** « Chimeric 2C10R4 anti-CD40 antibody therapy is critical for long-term survival of GTKO.hCD46.hTBM pig-to-primate cardiac xenograft » *Nat Commun* (2016, **7**:11138.

**MORLING N. et al.** « Comment on : Authentication of forensic DNA samples. » *Forensic Sci Int-Gen* (2011) **5**:249–250.

**MUIR R., DIOT A., POULTON J.** « Mitochondrial content is central to nuclear gene expression : Profound implications for human health » *Bioassays* (2015) **38**: 150-156.

**MULLIN E.** « A new DNA test will look for 190 diseases in your newborn's genetic code » *MIT Technology Review* 7 février 2018.

**MULLIS K. et al.** « Specific enzymatic amplification of DNA in vitro: the polymerase chain reaction » *Cold Spring Harb Sym* (1986) **1**:263-73.

**MURPHY E.** « Familial DNA searches : the opposing viewpoint » *Criminal Justice* (2012) **27**-1 American Bar Association.

**MURPHY E.** « Relative Doubt: Familial Searches of DNA Databases » *Mich Law Rev* (2010) **109** : 291-348.

**NAPIER J.** « The evolution of the hand » *Sci Am* (1962) **207**:56-62.

**NAUT P., CHEVALLIER J.-Y.** « Procédure pénale. In : *Revue juridique de l'Ouest* (1994) **3**: 407-410.

**NEDONCELLE M.** « Prosope et persona dans l'antiquité classique ». Essai de bilan linguistique. *Revue des Sciences Religieuses*, (1948) tome 22, fascicule 3-4, pp. 277-299.

**NEEL G.-J.** « Silhouette et Silo » in *Les Cahiers de Fontenay* N° 46-48. Mélanges offerts à Maurice Molho Linguistique Volume III. (1987) p 221.

**NEVILLE R. C.** « Blood Money: Should a Rich Nation Buy Plasma from the Poor ? » Case N° 140 *The Hasting Center Report* 1972) **2** :8-10.

**NIBLETT G. B. F.** « L'information numérique et la protection des libertés individuelles " : *OCDE Paris*, (1971) pp. 51 -56.

**NISSSEN P. et al.** « The structural basis of ribosome activity in peptide bond synthesis » *Science* (2000) **289**:920-930.

**NIU D. et al.** Inactivation of porcine endogenous retrovirus in pigs using CRISPR-Cas9 » *Science* (2017) **357** : 1303-1307.

**NOUSBECK J. et al.** « A Mutation in a Skin-Specific Isoform of SMARCAD1 Causes Autosomal-Dominant Adermatoglyphia » *Am J Hum Genet* (2011) **89** : 302-307.

**O'BRIEN D.** « The right of privacy » *Columbia Law Review* (1902) **II**: 437-448.

**OHM P.** « Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of anonymization » *UCLA Law Review* (2010) **1701**:1701-1777.

**ORWIN C. PRANGLE T.** «The Philosophical foundation of human rights», in Plattner Marc F. (Ed) *Human rights in our time : Essays in memory of Victor Baras*, Boulder et al. Westview Pres (1984)) pp1-22.

**OVERTON R.** « An Arrow against all tyrants » du 12 octobre 1646. Le texte intégral est disponible sur le de la Constitution Society [http://www.constitution.org/lev/eng\\_lev\\_05.html](http://www.constitution.org/lev/eng_lev_05.html).



**PAIVIO A., CSAPO K.** Concrete image and verbal memory codes ». *J Exp Psychol* (1969) **80**: 279-285.

**PALACIOS GONZALES C.** « The Mexican mitochondrial fiasco » *Bio News Edition* du 28 septembre 2016.

**PAOLETTI D. R. et al.** « Assessing the Implications for Close Relatives in The Event of Similar but Nonmatching DNA Profiles » *Jurimetrics* (2006) **46**:161-175.

**PALMQUIST A. E. L., DOEHLER K.** « Human Milk sharing practices in the US» *Matern Child Nutr* (2016) **12** : 278-290.

**PARKER G. J. et al.** « Demonstration of Protein-Based Human Identification Using the Hair Shaft Proteome » *PLOS One* (2016) Sep 7;**11**(9):e0160653.

**PEARCE B. K. D. et al.** « Origin of the RNA world: The fate of nucleobases in warm little ponds » *Proc Natl Acad Sci U S A* (2017) **114**:11327-11332.

**PEINADO F. R.** « Les fichiers d'empreintes génétiques : les systèmes français et espagnol à l'égard de la Convention européenne des Droits de l'Homme » *La Revue des Droits de l'Homme* (2014).

**PENNEAU J.** « Corps humain – bioéthique » *Rép civ* (2017).

**PERBAL B.** « Communication is the key » *Cell Commun Signal* (2003) **1**:3.

**PERBAL B.** « Pour une liberté surveillée des tests génétiques » *Doctrine Droit de la Santé Petites Affiches* (2015) **179-180**: 10-16.

**PERBAL B.** « Tests génétiques en accès libre : danger ou opportunité ? » *Le Petit Juriste* 27 (août 2015).

**PERBAL B.** « Communication is the key : Part 2 : Direct to consumer genetics in our future daily life ? » *J Cell Commun Signal* (2014) **8**:275-87.

**PERBAL B.** « What kind of a life for a scientific journal ? » *J Cell Commun Signal* (2015) **9** : 201-206

**PERBAL B., PERBAL A.** « Liberté, liberté chérie » *J Cell Commun Signal* (2015) **9** :1-4.

**PHAM-HOAI E., CRISPINO F., HAMPIKIAN G.** « The first successful Use of a Low Stringency Familial Match in a French Criminal Investigation » *J Forensic Sci* , (2014) **59**:816-819.

**PIRASTU N. et al.** « Non-additive genome-wide association scan reveals a new gene associated with habitual coffee consumption *Sci Rep* (2016) **6**:31590.

**POLLAUD-DULIAN F.** « Image des biens : du droit exclusif au trouble anormal » *D.* (2012) pp 2218-2223.

**POUGHON J.-M.** « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique ». *L'Europe des libertés* (2005) n° 11, [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id\\_article=100&id\\_rubrique=5](http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5).

**PRADEU T.** « Critique des notions de soi et de non-soi en immunologie » in Une histoire critique de la biologie J-J Kupiec (Dir) Ed. Belin (2012).

**PROSSER W. L.** « Privacy » *California Law Review* (1960) 48 : 383-389.

**QRIBI A.** « Socialisation et Identité : L'apport de G. H. Mead ou la conversation du « je » et du « moi » *Empan* (2005) 58 p129-132.

**QUIVIGER P.-Y.** « L'inquiétante protection de la dignité humaine » *Philosophie analytique du droit Klesis* (2011) 21 :3-15.

**RABELLO A. M.** « Montesquieu et la codification du droit privé (Le Code Napoléon) » *RDIC*, (2000) 52 :147-156.

**RAM N.** « Fortuity and Forensic Familial identification » *Stanford Law Review* (2011) 63 :751-812.

**RAM N.** « DNA by the Entirety » *University of Baltimore Legal Studies Research Paper* N° 2015-33, 115 :872-939.

**RAVANAS J.** « La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image » *RDIC* (1979) 31 : 246-249.

**REICHART B. et al.** « Xenotransplantation of Cells, Tissues, Organs and the German Research Foundation Transregio Collaborative Research Center 127 » *Adv Exp Med Biol* (2015) 865 : 143-155.

**REINBOLD J.** « Le behaviorisme et les psychologues sociaux » *Philosophiques* (1977) 4 : 335-340.

**REUTER J. A., SPACEK D. V., SNYDER M. P.** « High-throughput sequencing technologies » *Mol Cell* (2015) 58:586-589.

**REYNIER P. et al.** « Mitochondrial DNA content affects the fertilizability of human oocytes » *Mol Hum Reprod* (2001) 7: 425-429.

**REZNICHENKO A. S., HUYSER C., PEPPER M. S.** « Mitochondrial transfer : Implications for assisted reproductive technologies » *Applied and Translational Genomics* (2016) 11 : 40-47.

**RICHARDS N. M.** « The puzzle of Brandeis, Privacy and Speech » *Vanderbilt Law Review* (2010) **63**: 1295-1352.

**RICHARDS N. M., SOLOVE D. J.** « Prosser's Privacy Law : a mixed legacy » *California Law Review* (2010) **98**:1887- 1924.

**RILEY A. B., KIM D., HANSEN A. K.** « Genome Sequence of *Candidatus Carsonella ruddii* Strain BC, a Nutritional Endosymbiont of *Bactericera cockerelli*. » *Genome Announc* (2017) 5. pii: e00236-17.

**RITCHIE M. D. et al.** « Electronic medical records and genomics (eMERGE) network exploration in cataract: Several new potential susceptibility loci » *Mol Vis* (2014) **20**: 1281–1295.

**ROBERTS L.** « Fight erupts over DNA fingerprinting » *Science* (1991) **254**:1721-1725.

**LEWONTIN R. C., HARTL D. L.** « Population genetics in forensic DNA typing » *Science* (1991) **254**:1745-1752.

**ROCHMAN B.** « Diagnosing disease with a snapshot » *Biomedicine Tech Review MIT* 6 décembre 2016.

**RODRIGUEZ Del POZO P.** « Paying donors and the ethics of blood supply » *Journal of Medical Ethics* (1994) **20**:31-35.

**ROLLINS N. C. et al.** « Why invest, and what it will take to improve breastfeeding practices? » Lancet Breastfeeding Series Group. *The Lancet* (2016) **387**:491-504.

**ROTH A.** « Maryland v. King and the Wonderful, Horrible DNA Revolution in Law Enforcement » *OSJCL* (2013) **11**:295-309.

**ROTHBARD M. N.** « Myth and Truth about Libertarianism » *Modern Age* (1980) **24** 9 :15.

**RUSHTON C. H., HOGUE E. E.** « The Role of Families as Surrogate Decisionmakers after *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* » *Journal of Contemporary Health Law and Policy* (1991) **7** :219-238.

**SAIKI R. K. et al.** « N. Enzymatic amplification of beta-globin genomic sequences and restriction site analysis for diagnosis of sickle cell anemia » *Science* (1985) **230**:1350-1354.

**SANDRIN M. S., McKENZIE I. F.** « Gal alpha (1,3) Gal, the major xenoantigen(s) recognised in pigs by human antibodies » *Immunol Rev* (1994) **141** :169-190.

**SANTIAGO T., REBELO O., NEGRÃO L., MATOS A.** « Macrophagic myofasciitis and vaccination : consequence or coincidence? » *Rheumatol Int* (2015) **35**:189-192.

**SCALLY A. et al.** « Insights into hominid evolution from the Gorilla genome sequence » *Nature* (2012) **483**: 169-175.

**SCOBIE L. et al.** « Inactivation of porcine endogenous retrovirus in pigs using CRISPR-Cas9 », editorial commentary. *Xenotransplantation* (2017) 24(6).

**SCOTT R., WILKINSON S.** « Germline Genetic Modification and Identity : the Mitochondrial and Nuclear Genomes » *Oxford Journal of Legal Studies* (2017) **37**: 886-915.

**SEO S. B. et al.** « Single nucleotide polymorphism typing with massively parallel sequencing for human identification » *Int J Legal Med* (2013) **127**: 1079–1086.

**SERINET A.** « Le consentement et la répression de la diffusion d'un image intime » *D.* (2016) pp. 935-941.

**SERRES M.** « Apparition, apparence, appareil » in *100 000 ans de Beauté - Préhistoire*. Ed. Gallimard 2009.

**SHAIKH B. S.** « An ethical appraisal of financial incentives for organ donation » *Clinical Liver Disease* (2016) **7** :109-111.

**SHERWOOD C. C., SUBIAUL F., ZAWIDZKI T. W.** « A natural history of the human mind: tracing evolutionary changes in brain and cognition » *J Anat* (2008) **212**: 426–454.

**SHRINGARPURE S. S., BUSTAMANTE C. D.** « Privacy risks from genomic data-sharing beacons » *Am J Hum Genet* (2015) **97**: 631–646.

**SIEGEL R. B.** « How Conflict Entrenched the Right to privacy » Faculty Scholarship Series. *Yale Law School Legal Scholarship Repository* (2015) Paper 4996.

**SIIRIAINEN F.** "L'appropriation de l'information" Immatériel, in *Nouveaux concepts* Dir. J. DE BANDT et G. GOURDET, Paris Ed. Economica (2001).

**SMELAND O. B. et al.** « Identification of genetic loci shared between schizophrenia and the Big Five personality traits » *Sci Rep* (2017) **7**:2222.

**SMITH C., STRAUSS S., DeFRANCESCO L.** « DNA goes to Court » *Nat Biotechnol* (2012) **30**:1047-1053.

**SMITH M., MANN M.** « Recent developments in DNA evidence » *Trends and issues in crime and criminal justice* (2015) **506** : 1-7.

**SMITH P. A.** « When DNA Implicates the Innocent » *Sci Am* (2016) **314**:11-12.

**SNIEKERS S. et al.** « Genome-wide association meta-analysis of 78,308 individuals identifies new loci and genes influencing human intelligence » *Nat Genet* (2017) **49**:1107–1112.

**SOULILLOU J.-P.** « An Interview with Jean Dausset » *Am J Transplant* (2004) **4** : 7.

**SPEARS V. P.** « The case that started it all : Roberson v. The Rochester Folding Box Company » *Landmarks Privacy and Data Security Law Journal* (2008) pp 1043-1050.

**STEINBERGER E., SIMS G.** « Finding Criminals Through the DNA of Their Relatives- Familial Searching of the California Offender DNA Database » *Prosecutor's Brief* (2008) **31**: 28-32.

**STENSON P. D. et al.** « The Human Gene Mutation Database: building a comprehensive mutation repository for clinical and molecular genetics, diagnostic testing and personalized genomic medicine » *Hum. Genet* (2014) **133** : 1-9.

**STEPHENS Z. D. et al.** « big data : Astronomical or Genomical ? *PLOS Biology* (2015) **13**: e1002195.

**STRICKLER Y. SIIRIAINEN F.** « Volonté et biens », in Yves Strickler, Fabrice Siiriainen (Dir). « Des « biens de la personnalité » Paris Ed. L' Harmattan, Droit privé et sciences criminelles (2013).

**STRUEWING J. P. et al.** « The risk of cancer associated with specific mutations of BRCA1 and BRCA2 among Ashkenazi Jews » *N Engl J Med* (1997) **336**:1401-1.

**STUMP J. L.** « Henrietta Lacks and the HeLa Cell : Rights of Patients and responsibilities of Medical Researchers » *The History Teacher* (2014) Vol 48 N°1 p127.

**STURM R. A.** « Molecular genetics of human pigmentation diversity » *Hum. Mol. Genet.* (2009) **18** : 9-17.

**STURTEVANT A. H., BRIDGES C. B., MORGAN T. H.** « The spatial relations of Genes » *Proc. Natl. Acad. Sci. U S A.* (1919).

**SUSMAN R. L.** « Hand function and tool behavior in early hominids. » *J Hum Evol.* (1998) **35**:23-46.

**TAIEB E.** « Faut-il montrer les images de violence » Collège de France , *La Vie des Idées.* 7 juillet 2015.

**TAMBOU O.** « Protection des données personnelles : les difficultés de la mise en œuvre du droit européen au déréférencement » *RTD Eur* (2016) p.249.

**TAMBOU O.** « Règlement général de la protection des données : l'après 25 mai 2018 » *Le droit en débats.* Dalloz actualité 25 septembre 2018.

**TAUTZ D.** « Hypervariability of simple sequences as a general source of polymorphic DNA markers » *Nucleic Acids Res.* (1989) **17** : 6463-6471.

**THE ENCODE PROJECT CONSORTIUM** «An Integrated Encyclopedia of DNA Elements in the Human Genome. » *Nature* (2012) **489**: 57–74.

**THE MICHIGAN LAW REVIEW ASSOCIATION** « The right of privacy » *Mich Law Rev* (1905) Vol. **3** p 561.

**THIBERGE C.** « Le droit souple » *Réflexion sur les textures du droit. RTD civ* (2003) p. 599.

**THIRION M.** « Histoire de l'allaitement » *in* *La Naissance, cultures et pratiques d'aujourd'hui.* Dir. Scientifique R. FRYDMAN, et M. SZEJER, Paris Ed. Albin Michel (2010).

**THOMPSON W. C.** « Tarnish on the ‘Gold Standard.’ Understanding Recent Problems in Forensic DNA Testing » *The Champion* (2006) **30**. 10-16.

**THOMPSON W. C.** « Beyond Bad Apples : Analyzing the Role of Forensic Science in Wrongful convictions » *Southwestern University Law Review* (2009) **37**: 971-994.

**THOMPSON W. C.** « Forensic DNA Evidence: The Myth of Infallibility » *in* Sheldon Krinsky & Jeremy Gruber (Eds) *Genetic Explanations : Sense and Nonsense*, Boston Ed. Harvard University Press (2013).

**THOMPSON W. C., DIOSO-VILLA R.** « Turning a Blind Eye to Misleading Scientific Testimony » *Alb. L. J. Sci. & Tech.* 2013, **18**: 151-204 (2008).

**THOMPSON W. C., MUELLER L. D., KRANE D.** « Forensic DNA Statistics: Still controversial In Some Cases », School of Law, *University of California Irvine Legal Studies Research Paper Series* (2012) N° 2013-122.

**TOOLEY M.** « Abortion and infanticide » *Philosophy & Public Affairs* (1972,) **2** :37-65.

**TRIPLETT N.** « The Dynamogenic Factors in Pacemaking and Competition » *Am J Psychol* (1898) **9**: 507-533.

**TURNER M. L., LUDLAM C. A.** « An update on the assessment and management of the risk of transmission of variant Creutzfeldt-Jakob disease by blood and plasma products » *Brit J Haematol* (2008) **144**,14–23.

**UZIEL L.** « Individual differences in the social facilitation effect: A review and meta-analysis » *J Res Pers* (2007) **41** 579–601.

**VALERO-CUEVAS F. J.** « Why the Hand ? » *Adv Exp Med Biol* (2009) **629** : 553-557.

**VALLENTYNE P.** « Libertarianism » in L. C. BECKER and C.B. BECKER (Eds) *Encyclopedia of Ethics*, New York Ed. Garland Publishing (2001).

**van DUINEN H., GANDEVIA S. C.** « Constraints for control of the human hand ». *J. Physiol.* (2011) **589**:5583-5593.

**van EIKEMA HOMMES G. A.** « Le test ADN et la procédure pénale en Europe » *RSC* (1993) pp 679-695.

**VENTER J. C. et al.** « The sequence of the human genome » *Science* (2001) **291**, 1304–1351

**VICTORA C. G. et al.** « Breastfeeding in the 21st century: epidemiology, mechanisms, and lifelong effect. » *Lancet Breastfeeding Series Group The Lancet* (2016) **387**:475-90.

**VINEY F** « La loi relative à la protection des données personnelles » *AJF* (2018) p 366.

**VOIROL O.** « Quel est l'avenir de la théorie critique ? » *Questions de communication* (2012) **21** p107-122.

**W.B.G.** « A Re-interpretation of *Gee v. Pritchard* » *Mich Law Rev* (1927) **25**: 889-891.

**WALLACE H. M. et al.** « Forensic DNA databases–Ethical and legal standards : A global review » *Egyptian Journal of Forensic Sciences* (2014) **4**,57–63.

**WARREN S. D., BRANDEIS L. D.** « The Right to Privacy » *Harv. L. Rev.* (1890) **4**, 193-203.

**WATSON J. D., CRICK F. H. C.** « Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid » *Nature* (1953) **171**:737-738.

**WEBER-LEHMANN J. et al.** « Finding the needle in the haystack: Differentiating “identical” twins in paternity testing and forensics by ultra-deep next generation sequencing » *Forensic Sci Int-Gen* (2014) **9** 42–46.

**WESTHEIMER F. H.** « Polyribonucleic acids as enzymes » *Nature* (1966) **319**:534-536.

**WHITEHOUSE A. O., MAYBERY M. T., DURKIN K.** The development of the picture-superiority effect *Brit J Dev Psychol* (2006) **24**:767-773.

**WHITMAN J.Q.** « The two Western Cultures of Privacy : Dignity versus Liberty » *Yale Law School Legal Scholarship Repository* (2004) pp1151-1221.

**WIESNER R. J., RUEGG J. C., MORANO L.** « Counting target molecules by exponential polymerase chain reaction : copy number of mitochondrial DNA in rat tissues » *Biochem Biophys Res Commun* (1992) **183** : 553-559.

**WINICKOFF D.** « A Bold Experiment : Iceland's Genomic Venture » *in* MASCALZONI D. (Ed) Ethics, Law and Governance of Biobanking, , Vol 14 of The International Library of Ethic, Law and Technology series. Springer Dordrecht Heidelberg (2015).

**WORKING GROUP ON INCENTIVES FOR LIVING DONATION** «Incentives for Organ Donation: Proposed Standards for an Internationally Acceptable System » *Am J Transplant* (2012) **12**:306-312.

**WRIGHT L., SILVA D. S.** « Incentives for organ donation: Israel's novel approach » *The Lancet*, (2010) **375**:1233-1234.

**YANG L. et al.** « Genome-wide inactivation of porcine endogenous retroviruses (PERVs) » *Science* (2015) **350** :1101-1104..

**ZAIDI A. et al.** « Investigating the case of human nose shape and climate adaptation » *PLOS Genetics* (2017) March 13 : 1-31

**ZAJONC R. B.** « Social facilitation » *Science* (1965) **149** : 269-274.

**ZALMAN M.** «Qualitatively Estimating the Incidence of Wrongful Convictions » *Criminal Law Bulletin* (2012) **48**:221-279.

**ZHANG J. et al.** «Live birth derived from oocyte spindle transfer to prevent mitochondrial disease » *Reprod Biomed Online* (2017) **34**:361-368.

**ZHIVOTOVSKY L. A.** «Recognition of the remains of Tsar Nicholas II and his family: a case of premature identification? » *Ann Hum Biol* (1999) **26**:569-577.

#### **IV Articles de quotidiens et périodiques accessibles en ligne**

**AFP** « Aluminium dans les vaccins : il faut poursuivre les recherches » Le Point du 22 septembre 2017 [http://www.lepoint.fr/sante/aluminium-dans-les-vaccins-l-anism-demande-des-approfondissements-22-09-2017-2159031\\_40.php](http://www.lepoint.fr/sante/aluminium-dans-les-vaccins-l-anism-demande-des-approfondissements-22-09-2017-2159031_40.php)

**ANDERSEN T.** « Rape suspect indicted with cutting-edge DNA testing » The Boston Globe du 10 septembre 2014 <https://www.bostonglobe.com/metro/2014/09/10/prosecutors-indict-man-using-dna-testing-that-distinguishes-him-from-his-twin-brother/gKfLy3XjmxvB2OysYg0WIM/story.html>

**ANGRIST M.** « Do You belong to You » Genome du 2 janvier 2018 <Http://genomemag.com/Your health is personal>

**ARIE E.** « Don du sang : la France bascule dans la mondialisation » Marianne du 3 février 2015 <https://www.marianne.net/debattons/idees/quand-la-france-basculer-dans-la-marchandisation-du-sang>



**BALLOU B. R.** « *Prosecutors say DNA led them to '04 rape suspect* » The Boston Globe du 30 mars 2011

[http://www.boston.com/news/local/massachusetts/articles/2011/03/30/prosecutors\\_say\\_dna\\_led\\_them\\_to\\_04\\_rape\\_suspect/](http://www.boston.com/news/local/massachusetts/articles/2011/03/30/prosecutors_say_dna_led_them_to_04_rape_suspect/);

**BARTELS M.** « *How Did Life Start? Meteorites Crashing Into Darwin's Warm Little Ponds May Have Been Trigger* » Newsweek du 10 février 2017 <https://www.newsweek.com/2017/10/27/how-did-life-start-meteorites-crashing-darwins-warm-little-ponds-was-possible-675655.html>

**BENKIMOUN P.** « Vaccins : une étude relance le débat sur les adjuvants » Le Monde du 23 septembre 2017 [http://www.lemonde.fr/sante/article/2017/09/23/vaccins-une-etude-relance-le-debat-sur-les-adjuvants\\_5190051\\_1651302.html](http://www.lemonde.fr/sante/article/2017/09/23/vaccins-une-etude-relance-le-debat-sur-les-adjuvants_5190051_1651302.html)

**BERNARD P.** « Theresa May veut exempter les soldats britanniques de poursuites devant la CEDH » Le monde du 04 novembre 2016 [https://www.lemonde.fr/europe/article/2016/10/04/theresa-may-veut-exempter-les-soldats-britanniques-de-poursuites-devant-la-cedh\\_5008215\\_3214.html](https://www.lemonde.fr/europe/article/2016/10/04/theresa-may-veut-exempter-les-soldats-britanniques-de-poursuites-devant-la-cedh_5008215_3214.html)

**BERNARD-GUILBAUD Y.** « *Une glace au lait maternel* » Le Figaro Madame du 25 février 2011 <http://madame.lefigaro.fr/societe/glace-lait-maternel-250211-137266>

**BERRY P.** « Empreinte digitale : «Le risque qu'on vous coupe un doigt pour débloquent un iPhone est faible» 20 minutes du 29 janvier 2014 <http://www.20minutes.fr/high-tech/1222323-20130912-20130912-le-risque-coupe-doigt-debloquer-iphone-faible>

**BESMOND de SENNEVILLE L., BOËTON M.** « *Bioéthique, ce qu'en disent les français* » La Croix du 3 janvier 2018 <https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/Bioethique-que-n-disent-Francais-2018-01-03-1200903245>

**BOERI D.** "Standard DNA Testing Can't Differentiate Between Identical Twins. A New Test Challenges That" Boston NPR News Station (WBUR) du 7 mars 2017 <http://www.wbur.org/news/2017/03/07/twin-dna-crime-tech>

**BORILLO D.** « *Libre disposition de soi : un droit fondamental* » Contrepoints du 22 avril 2015 <https://www.contrepoints.org/2015/04/22/205383-libre-disposition-de-soi-un-droit-fondamental>

**BOSELEY S.** « *Jeremy Hunt launches opt-out organ donation plans in England* » The Guardian 12 décembre 2017 <https://www.theguardian.com/society/2017/dec/12/jeremy-hunt-launches-opt-out-organ-donation-plans-in-england-and-wales>

**BOUCHER P.** « *Une division de l'informatique est créée à la chancellerie " Safari " ou la chasse aux Français* » Le Monde 21 mars 1974 <http://bugbrother.blog.lemonde.fr/2010/12/23/safari-et-la-nouvelle-chasse-aux-francais/>

**BRANDOM R.** « *Your phone's biggest vulnerability is your fingerprint* » The Verge du 2 mai 2016 <https://www.theverge.com/2016/5/2/11540962/iphone-samsung-fingerprint-duplicate-hack-security>

**BRANDOM R.** « *Police 3D-printed a murder victim's finger to unlock his phone* » The verge du 21 Juillet 2016 <https://www.theverge.com/2016/7/21/12247370/police-fingerprint-3D-printing-unlock-phone-murder>

**BUIA C.** « *The booming market for Breast Milk* » Newsweek du 23 mai 2015  
<http://www.newsweek.com/2015/06/05/booming-market-breast-milk-335151.html>

**BUNYAN N.** « *Lesley Molseed murderer given life sentence* » The Telegraph du 13 Novembre 2007  
<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1569220/Lesley-Molseed-murderer-given-life-sentence.html>

**CABANNE M.** « *Brésil. Victime de la mode* » La Dépêche du 17 novembre 2006  
<https://www.ladepeche.fr/article/2006/11/17/46461-bresil-victime-de-la-mode.html>

**CADWALLADR C., GRAHAM-HARRISON E.** « *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach* » The Guardian 17 mars 2018  
<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>

**CHAPUT J.** « *La théorie de la mitochondrie parasite refait surface* » Futura sciences  
<https://www.futura-sciences.com/sante/actualites/biologie-theorie-mitochondrie-parasite-refait-surface-35419/> 2011 Mis à jour en 2018

**CLARK L.** « *How one coder used 23andMe to create a race wall around the web* » Wired 23 juillet 2015  
<https://www.wired.co.uk/article/23andme-api-blocks-based-on-race-gender>

**CONNOR S.** « *Take everyone's DNA fingerprint, says pioneer* » The Independent du 3 février 2003  
<http://www.independent.co.uk/news/science/take-everyones-dna-fingerprint-says-pioneer-117771.html>

**CORDONNIER C.** « *La glace au lait maternel saisie par les Autorités sanitaires* » Top Santé du 3 mars 2011  
<https://www.topsante.com/nutrition-et-recettes/les-bons-aliments/produits-laitiers/la-glace-au-lait-maternel-oserez-vous-y-gouter-22971>

**COROT L.** « *Les débuts de Galileo, le GPS européen beaucoup plus précis* » L'usine Nouvelle du 15 décembre 2016  
<http://www.usinenouvelle.com/article/les-debuts-de-galileo-le-gps-europeen-beaucoup-plus-precis.N476944>

**COSTA S.** « *The dangers of Sharing Breast Milk* » US News and World Report du 15 juin 2015  
<https://health.usnews.com/health-news/health-wellness/articles/2015/06/15/the-dangers-of-sharing-breast-milk>

**CUVELLIEZ C.** « *Pourquoi la bataille des médias contre les adblockers est vaine et contre-productive* » Le Cercle du 23 février 2016-  
<http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-154335-contrer-les-adblocker-bloqueurs-de-pub-inefficace-et-contre-productif-1202346.php>

**DANCOING L.** « *La scandaleuse glace au lait maternel* » Paris Match Edition du 3 mars 2011  
<http://www.parismatch.com/Actu/International/La-scandaleuse-glace-au-lait-maternel-148348>

**de JACQUELOT P.** « *Un numéro unique pour changer la vie des Indiens* » Les Échos du 4 octobre 2010  
[http://www.lesechos.fr/04/10/2010/LesEchos/20776-125-ECH\\_un-numero-unique-pour-changer-la-vie-des-indiens.htm](http://www.lesechos.fr/04/10/2010/LesEchos/20776-125-ECH_un-numero-unique-pour-changer-la-vie-des-indiens.htm)

**de la HOUGE C.** « *CEDH : de la GPA à la vente d'enfant* » Valeurs actuelles du 17 février 2015  
<http://www.valeursactuelles.com/societe/cedh-de-la-gpa-a-la-vente-denfant-50780>

**DESTEFANO. A.** « *State forensic panel approves use of familial DNA to ID suspects* » Newsday du 19 mai 2017 <http://www.newsday.com/news/New-York/state-forensic-panel-approves-use-of-familial-dna-to-id-suspects-1.13649968>

**DNA Fingerprinting** « *The Sins of the Fathers* » *Criminals in the family ? You may now be under scrutiny* The Economist du 22 avril 2004 - <http://www.economist.com/printedition/2004-04-24>

**DOLAN M., FRLCH J.** « *Tracing a crime suspect through a relative* » Los Angeles Times du 25 novembre 2008 <http://www.latimes.com/local/la-me-familial25-2008nov25-story.html>

**DOLAN M., RUBIN J., LANDSBERG M.** « *DNA leads to arrest in Grim Sleeper killings* » Los Angeles Times du 8 juillet 2010 <http://articles.latimes.com/2010/jul/08/local/la-me-grim-sleeper-20100708>

**DOMCHEK S. M.** « *At-home genetic testing may be convenient, but it isn't complete* » STAT news du 14 mars 2018 <https://www.statnews.com/2018/03/14/genetic-testing-23andme-brca/>

**DUMONT A. F.** « *Après des semaines de débats, l'Italie assouplit son projet de loi sur la vaccination obligatoire* » (2017) Marianne du 24 juillet 2017 <https://www.marianne.net/monde/apres-des-semaines-de-debats-l-italie-assouplit-son-projet-de-loi-sur-la-vaccination>.

**EDOUARD H.** « *Les promesses de l'utérus artificiel* » Contrepoints du 1er mai 2017 <https://www.contrepoints.org/2017/05/01/288161-promesses-de-luterus-artificiel>

**ELVIDGE S.** « *Forensic Cases: The M25 Rapist, Antoni Imiela* » (2006) <http://www.exploreforensics.co.uk/forensic-cases-m25-rapist-antoni-imiela.html>; Castree UK reports:

**FARR C.** « *23andMe will no longer let app developers read your DNA data* » CNBC Disruptor/50 23 août 2018 <https://www.cnbc.com/2018/08/23/23andme-is-telling-developers-that-it-plans-to-shut-off-its-api-in-two-weeks.html>

**FAVEREAU E.** « *Jean-François Delfraissy : Il n'y a pas d'éthique déconnectée du réel* » Libération du 15 octobre 2017 [http://www.liberation.fr/debats/2017/10/15/jean-francois-delfraissy-il-n-y-a-pas-d-ethique-deconnectee-du-reel\\_1603365](http://www.liberation.fr/debats/2017/10/15/jean-francois-delfraissy-il-n-y-a-pas-d-ethique-deconnectee-du-reel_1603365)

**FROGUEL P.** « *La France peut-elle rattraper son retard en médecine génomique ?* » Le Figaro du 15 avril 2018 <http://sante.lefigaro.fr/article/qu-est-ce-que-la-medecine-genomique-/>

**GAFNI M., KRIEGER L. M.** « *Here's the « open source » genealogy DNA website that helped crack the Golden State Killer case* » Mercury News- Bay Area News Group du 26 avril 2018 <https://www.mercurynews.com/2018/04/26/ancestry-23andme-deny-assisting-law-enforcement-in-east-area-rapist-case/>

**GARCIA V.** "Le Royaume-Uni instaure la surveillance de masse de sa population" L'Express du 30 novembre 2016 L'express L'expansion [http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/le-royaume-uni-instaure-la-surveillance-de-masse-de-sa-population\\_1855595.html](http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/le-royaume-uni-instaure-la-surveillance-de-masse-de-sa-population_1855595.html)

**GARFIELD L.** « *The world's largest pork producer is exploring ways to grow human organs from pig parts* » Business insider (2017) Edition du 14 avril <https://www.sciencealert.com/the-world-s-largest-pork-producer-is-exploring-ways-to-grow-human-organs-from-pig-parts?perpetual=yes&limitstart=1>

**GERBER M.** « *The controversial DNA search that helped nab the 'Grim Sleeper' is winning over skeptics* » Los Angeles times du 27 mai 2017 <http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-familial-dna-20161023-snap-story.html>

**GIBBS S.** « *DNA-screening test 23andMe launches in UK after US ban* » The Guardian du 2 décembre 2014 <http://www.theguardian.com/technology/2014/dec/02/google-genetic-testing-23andme-uk-launch>

**GOMES L.** « *Web 'Cookies' May be Spying on You* » San Jose Mercury News du 13 février 1996 [http://www.governingwithcode.org/case\\_studies/pdf/Cookies.pdf](http://www.governingwithcode.org/case_studies/pdf/Cookies.pdf)

**GRUMBERG J. P.** « *70% des prisonniers en France sont musulmans* » Les observateurs.ch du 29 novembre 2015 <http://lesobservateurs.ch/2015/11/29/70-des-prisonniers-en-france-sont-musulmans/>

**GUILLAUME H.** « *L'industrie de la mode, plus forte que l'aéronautique* » Le Figaro Madame du 4 octobre 2016 <http://madame.lefigaro.fr/style/lindustrie-de-la-mode-plus-forte-que-laeronautique-041016-117132> .

**HARVEY J.** « *Blood money: is it wrong to pay donors ?* » The Guardian du 25 janvier 2015 [https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/jan/25/wrong-to-pay-blood-donors-safety-compromised?CMP=share\\_btn\\_tw](https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/jan/25/wrong-to-pay-blood-donors-safety-compromised?CMP=share_btn_tw)

**HAYASAKI E.** « *Your lying eyes* » Newsweek du 28 novembre <http://connection.ebscohost.com/c/articles/99518180/your-lying-eyes>

**HEALY M.** « *Move over DNA. Scientists can identify you based on the unique pattern of proteins in your hair* » Los Angeles Times du 9 septembre 2016 <http://www.latimes.com/science/sciencenow/la-sci-sn-hair-protein-identification-20160907-snap-story.html>;

**HERN A., PEGG D.** « *Facebook fined for data breaches in Cambridge Analytica scandal* » The Guardian 11 juillet 2018 <https://www.theguardian.com/technology/2018/jul/11/facebook-fined-for-data-breaches-in-cambridge-analytica-scandal>

**HERPER M.** « *Surprise! With \$60 Million Genentech Deal, 23andMe Has A Business Plan* » Forbes Edition du 6 janvier 2015 <https://www.forbes.com/consent/?toURL=https://www.forbes.com/sites/matthewherper/2015/01/06/surprise-with-60-million-genentech-deal-23andme-has-a-business-plan/>

**HO V.** « *S.F. police chief, D.A. clash over corruption task force* » SFGate du 30 mars 2015- <http://www.sfgate.com/crime/article/Gasc-n-Suhr-clash-over-D-A-s-corruption-probe-6168805.php>

**HOLPUCH A.** « *FDA orders genetics company 23andMe to cease marketing of screening service* » The Guardian Edition du 25 novembre 2013 <http://www.theguardian.com/science/2013/nov/25/genetics-23andme-fda-marketing-pgs-screening>

**HOTEZFEB P.** « *How the Anti-Vaxxers Are Winning* » New York Times du 8 février 2017 <https://www.nytimes.com/2017/02/08/opinion/how-the-anti-vaxxers-are-winning.html>

**HUGUEN P.** « *A Nice, les parents renoncent à appeler leur bébé Mohamed Merah* » L'express du 1er décembre 2016 [https://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/a-nice-les-parents-renoncent-a-appeler-leur-bebe-mohamed-merah\\_1855922.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/a-nice-les-parents-renoncent-a-appeler-leur-bebe-mohamed-merah_1855922.html)

**HURST L.** « *Hidden Dangers of the Online Breast Milk Market* » Newsweek Edition du 25 mars 2015 <http://www.newsweek.com/regulate-human-breast-milk-market-say-experts-316370>;

**ISRAEL A. S.** « *DNA contamination blamed on human error* » Channel 4 News du 9 Mai 2012 <https://www.channel4.com/news/dna-contamination-blamed-on-human-error>

**JAMES J.** « *Faut-il interdire les couturiers qui affament les mannequins "cintres" ?* » Mediapart du 19 mars 2015 <https://blogs.mediapart.fr/jjames/blog/190315/faut-il-interdire-les-couturiers-qui-affament-les-mannequins-cintres>;

**JANSSENS C.** « *Opinion: No, FDA Didn't Really Approve 23andMe's BRCA Test* » The Scientist Edition du 19 mars 2018 <https://www.the-scientist.com/news-opinion/opinion-no-fda-didnt-really-approve-23andmes-brca-test-29939>

**JENI R.** « *Cuomo Signs Bill to Ban Dwarf Tossing* », Los Angeles Times du 25 juillet 1990 [http://articles.latimes.com/1990-07-25/news/mn-1001\\_1\\_dwarf-tossing](http://articles.latimes.com/1990-07-25/news/mn-1001_1_dwarf-tossing)

**JULIE S.** « *Without better regulation, the global market for breast milk will exploit mothers* » The Conversation Edition du 9 juillet 2017 <http://theconversation.com/without-better-regulation-the-global-market-for-breast-milk-will-exploit-mothers-79846>

**KAPLAN T.** « *Monte Sereno murder case casts doubts on DNA evidence* » The Mercury News du 28 juin 2014 <http://www.mercurynews.com/2014/06/28/monte-sereno-murder-case-casts-doubts-on-dna-evidence/>

**KELLEHER O.** « *Over 100 surrogate babies born in India, Ukraine and Thailand and flown back to Ireland with parents in last decade* » Irish Mirror du 11 novembre 2017 <http://www.irishmirror.ie/news/irish-news/over-100-surrogate-babies-born-11506509>

**KENNEDY P.** « *Could Women Be Trusted With Their Own Pregnancy Tests?* » The New York Times du 29 juillet 2016 [https://www.nytimes.com/2016/07/31/opinion/sunday/could-women-be-trusted-with-their-own-pregnancy-tests.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2016/07/31/opinion/sunday/could-women-be-trusted-with-their-own-pregnancy-tests.html?_r=0)

**KENNEDY P.** « *Who Made That Home Pregnancy Test?* » The New York Times Edition 27 juillet 2012 <https://www.nytimes.com/2012/07/29/magazine/who-made-that-home-pregnancy-test.html>

**KISS J.** « *23andMe admits FDA order 'significantly slowed up' new customers* » The Guardian du 9 mars 2014 <https://www.theguardian.com/technology/2014/mar/09/google-23andme-anne-wojcicki-genetics-healthcare-dna>

**LETTERON R.** « *De la dignité dans le gâteau* » Contrepoints du 31 mars 2015 <https://www.contrepoints.org/2015/03/31/202789-de-la-dignite-dans-le-gateau>

**LEWIN T.** « *Nancy Cruzan Dies, Outlived by a Debate Over the right to Die* » New York Times du 27 décembre 1990 <https://www.nytimes.com/1990/12/27/us/nancy-cruzan-dies-outlived-by-a-debate-over-the-right-to-die.html>

**LEWIS A.** « *Don't allow genetic stop-and-frisk* » Newsday du 23 mars 2017 <http://www.newsday.com/opinion/commentary/don-t-allow-genetic-stop-and-frisk-1.13302422>

**LEWIS K.** « *Laboratory uses serial rapist's DNA left at crime scenes to create vivid facial composite* » ABC7 - WJLA Washington D.C. du 22 juin 2017 <http://wjla.com/news/local/dna-crafts-facial-composite-of-serial-rapist-suspected-of-sexually-assaulting-6-women>

**LITCHFIELD N.** « *Sema4 Launches Supplemental Newborn Screening Test for 190+ Childhood-Onset Diseases* » Business Wire Edition du 7 février 2018 <https://www.businesswire.com/news/home/20180207005333/en/Sema4-Launches-Supplemental-Newborn-Screening-Test-19>

**LOWES R.** « *23andMe Relaunches Lower-Risk DTC Genetic Tests* » Medscape du 30 octobre 2015 <https://www.medscape.com/viewarticle/853481>

**LYNCH J.** « *How Private DNA Data Led Idaho Cops on a Wild Goose Chase and Linked an Innocent Man to a 20-year-old Murder Case* » EFF du 1er mai 2015 <https://www.eff.org/deeplinks/2015/05/how-private-dna-data-led-idaho-cops-wild-goose-chase-and-linked-innocent-man-20>

**LYNVH J.** « *How Private DNA Data Led Idaho Cops on a Wild Goose Chase and Linked an Innocent Man to a 20-year-old Murder* » Case Electronic Frontier Foundation du 1er mai 2015 - <https://www.eff.org/deeplinks/2015/05/how-private-dna-data-led-idaho-cops-wild-goose-chase-and-linked-innocent-man-20>

**Mac ARTHUR D.** « *American Medical Association: You Can't Look At Your Genome Without Our Supervision* » Wired du 24 février 2011 <https://www.wired.com/2011/02/american-medical-association-you-cant-look-at-your-genome-without-our-supervision/>

**MACASKILL E.** « *Extreme surveillance' becomes UK law with barely a whimper* » The Guardian. du 19 novembre 2016 <https://www.theguardian.com/world/2016/nov/19/extreme-surveillance-becomes-uk-law-with-barely-a-whimper>

**MADRIGAL A.** « *Reading the Privacy Policies You Encounter in a Year Would Take 76 Work Days* » The Atlantic du 1er mars 2012 <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/03/reading-the-privacy-policies-you-encounter-in-a-year-would-take-76-work-days/253851/>

**McDOUGAL D.** « *How CNN Won Battle for a Phone Line : Television: A 'four-wire' system allowed the all-news network to achieve a coup in its war coverage from Baghdad* » Los Angeles Times du 25 janvier 1991 [http://articles.latimes.com/1991-01-25/entertainment/ca-710\\_1\\_all-news-network](http://articles.latimes.com/1991-01-25/entertainment/ca-710_1_all-news-network)

**MATTHEWS S.** « *NHS admits it accidentally disclosed data on 150,000 patients who had opted against sharing their personal information* » Daily Mail Online 2 juillet 2018 <https://www.dailymail.co.uk/health/article-5910005/NHS-admits-accidentally-disclosed-data-150-000-patients.html>

**MERCIER C.** « *En Inde, la biométrie au service de la lutte contre la corruption* » Libération du 10 août 2014 [http://www.liberation.fr/terre/2014/08/10/en-inde-la-biometrie-au-service-de-la-lutte-contre-la-corruption\\_1078627](http://www.liberation.fr/terre/2014/08/10/en-inde-la-biometrie-au-service-de-la-lutte-contre-la-corruption_1078627)

**MOLINIE M.** « *Affaire Kulik: Dix ans après, une nouvelle technique ADN permet d'identifier un meurtrier déjà mort* » 20 minutes du 16 janvier/2012 <https://www.20minutes.fr/societe/860466-20120116-affaire-kulik-dix-ans-apres-nouvelle-technique-adn-permet-identifier-meurtrier-deja-mort>

**MOLTENI M.** « *23andMe Wants You to Share Even More Health Data* » WIRED du 20 avril 2018 <https://www.wired.com/story/23andme-wants-you-to-share-even-more-health-data/>;

**MONGELLI L., SAUL E.** « *Judge OKs DNA evidence in Queens jogger murder trial* » New York Post du 20 septembre 2018. <https://nypost.com/2018/09/20/judge-oks-dna-evidence-in-queens-jogger-murder-trial/>

**MOORE M.** « *In France, prisons Filled With Muslims* » Washington Post Foreign Service 29 avril 2008 <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/04/28/AR2008042802560.html?hpid=topnews>

**MORAN A., RIVIECCIO C.** « *Ce que change la décision de la Cour de cassation sur la GPA* » .. Libération du 5 juillet 2017 [http://www.liberation.fr/france/2017/07/05/ce-que-change-la-decision-de-la-cour-de-cassation-sur-la-gpa\\_1581809](http://www.liberation.fr/france/2017/07/05/ce-que-change-la-decision-de-la-cour-de-cassation-sur-la-gpa_1581809)

**MOREAU A.** « *Le commerce du lait maternel en croissance* » Planète F Magazine du 4 juin 2015 <https://www.planetef.com/2015/06/le-commerce-du-lait-maternel-en-croissance/>

**MORRIS N.** « *A "chilling" proposal for a universal DNA database* » The independent du 5 septembre 2007 <http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/a-chilling-proposal-for-a-universal-dna-database-401503.html>

**MOYE D.** « *Florida Dwarf Tossing Ban Repeal Dropped By Bill Sponsor Ritch Workman* » Huffington Post du 12 avril 2012 [http://www.huffingtonpost.com/2012/04/12/florida-dwarf-tossing-ban-repeal-ritch-workman\\_n\\_1421037.html](http://www.huffingtonpost.com/2012/04/12/florida-dwarf-tossing-ban-repeal-ritch-workman_n_1421037.html)

**MUSTIAN J.** « *Louisiana State Police Crime lab considers Controversial Familial DNA Tool* » The Advocate du 18 avril 2017 <http://www.govtech.com/public-safety/Louisiana-State-Police-Crime-Lab-Considers-Controversial-Familial-DNA-Tool.html>

**MUSTIAN J.** « *State Police Crime Lab eyes familial DNA searching, a controversial crime-solving tool* » The Advocate du 18 avril 2017 [http://www.theadvocate.com/new\\_orleans/news/crime\\_police/article\\_0dd1fd72-1b0c-11e7-829a-1be06412d0c8.html](http://www.theadvocate.com/new_orleans/news/crime_police/article_0dd1fd72-1b0c-11e7-829a-1be06412d0c8.html)

**MUSTIAN J.** « *New Orleans filmmaker cleared in cold-case murder; false positive highlights limitations of familial DNA searching* » The New Orleans Advocate du 12 mars 2015 - [http://www.theadvocate.com/new\\_orleans/news/article\\_1b3a3f96-d574-59e0-9c6a-c3c7c0d2f166.html](http://www.theadvocate.com/new_orleans/news/article_1b3a3f96-d574-59e0-9c6a-c3c7c0d2f166.html)

**NAKASHIMA E.** « *From DNA of Family, a Tool to Make Arrests, Privacy Advocates Say the Emerging Practice Turns Relatives Into Genetic Informant* » Washington Post du 20 avril 2008 [http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/04/20/AR2008042002388\\_pf.html](http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/04/20/AR2008042002388_pf.html)

**O'REILLY A.** « *Familial DNA testing OK'd by state forensics sub-panel* » Quenns Chronicle du 27 mars 2017 [http://www.qchron.com/editions/familial-dna-testing-ok-d-by-state-forensics-sub-panel/article\\_3d20e3a2-1320-11e7-aea7-573476b3ae49.html](http://www.qchron.com/editions/familial-dna-testing-ok-d-by-state-forensics-sub-panel/article_3d20e3a2-1320-11e7-aea7-573476b3ae49.html)

**PETERS J. W.** « *New York State Will Allow Use of Partial DNA Matches* » The New York Times du 24 janvier 2010 <http://www.nytimes.com/2010/01/25/nyregion/25dna.html>

**PIQUET C.** « *Deux ados nées par GPA témoignent pour la première fois* » Le Figaro du 25 juin 2015 <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/06/25/01016-20150625ARTFIG00059-deux-ados-nees-par-gpa-temoignent-pour-la-premiere-fois.php>

**PLANQUES M.** « *Nice : les parents du petit Merah vont renoncer au prénom Mohamed* » Le Figaro du 1<sup>er</sup> décembre 2016 <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2016/12/01/01016-20161201ARTFIG00123-nice-les-parents-du-petit-merah-vont-renoncer-au-prenom-mohamed.php>

**POLITI C.** « *Affaire Elodie Kulik: retour sur onze ans d'enquête* » L'express du 18 janvier 2013 [http://www.lexpress.fr/actualite/societe/affaire-elodie-kulik-retour-sur-onze-ans-d-enquete\\_1211340.html](http://www.lexpress.fr/actualite/societe/affaire-elodie-kulik-retour-sur-onze-ans-d-enquete_1211340.html)

**POLITI C., DUCOS J. M.** « *Affaire Kulik : Willy Bardon, confondu par sa voix, renvoyé devant les assises* » Le Parisien du 7 avril 2017, <http://www.leparisien.fr/faits-divers/affaire-kulik-willy-bardon-confondu-par-sa-voix-renvoye-devant-les-assises-07-04-2017-6832305.php>

**POLLACK A.** « *DNA Evidence Can Be Fabricated, Scientists Show* » New York Times du 17 août 2009 <http://www.nytimes.com/2009/08/18/science/18dna.html>

**POLLACK A.** « *Breast Milk Becomes a Commodity, With Mothers Caught Up in Debate* » New York Times du 20 mars 2015 <https://www.nytimes.com/2015/03/21/business/breast-milk-products-commercialization.html>

**POLLACK FEB A.** « *Building a Face, and a Case, on DNA* » New York Times du 23 février 2015 <https://www.nytimes.com/2015/02/24/science/building-face-and-a-case-on-dna.html>

**PUPPINCK G.** « *GPA : l'engrenage de la CEDH* » Le Figaro du 13 février 2015, <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/02/13/31003-20150213ARTFIG00353-gpa-l-engrenage-de-la-cedh.php>

**QUMSIEH C.** « *Le Groupe Octapharma publie ses résultats 2015 : 1,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires et 351 millions d'euros de résultat d'exploitation* » BusinessWire du 9 mars 2016 <https://www.businesswire.com/news/home/20160309005806/fr/>.

**RAMSEY L.** « *A startup cofounded by a 31-year-old just got a step closer to transplanting pig organs into humans* » Business insider du 10 août 2017 <http://www.businessinsider.fr/us/crispr-startup-egenesis-engineers-pig-organs-for-human-transplant-2017-8>

**REJU E.** « *Le procès du sang contaminé* » La Croix du 10 mars 1999 [https://www.la-croix.com/Archives/1999-03-10/Le-proces-du-sang-contamine-\\_NP\\_-1999-03-10-470306](https://www.la-croix.com/Archives/1999-03-10/Le-proces-du-sang-contamine-_NP_-1999-03-10-470306)

**RIGOURD V.** « *Du lait maternel vendu sur internet : dangereux. Pour certains bébés, il est vital* » L' OBS Le Plus du 26 juin 2015 <http://leplus.nouvelobs.com/contribution/1387712-video-lait-maternel-vendu-sur-internet-c-est-criminel-pour-certains-bebes-il-est-vital.html>

**ROBBINS R.** « *The Golden State Killer case was cracked with a genealogy website. What does that mean for genetic privacy?* » STAT du 26 avril 2018 <https://www.statnews.com/2018/04/26/genealogy-golden-state-killer-privacy/>

**ROSENBERG E.** « *Conflicting Views on a Wider Police Use of DNA* » New York Times du 22 mai 2017 <https://www.nytimes.com/2017/02/10/nyregion/dna-familial-searching-police-New-York.html>

**ROSENBERG E.** « *Family DNA Searches Seen as Crime-Solving Tool, and Intrusion on Right* » The New York Times du 27 janvier 2017. <https://www.nytimes.com/2017/01/27/nyregion/familial-dna-searching-karina-vetrano.html>



**ROSENBERG M., CONFESSORE N., CADWALLADR C.** « *How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions* » New York Times 17 mars 2018 <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>

**ROUCAUTE D.** « *Quatre questions sur les statistiques ethniques* » Le monde du 22 juin 2015. Accessible sur [http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/05/06/quatre-questions-sur-les-statistiques-ethniques\\_4628874\\_4355770.html](http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/05/06/quatre-questions-sur-les-statistiques-ethniques_4628874_4355770.html)

**ROY S.** « *Enquête sur le business du sang aux États-Unis* » Le Figaro du 22 février 2017. <http://sante.lefigaro.fr/article/enquete-sur-le-business-du-sang-aux-etats-unis/>

**SAMPLE I.** « *First UK licence to create three-person baby granted by fertility regulator* » The Guardian du 16 mars 2017 <http://www.theguardian.com/science/2017/mar/16/first-licence-to-create-three-person-baby-granted-by-uk-fertility-regulator>

**SAMPLE I.** « *Genetics tests flawed and inaccurate, say Dutch scientists* » The Guardian du 30 mai 2011 <http://www.theguardian.com/science/2011/may/30/genetics-tests-flawed-dutch-scientists>

**SEELOW S.** « *Le portrait-robot génétique arrive en France* » Le Monde du 18 décembre 2014 [http://www.lemonde.fr/societe/visuel/2014/12/18/le-portrait-robot-genetique-arrive-en-france\\_4541590\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/visuel/2014/12/18/le-portrait-robot-genetique-arrive-en-france_4541590_3224.html)

**SNEED A.** « *Mail-order CRISPR kits Allow Absolutely Anyone to Hack DNA* » Scientific American Edition du 2 novembre 2017 <https://www.scientificamerican.com/article/mail-order-crispr-kits-allow-absolutely-anyone-to-hack-dna/>

**SPORTIS C., THOMAS C.** « *Taille de guêpe, du Darfour au podium* » Libération du 23 janvier 2007 [http://www.liberation.fr/tribune/2007/01/23/taille-de-guepe-du-darfour-au-podium\\_82685](http://www.liberation.fr/tribune/2007/01/23/taille-de-guepe-du-darfour-au-podium_82685)

**ST-CLAIR J.** « *Arkansas Bloodsuckers: the Clintons, Prisoners and the Blood Trade* » Counterpunch Magazine du 4 septembre 2015 <https://www.counterpunch.org/2015/09/04/arkansas-bloodsuckers-the-clintons-prisoners-and-the-blood-trade/>

**STALLINGS E.** « *Allowing 23andMe To Test For BRCA May Do More Harm Than Good* » Huffington Post du 30 mars 2018 [https://www.huffingtonpost.com/entry/opinion-stallings-23andme-brca\\_us\\_5ab90fe4e4b008c9e5f9b8cd](https://www.huffingtonpost.com/entry/opinion-stallings-23andme-brca_us_5ab90fe4e4b008c9e5f9b8cd)

**TRAVERE A.** « *Les États-Unis, un des deux seuls pays au monde à ne pas rémunérer le congé maternité* » Le Monde du 7 juillet 2017 [http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/07/11/les-etats-unis-un-des-deux-seuls-pays-au-monde-a-ne-pas-remunerer-le-conge-maternite\\_5159140\\_4355770.html](http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/07/11/les-etats-unis-un-des-deux-seuls-pays-au-monde-a-ne-pas-remunerer-le-conge-maternite_5159140_4355770.html)

**USHEROFF M.** « *Babies Milk Firm's Growth* » Los Angeles Business Journal Edition du 25 mai 2015 <https://www.prolacta.com/Data/Sites/14/media/PDF/la-business-journal-may-2015.pdf>

**VALLEY J.** « *Metro reviewing DNA cases after error led to wrongful conviction* » Las Vegas SUN du 7 juillet 2011 <https://lasvegassun.com/news/2011/jul/07/dna-lab-switch-led-wrongful-conviction-man-who-ser/>

**Van DERBEKEN J.** « *Technician, boss in SFPD lab scandal flunked DNA skills exam* » The Chronicle du 5 décembre 2014 <http://www.sfgate.com/bayarea/article/Technician-boss-in-S-F-police-lab-scandal-6169230.php>

**Van RENTERGHEM M.** « *La tentation du fichage génétique de masse* » Le Monde du 25 septembre 2006, mis à jour en ligne le 3 juillet 2007 [http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2006/09/25/la-tentation-du-fichage-genetique-de-masse\\_816576\\_3208.html](http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2006/09/25/la-tentation-du-fichage-genetique-de-masse_816576_3208.html)

**WAGSTAFF K.** « *You'd need 76 Work Days to Read All Your Privacy Policies Each Year* » Time du 6 mars 2012 <http://techland.time.com/2012/03/06/you-d-need-76-work-days-to-read-all-your-privacy-policies-each-year/>

**WATERFIELD P., REVELL T.** « *Huge new Facebook data leak exposed intimate details of 3M users* » New Scientist du 15 mai 2018 <https://www.newscientist.com/article/2168713-huge-new-facebook-data-leak-exposed-intimate-details-of-3m-users/>

**WATTS S.** « *One Woman's Baby, Another Woman's Breast Milk* » The Atlantic du 28 avril 2015 [https://www.theatlantic.com/health/archive/2015/04/one-womans-baby-another-womans-breast-milk/391098/?utm\\_source=SFFB](https://www.theatlantic.com/health/archive/2015/04/one-womans-baby-another-womans-breast-milk/391098/?utm_source=SFFB)

**WOJCICKI A.** « *Consumers don't need experts to interpret 23andMe genetic risk reports* » STATeNews du 9 avril 2018 <https://www.statnews.com/2018/04/09/consumers-23andme-genetic-risk-reports/>

**ZANOLI L.** « *Mothers are buying breast milk online — because they don't have better options But what are the risks?* » The Verge du 28 avril 2015 <https://www.theverge.com/2015/4/28/8504443/mothers-buying-breast-milk-online-donors-risk>

**Associated Press in Cleveland** « *Wrongly imprisoned brothers sue detectives and city of Cleveland* » The Guardian du 2 juillet 2015 <https://www.theguardian.com/us-news/2015/jul/02/wrongly-imprisoned-brothers-sue-detectives-cleveland>

**Huffington Post avec AFP** « *Un homme soupçonné de 34 viols et agressions dans la forêt de Sénart (Essonne) mis en examen* » 30 décembre 2015 <http://www.huffingtonpost.fr/2015/12/30/un-homme-soupconne-de-34-viols-et-agressions-dans-la-foret-de-se/>

**Huffington post avec AFP** « *La justice veut que le petit Mohamed Merah, né à Nice, change de nom* » 18 novembre 2016 [https://www.huffingtonpost.fr/2016/11/18/la-justice-veut-que-le-petit-mohamed-merah-ne-a-nice-change-de-nom\\_a\\_21609129/](https://www.huffingtonpost.fr/2016/11/18/la-justice-veut-que-le-petit-mohamed-merah-ne-a-nice-change-de-nom_a_21609129/)

**L'Express avec AFP** « *Une glace au lait maternel fait fureur à Londres* » L'express Styles du 28 février 2011 [https://www.lexpress.fr/styles/minute-saveurs/une-glace-au-lait-maternel-fait-fureur-a-londres\\_967021.html](https://www.lexpress.fr/styles/minute-saveurs/une-glace-au-lait-maternel-fait-fureur-a-londres_967021.html)

**L'Express avec AFP** « *Vente de lait maternel sur internet: illégal et risqué pour le bébé* » 7 août 2013 [https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/vente-de-lait-maternel-sur-internet-illegal-et-risque-pour-le-bebe\\_1271844.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/vente-de-lait-maternel-sur-internet-illegal-et-risque-pour-le-bebe_1271844.html)

**Le Monde avec AFP** « *La justice engage une procédure pour changer le prénom d'un petit Mohamed Merah né à Nice* » 18 novembre 2016 <https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/11/18/la->

justice-engage-une-procedure-pour-changer-le-prenom-d-un-petit-mohamed-merah-ne-a-nice\_5033796\_1653578.html

**20 Minutes avec AFP** « *Pays-Bas: Les citoyens vont être automatiquement donneurs d'organes, sauf refus explicite* » 14 février 2018 <https://www.20minutes.fr/monde/2220495-20180214-pays-bas-citoyens-vont-etre-automatiquement-donneurs-organes-sauf-refus-explicite>

« *La propriété des données personnelles : ce cadeau empoisonné de la loi Lemaire* » (2016) Les Échos édition du 29 janvier. [http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2016/01/29/cercle\\_148348.htm](http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2016/01/29/cercle_148348.htm)

## V Documentation électronique

**AILINCAI M.** « *Propos introductifs Dossier thématique : Corps, genre et droit* » (2015) II Le corps et la Cour Européenne des droits de l'Homme » 8 <https://revdh.revues.org/1535>

**ALZFORUM** « *Genentech Strikes Deal with 23andMe to Study Parkinson's Genomes* » (2015) <https://www.alzforum.org/news/research-news/genentech-strikes-deal-23andme-study-parkinsons-genomes>.

**ARISTOTE** « *Traité des parties des animaux traite de la marche des animaux* » en 2 volumes. Parties des animaux <http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Aristote/tableparties.htm>

**AUBRIS R.** « *États généraux de la bioéthique : le CCNE ouvre le débat tous azimuts* » (2017) <http://www.genethique.org/fr/etats-generaux-de-la-bioethique-le-ccne-ouvre-le-debat-tous-azimuts-68821.html#.Wj1Tb4bjJ2Y>;

**BALDWIN M. F.** « *The Case of the Traveling DNA* » (2014) <http://www.sanjosecriminallawoffice.com/the-case-of-the-traveling-dna/>;

**BARRIEL V.** « *Planet-Vie* » ENS Eduscol (2007) <http://planet-vie.ens.fr/content/hominoides-hominides-hominines>.

**BENSOUSSAN-BRULE V.** « *ADN : vers un encadrement du portrait-robot génétique ?* » (2017) Lexing Alain Bensoussan Avocats <https://www.alain-bensoussan.com/avocats/adn-portrait-robot-genetique/2017/02/17/>

**BERG P.** « *Asilomar and Recombinant DNA* » (2004) Nobelprize.org [https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/chemistry/laureates/1980/berg-article.html](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/1980/berg-article.html)

**BERLEUR J.** « *Vingt ans de lois relatives à l'informatique. Quels acquis ? Quels défis ? En tout cas, encore un long chemin* ». Journal de réflexion sur l'informatique. Informatique et liberté du 27 novembre 1982 [https://www.anthologieprivacy.be/sites/anthology/files/Vingt\\_ans\\_de\\_lois\\_relatives\\_%C3%A0\\_1%27informatique.\\_Quels\\_acquis%3F\\_Quels\\_d%C3%A9fis%3F\\_En\\_tout\\_cas%2C\\_encore\\_un\\_long\\_chemin\\_....pdf](https://www.anthologieprivacy.be/sites/anthology/files/Vingt_ans_de_lois_relatives_%C3%A0_1%27informatique._Quels_acquis%3F_Quels_d%C3%A9fis%3F_En_tout_cas%2C_encore_un_long_chemin_....pdf)

**BISSON D.** « *The 10 Biggest Data Breaches of 2018... So Far Juillet 2018* » <https://blog.barkly.com/biggest-data-breaches-2018-so-far>

- BRAUDO S.** « *Dictionnaire du droit privé en ligne* » <https://www.dictionnaire-juridique.com/>
- BROCHIER-ARMANET C., GRIBALDO S.** « *LUCA, dernier ancêtre commun universel* » (2015) Museum Moodle. Enseigner Classification Evolution (ECEV) <http://edu.mnhn.fr/mod/page/view.php?id=33>
- BROWN K. V.** « *What DNA Testing Companies' Terrifying Privacy Policies Actually Mean* » (2017) Gizmodo Edition du 19 octobre <https://www.gizmodo.com.au/2017/10/what-dna-testing-companies-terrifying-privacy-policies-actually-mean/>
- BUTTERLIN P.** « Les premières villes du monde » Aux origines de la civilisation. Sciences humaines. Disponible sur [http://www.scienceshumaines.com/les-premieres-villes-du-monde\\_fr\\_4247.html](http://www.scienceshumaines.com/les-premieres-villes-du-monde_fr_4247.html)
- BUTLER J. M., HILL C. R.** « *Scientific Issues with Analysis of Low Amounts of DNA* » (2010) Promega Resources. Profiles in DNA. <https://france.promega.com/en/resources/profiles-in-dna/2010/scientific-issues-with-analysis-of-low-amounts-of-dna/>
- CABAL C.** « *La valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire* » (2001) <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rap-off/i3121.asp>
- CADDY B., TAYLOR D. R., LINCARE A. M.** « *A review of the science of low template DNA analysis* » 11 Avril 2008 <https://www.gov.uk/government/publications/review-of-the-science-of-low-template-dna-analysis>
- CALIMAQ** « *Le RGPD interdit-il aux individus de « vendre » leurs données personnelles ?* » (2018) S.I. Lex Edition du 12 mai. <https://scinfolex.com/2018/05/12/le-rgpd-interdit-il-aux-individus-de-vendre-leurs-donnees-personnelles/>
- COHEN H.** « *Freedom of Speech and Press. Exceptions to the first amendment* » (2004) 36 p. CRS Report 95-815 for Congress [https://www.everycrsreport.com/files/20040107\\_95-815\\_e83b4f8090e2de61871fd7c469d7fb50cb006db1.pdf](https://www.everycrsreport.com/files/20040107_95-815_e83b4f8090e2de61871fd7c469d7fb50cb006db1.pdf)
- CONSTINE J.** « *Facebook beats in Q2 with \$9.32B revenue despite slower user growth* » 2017 <https://techcrunch.com/2017/07/26/facebook-earnings-q2-2017/>
- CREQUY P.** « *Bientôt tous rentiers grâce à nos données personnelles ?* » (2018) Mes Datas et Moi : l'Observatoire du 11 mai. <https://www.mesdatasetmoi-observatoire.fr/article/bientot-tous-rentiers-grace-a-nos-donnees-personnelles>
- CUEVAS S.** « *How a determined L.A. Reporter Helped Expose the Alleged Grim Sleeper Killer*” The California Report 16 mars 2016 <https://ww2.kqed.org/news/2016/03/26/how-a-determined-l-a-reporter-helped-expose-the-alleged-grim-sleeper-killer/>
- DAUDET H.** « *A propos de l'obligation faite aux Etats de se conformer aux décisions et arrêts de la Cour européenne* » (2007) Blogs pédagogiques de l'université Paris ouest. <http://blogs.u-paris10.fr/content/propos-de-lobligation-faite-aux-etats-de-se-conformer-aux-d%C3%A9cisions-et-ar%C3%AAts-de-la-cour-eur>

**DELAVALT C.** « *Dons de sang : doit-on rémunérer les donneurs ?* » O.N.U. Infos 12 juin 2103 <https://www.pourquoidoctor.fr/Articles/Question-d-actu/16183-Dons-de-sang-doit-on-remunerer-les-donneurs>

**DEMEURE Y.** « *Inde : un programme d'identification unique pour 1,2 milliard de personnes* » CitizenPost 14 septembre 2014 <http://citizenpost.fr/2014/09/inde-programme-d-identification-unique-12-milliard-personnes/>

**DUCROCQ X.** « *Procédure sur cœur arrêté (protocole de Maastricht) : comment ne pas hâter la mort ?* » Gèneétique édition du 1er octobre 2015. <http://www.genethique.org/fr/de-la-mort-au-don-dorganes-64015.html>;

**DUPONT G.** « *Bioéthique : des Etats généraux pour ouvrir le débat le plus largement possible* » Le Monde Edition du 6 janvier 2018 [http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/06/bioethique-des-etats-generaux-pour-ouvrir-le-debat-le-plus-largement-possible\\_5238174\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/06/bioethique-des-etats-generaux-pour-ouvrir-le-debat-le-plus-largement-possible_5238174_3224.html)

**ELVIGE S.** « *Forensic Cases: Colin Pitchfork, First Exoneration Through DNA* » (2016) Explore Forensic <http://www.exploreforensics.co.uk/forensic-cases-colin-pitchfork-first-exoneration-through-dna.html>

**FLAVEL L.** « *CRISPR/Cas9 and Cancer* » (2018) Immuno-Oncology/ News. <https://immunooncologynews.com/crisprcas9-and-cancer/>

**FRANCOIS C.** « *La réforme du droit des contrats, présentée par l'IEJ de Paris 1 - Présentation des articles 1162 à 1171 de la nouvelle sous-section 3 « Le contenu du contrat » du Code civil* » <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect3-contenu-contrat/>

**GALLAGHER J.** « *Designer babies: debate should start, scientists say* » BBC News du 2 février 2016 <http://www.bbc.com/news/health-30742774>

**GLAUN D.** « *Lisa Ziegert unsolved homicide: DA releases DNA generated image of suspect* » Massivelive.com 28 September 2016

**GOURVITCH C.** « *Intimité et photographie* » 20 mars 2015 Collection argentique <http://www.collectionargentique.com/intimite-de-limage-et-photographie/>

**GRAUER A.** « *L'art d'enseignement des Indiens Iroquois : aux sources de la première constitution* » (2003) Indigène Editions ; [http://www.fileane.com/docpartie1/grande\\_loi\\_qui\\_lie.htm](http://www.fileane.com/docpartie1/grande_loi_qui_lie.htm)

**GREEN A.M.** « *The DNA of a killer* » 48 hours CBS News - <http://www.cbsnews.com/news/the-dna-of-a-killer-who-murdered-idaho-teen-angie-dodge/>

**GUDELOGLU A., PAREKATTIL S. J.** « *Update in the evaluation of the azoospermic male* » (2013) Clinics DOI: 10.6061/clinics/2013(Sup01)04

**GURMAN S.** « *Problem with DNA robot led to Denver police DNA mix-up* » (2014) The Denver Post

**HALPERIN J.-L.** « *Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944* », Droit et cultures, 65 2013-1, mis en ligne le 01 octobre 2013, URL : <http://droitcultures.revues.org/3073>

**HAMMOND J. R.** « *American Academy of Pediatrics Refuses to Back Vaccine Claims with Science* » <https://www.jeremyrhammond.com/2017/03/28/american-academy-of-pediatrics-refuses-to-back-vaccine-claims-with-science/>

**HANSMAN H.** « *The Future of Animal-to-Human Organ Transplants - Could a genetically engineered pig heart one day function in a person?* » <https://www.smithsonianmag.com/innovation/future-animal-to-human-organ-transplants-180956402/>

**HARIDY R.** « *New Sema4 DNA test screens your child for 193 genetic diseases* » (2018) New Atlas Edition du 8 février <https://newatlas.com/sema4-baby-dna-testing/53314/>

**HERVE J.-C.** « *Apport de la génétique moléculaire à la connaissance de l'évolution humaine. Approche historique* » 2012- MAJ N. Salamé 2015 <http://acces.ens-lyon.fr/evolution/evolution/accompagnement-pedagogique/accompagnement-au-lycee/terminale-2012/un-regard-sur-levolution-de-lhomme/Vue-densemble/genetique-et-evolution-humaine>

**INTEGEN X.** « *The Case for Rapid DNA* » <https://integenx.com/wp-content/uploads/2012/05/The-Case-for-Rapid-DNA.pdf>

**JAUZEIN F.** « *Rôles connus des mitochondries dans la reproduction* » <http://acces.ens-lyon.fr/biotic/procreat/amp/html/Mitochondries.htm>

**JOUBERT C.** « *L'intime du politique : poème, histoire, peuple* » Recueil : « L'Intime et le politique dans la littérature et les arts contemporains ». Université Paris 8 Polart- Poétique et politique de l'art, 2011 <http://www.univ-paris8.fr/dela/etranger/pages/8/joubert.html>

**KAYE D., MERCER S., JENKINS B.** « *Family Feud : The familial DNA search controversy continues* » (2011) <https://www.forensicmag.com/article/2011/09/family-feud-familial-dna-search-controversy-continues;> " Advantage Business Media

**KIRKPATRICK J.** « *Establishing a Viable Human Rights Policy* » (1981) *The world Traveller* [http://www.thirdworldtraveler.com/Human%20Rights%20Documents/Kirkpatrick\\_HRPolicy.html](http://www.thirdworldtraveler.com/Human%20Rights%20Documents/Kirkpatrick_HRPolicy.html)

**KLUM S. et al.** « *Sketch Based Face Recognition: Forensic vs. Composite Sketches* » <http://openbiometrics.org/publications/klum2013sketch.pdf>

**KOLKER K.** « *Boston hearing could crack GR identical twin rape case* » WOODTV.COM 13 février 2017 <http://woodtv.com/2017/02/13/boston-hearing-could-crack-gr-identical-twin-rape-case/>

**KRETCHMER H.** « *Ancestry.com denies exploiting users' DNA* » (2017) - BBC News édition du 25 mai <http://www.bbc.com/news/business-40045942>

**LANDRY J. et al.** « *The genomic and transcriptomic landscape of a HeLa cell line* » *G3 (Bethesda)*. 2013, **3**:1213-24. doi: 10.1534/g3.113.005777

**LE DAIN A.-Y. , GOSSELIN M. P.** Rapport d'information 4544 déposé le 22 février 2017 devant l'Assemblée Nationale française en application de l'article 145 de son règlement <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/reglement.asp>

**LEGER J.-M.** « *L'essentiel du droit à l'image* » (2012) Flp Avocats Paris ; <http://www.flpavocats.com/wp-content/uploads/2012/05/Lessentiel-du-droit-%C3%A0-limage.pdf>

**LEMENNICIER B.** « *Bioéthique et propriété de soi* » (1991) [http://lemennicier.bwm-mediasoft.com/article\\_118\\_bioethique-et-propriete-d-esoi.html](http://lemennicier.bwm-mediasoft.com/article_118_bioethique-et-propriete-d-esoi.html)

**LEVALLOIS-BARTH C.** (Coordinatrice) « *Identités numériques* » Cahier n0 1 (2016) Institut Mines-Télécom [https://blogrecherche.wp.mines-telecom.fr/files/2016/03/Cahier-Identites-numeriques\\_web.pdf](https://blogrecherche.wp.mines-telecom.fr/files/2016/03/Cahier-Identites-numeriques_web.pdf)

**LUCIA C. A.** « *20 Breastfeeding Benefits for Mom and Baby* » 2018 Meredith Women's Network. <https://www.fitpregnancy.com/baby/breastfeeding/20-breastfeeding-benefits-mom-baby>

**LUNARDI J.** « *Les acides nucléiques et génomes* » Cours de biologie moléculaire (2011/2012) Université J. Fourier de Grenoble [http://unf3s.cerimes.fr/media/paces/Grenoble\\_1112/lunardi\\_joel/lunardi\\_joel\\_p02/lunardi\\_joel\\_p02.pdf](http://unf3s.cerimes.fr/media/paces/Grenoble_1112/lunardi_joel/lunardi_joel_p02/lunardi_joel_p02.pdf)

**LYNCH J.** « *Rapid DNA: Coming Soon to a Police Department or Immigration Office Near You* » (2017) Electronic Frontier Foundation <https://www.eff.org/deeplinks/2012/12/rapid-dna-analysis>;

**MARGUERON J. C.** « *L'histoire des Sumériens, 1ère civilisation au monde, dans le croissant fertile ou Mésopotamie* ». <https://www.youtube.com/watch?v=MqGSf6K4D0o>

**McCANN B.** « *DNA Resources* » [http://www.denverda.org/DNA/DNA\\_INDEX.htm](http://www.denverda.org/DNA/DNA_INDEX.htm)

**MEMBE S.K.** « *Octaplas compared with fresh frozen plasma to reduce the risk of transmitting lipid-enveloped viruses: an economic analysis and budget impact analysis* » 2011 Canadian Agency for Drugs and Technologies in Health

**MOLES R. N.** « *Murder DNA match 'one in billion'* » Networked Knowledge – Media Reports BBC du 29 October 2007 <http://netk.net.au/UK/UK132.asp>

**MOLINIE W.** « *Portrait-robot à partir d'ADN : une technique déjà utilisée dans 19 affaires criminelles* » (2016) INFO METRONEWS <http://www.lci.fr/faits-divers/portrait-robot-a-partir-dadn-une-technique-deja-utilisee-dans-19-affaires-criminelles-1508584.html>

**NEYROUD P.** « *The National Policing Improvement Agency: central to change* » <https://www.crimeandjustice.org.uk/sites/crimeandjustice.org.uk/files/09627250608553106.pdf>

**NICHOLS J.** « *Congress Introduces New Child Legislation* » 2016, 10 février <https://usa.childcareaware.org/2016/02/congress-to-introduce-new-child-care-legislation>

**NOVAIS T., CHAMOUARD, V.** « *Le plasma solvant/détergent: un nouveau médicament* » (2016) <http://www.acophra.fr/wp-content/uploads/2016/11/Le-plasma-solvant-detergent-Nouveau-m%C3%A9dicament-Dr-Teddy-Novais-Dr-Chamouard.pdf>

**PAGANINI P.** « *Health South East RHF data breach exposed health records for half of Norway's Population* » 8 janvier 2018 <https://securityaffairs.co/wordpress/67922/data-breach/health-south-east-rhf-databreach.html>

**PIAZZA P.** « *Bertillonnage : savoirs, technologies, pratiques et diffusion internationale de l'identification judiciaire* » (2011) Criminocorpus <http://criminocorpus.revues.org/347>

**PICAUD J.-C. JARREAU P.-H.** « *Facebook peut-il nuire gravement à la santé des nouveau-nés ?* » (2011) [http://association-des-lactariums-de-france.fr/wp-content/uploads/2016/07/communiqu\\_e\\_adlf\\_sfn\\_lait\\_maternel\\_facebook.pdf](http://association-des-lactariums-de-france.fr/wp-content/uploads/2016/07/communiqu_e_adlf_sfn_lait_maternel_facebook.pdf)

**RAMSEY P.** « *The Breast Milk Market and the Need for Clearer Rules* » <http://www.oneillinstituteblog.org/breast-milk-market-need-clearer-rules/>.

**REALITY CHECK TEAM BBC** « *Does organ donation without consent save lives?* » <http://www.bbc.com/news/health-41199918>

**REGALADO A.** « *Designer Babies Yes, Superbabies No* » (2017) Genetic Engineering & Biotechnology News Highlights Edition du 17 février, [https://www.genengnews.com/gen-news-highlights/designer-babies-yes-superbabies-no/81253889/?utm\\_medium=newsletter&utm\\_source=gen+news+highlights+of+the+week&utm\\_content=03&utm\\_campaign=gen+news+highlights+of+the+week\\_20170218&ajs\\_trait\\_oebid=9675b9130356b7s](https://www.genengnews.com/gen-news-highlights/designer-babies-yes-superbabies-no/81253889/?utm_medium=newsletter&utm_source=gen+news+highlights+of+the+week&utm_content=03&utm_campaign=gen+news+highlights+of+the+week_20170218&ajs_trait_oebid=9675b9130356b7s)

**REGALADO A.** « *Engineering the Perfect Baby* » (2015) Entretien avec G. CHURCH MIT Technological Review Edition du 5 mars, <https://www.technologyreview.com/s/535661/engineering-the-perfect-baby/>

**REGALADO A.** « *Surgeons Smash Records with Pig-to-Primate Organ Transplants* » <https://www.technologyreview.com/s/540076/surgeons-smash-records-with-pig-to-primate-organ-transplants/>

**ROOTS R.** « *How Often Does The Criminal Justice System Get it Wrong ?* » The latest statistics from the Innocence Project - <http://caught.net/innoc.htm>

**RUANNE K. A.** « *Freedom of Speech and Press. Exceptions to the first amendment* » (2014) 38 p. CRS Report 95-815 for Congress <https://fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf>

**SCHUTZ S.** « *Le séquençage de nouvelle génération* » Bioinformatique Génétique Médecine <http://dridk.me/ngs.html>

**SHERIDAN K.** « The new Apple Watch, with FDA' blessing, comes with EKG app » STAT 12 septembre 2018 [https://www.statnews.com/2018/09/12/apple-watch-fda-clearance/?utm\\_source=STAT+Newsletters&utm\\_campaign=9251c18174-Daily\\_Recap&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_8cab1d7961-9251c18174-150682309](https://www.statnews.com/2018/09/12/apple-watch-fda-clearance/?utm_source=STAT+Newsletters&utm_campaign=9251c18174-Daily_Recap&utm_medium=email&utm_term=0_8cab1d7961-9251c18174-150682309)

**SIMPSON T.** « *Breast Milk For Sale : 5 reasons This is Bad* » <http://www.yourdoctorsorders.com/2015/04/breast-milk-for-sale-five-reasons-why-this-is-a-bad-idea/>

**SPELLMAN J.** « *Using relative's DNA cracks crime, but privacy questions raised* » (2009) CNN.COM (Nov. 18, 2009), <http://www.cnn.com/2009/CRIME/11/17/colorado.family.dna>

**SWENSON K.** « *What the Boy Saw* » (8 jui 2011) <http://www.clevescene.com/cleveland/what-the-boy-saw/Content?mode=print&oid=2598138>

**TECHWORD STAFF** « The most infamous data breaches » 7 septembre 2018 <https://www.techworld.com/security/uks-most-infamous-data-breaches-3604586/>



**THERY I.** « *Régulation internationale de la GPA ou « abolition universelle » :deux voies, deux lignes, deux camps* » L'humanité du 10 juin 2015 <https://www.humanite.fr/regulation-internationale-de-la-gpa-ou-abolition-universelle-deux-voies-deux-lignes-deux-camps>

**TRISHA** « *Chromosomes of Eukaryotic Cells: History, Structure, Types and Function* » (2016) Biology Discussion <http://www.biologydiscussion.com/eukaryotic-cell/chromosomes-of-eukaryotic-cells-history-structure-types-and-function/5944>

**US MARSHALS SERVICE** « *Fingerprint Information* » (2003) <https://www.usmarshals.gov/usmsforkids/activities/fingerprint.pdf>

**VALE P.** « Les puces à ADN : un grand saut pour la recherche » (2004) Banques des savoirs <http://www.savoirs.essonne.fr/thematiques/la-vie/biologie-genetique/les-puces-a-adn-un-grand-saut-pour-la-recherche/>

**VALLIERES A.** (2017) « *Le lait maternel devenu un produit de luxe* » Agence Science Presse du Blog DIRE <http://www.sciencepresse.qc.ca/blogue/dire/2017/10/19/lait-maternel-devenu-produit-luxe>

**VAN LIER H.** « *Anthropogénie. Un darwinisme des sciences humaines. Homo est le primate anguleux (1998-2002)* » <http://www.anthropogenie.be> et « *Anthropogénie, Constitution continue d'Homo comme état-moment d'Univers* » Tour de l'Homme en quatre-vingt thèses. [http://www.anthropogenie.com/anthropogenie\\_succinte/theses.htm](http://www.anthropogenie.com/anthropogenie_succinte/theses.htm)

**VERAN O.** « *La filière du sang en France* » 2013 [http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport\\_Veran\\_filiere-sang.pdf](http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Veran_filiere-sang.pdf)

**WANNER M.** « *Genomes versus exomes versus genotypes* » (2018) The Jackson Laboratory <https://www.jax.org/news-and-insights/jax-blog/2016/september/genomes-versus-exomes-versus-genotypes>

**WEST E.** « *Court Findings of Prosecutorial Misconduct Claims in Post-Conviction Appeals and Civil Suits Among the First 255DNA Exoneration Cases* » 2010 [http://caught.net/Innocence\\_Project\\_Proc\\_Misconduct.pdf](http://caught.net/Innocence_Project_Proc_Misconduct.pdf)

**WINICKOFF D. E.** « *Genome and Nation, Iceland's Health Sector Database and its Legacy* » <https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/itgg.2006.1.2.80>

**WOOD L.** « *Global Plasma Therapeutics Market 2015-2019 with Baxter, CSL Behring, Grifols Therapeutics & Octapharma Dominating* » Cision PR Newswire 9 septembre 2015

**WOODS J. L.** « *Warning Letter* » (2013) Public Health Service. Food and Drug Administration <https://www.fda.gov/ICECI/EnforcementActions/WarningLetters/2013/ucm376296.htm>

**WORTHMAN E.** « *Semiconductor Engineering : Using DNA Differently -Semiconductor Engineering* » (2015) Semiconductor Engineering <https://semiengineering.com/using-dna-differently/>

American Academy of Pediatrics « *Vaccine Safety : Examine the evidence* » (2013) [https://www.aap.org/en-us/Documents/immunization\\_vaccine\\_studies.pdf](https://www.aap.org/en-us/Documents/immunization_vaccine_studies.pdf)

Association des lactarium de France « *Alerte concernant le retrait de laits infantiles* » (2017) <http://association-des-lactariums-de-france.fr/alerte-concernant-le-retrait-de-laits-infantiles-2-decembre-2017/>

Association des lactarium de France « *Risques liés à l'échange de lait maternel* » (2016) communiqué du 18 juillet <http://association-des-lactariums-de-france.fr/risques-lies-a-lechange-de-lait-maternel/>

« *Big Bang cosmology* » [https://map.gsfc.nasa.gov/universe/bb\\_theory.html](https://map.gsfc.nasa.gov/universe/bb_theory.html)

Castree UK reports: « *Lesley Molseed - Moors girl died in knife attack* » (24 October 2007) <http://netk.net.au/UK/UK28.asp>; Kiszko UK reports: Murder DNA match 'one in billion' - (29 October 2007) <http://netk.net.au/UK/UK133.asp>

« *Catalogue des SNP identifiés par GWAS au niveau européen* » mis à jour régulièrement et consultable sur <http://www.ebi.ac.uk/gwas/>

« *China has treated 86 people with CRISPR genome editing* » BioNews 935 (2018) Edition du 29 janvier- [https://www.bionews.org.uk/page\\_96339](https://www.bionews.org.uk/page_96339)

« *Combined DNA Index System (CODIS)* » <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>

« *DNA & DNA Forensic Laboratories (US)* » - Industry Report | IBISWorld <https://www.ibisworld.com/industry-trends/specialized-market-research-reports/life-sciences/laboratory-services/dna-forensic-laboratories.html>

« *DNA microarray steps (procedure) and applications* » <https://www.biologyexams4u.com/2014/05/dna-microarray-steps-procedure.html#.WuHLUMg68fw>

« *DNA technique 'fit for purpose* » BBC news 11 Avril 2008 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk/7341251.stm>

Economic History Association « *The Glorious Revolution of 1688* » <https://eh.net/encyclopedia/the-glorious-revolution-of-1688/>

« *Edvige : les référés n'ont pas été inutiles* » <http://science21.blogs.courrierinternational.com/archive/2008/10/23/edvige-les-referes-n-ont-pas-ete-inutiles.html>

« *Eurofins' Scientists Discover Genetic Differences Between "Identical" Twins* » <https://www.eurofinsgenomics.eu/en/eurofins-genomics/corporate-information/press-releases/press-archive/twintest-ngs.aspx>

« *FDA News Release. FDA authorizes, with special controls, direct-to-consumer test that reports three mutations in the BRCA breast cancer genes* (2018) » Test only reports 3 out of more than 1,000 known BRCA mutations and negative result doesn't rule out increased cancer risk <https://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm599560.htm>

« *Fiche thématique protection des données personnelles* » Juin 2016. Cour Européenne des Droits de l'Homme. [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_FRA.pdf)

« *Genetic Testing - Benefits, costs, risks, and limitations of genetic testing* » National Institutes of Health <http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing?show=all> I.FORMANEK “Operation

Identity Theft Resource Center <https://www.idtheftcenter.org/2017-data-breaches/>

« *Genomes and Genetics* ». Lecture 3 Spring 2015 [http://www.virology.ws/w3310/003\\_W3310\\_15.pdf](http://www.virology.ws/w3310/003_W3310_15.pdf)

« *Forensic Cases: The M25 Rapist, Antoni Imiela* » (2006) <http://www.exploreforensics.co.uk/forensic-cases-m25-rapist-antoni-imiela.html>

« *GPA et PMA: les techniques de procréation assistée* » <https://babygest.com/techniques-de-procreation-medicalement-assistee/> ainsi que les résultats du sondage IFOP réalisé pour le site My-pharma.info, le 22 septembre 2017

« *How many parts is each car made of ?* » Toyota Children’s Question Room <http://www.toyota.co.jp/en/kids/faq/d/01/04>

« *How Sharing Works* » (2018) 23andMe <https://customercare.23andme.com/hc/en-us/articles/211831798-How-Sharing-Works>

« *Human Rights Education for Legal Professionals* » (2007) Conseil de l’Europe <https://rm.coe.int/16805ab706>

« *La drépanocytose* » sur le site Orphanet ; <https://www.orpha.net/data/patho/Pub/fr/Drepanocytose-FRfrPub125v01.pdf>

« *La maladie de Huntington* » sur le site Orphanet . <https://www.orpha.net/data/patho/Pub/fr/Huntington-FRfrPub118v01.pdf>

« *Le don de sang* » Eurobaromètre Spécial Commission Européenne 2003 [http://ec.europa.eu/health/ph\\_treats/human\\_substance/documents/ebs\\_183.4\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/health/ph_treats/human_substance/documents/ebs_183.4_fr.pdf)

« *Le Libertarisme comme Lemennicier* » (2014) L’université Liberté <http://universite-liberte.blogspot.fr/2014/10/le-libertarianisme-comme-lemennicier.html>

« *Liberal Critique and Conservatrice Critique of Libertarianism* » The Encyclopedia of Libertarianism <https://www.libertarianism.org/encyclopedia/liberal-critique-libertarianism>

« New York Times Editorial Explains Why Prosecutors Require Oversight Commission » 15 août 2018 <https://www.innocenceproject.org/editorial-explains-why-prosecutors-require-oversight-commission/>

Nuffield Council on Bioethics « *The forensic use of bioinformation: ethical issues. L’usage des informations biologiques en criminalistique : questions d’éthique* » (2007) 168 pages. <https://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/The-forensic-use-of-bioinformation-ethical-issues.pdf>

« *Programme Aadhaar, un recensement multibiométrique* » 6 juin 2016 Biotime Technology Biometrics <https://www.biotime-technology.com/programme-aadhaar-recensement-multibiometrique>

« Quantified Self - Self Knowledge Through Numbers » <http://quantifiedself.com/>

« Qu’est-ce que le droit souple ? » Dalloz-actu-etudiant.fr, 31 octobre 2012

The California Report « *Los Angeles Man Guilty in 10 'Grim Sleeper' Serial Killings* » The Associated Press May 5, 2016 <https://ww2.kqed.org/news/2016/05/05/los-angeles-man-guilty-in-10-grim-sleeper-serial-killings/>

Unité de la presse. « *Cour européenne des droits de l'Homme. Droit à la protection de l'image* ». Juin 2017 Fiche thématique. [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Own\\_image\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_FRA.pdf)

United Therapeutics « *3X4 Pipeline Plan Longer Term Launches 2016-2019* » <https://www.unither.com/pipeline.html>

« *Rampant Prosecutorial Misconduct* » Editorial Board du New York Times, 4 janvier 2014 <https://www.nytimes.com/2014/01/05/opinion/sunday/rampant-prosecutorial-misconduct.html?action=click&module=RelatedLinks&pgtype=Article>

« *Viols en forêt de Sénart : comment les enquêteurs ont remonté la piste du suspect* » Europe 1 - 31 décembre 2015, <http://www.europe1.fr/faits-divers/viols-en-foret-de-senart-comment-les-enqueteurs-ont-remonte-la-piste-du-suspect-2643199>

23andMe le 14 septembre 2012 <https://mediacenter.23andme.com/press-releases/23andme-opens-its-api-to-developers/>

23andMe will no longer let app developers read your DNA data <https://www.cnbc.com/2018/08/23/23andme-is-telling-developers-that-it-plans-to-shut-off-its-api-in-two-weeks.html>

## **VI Textes Juridiques**

Affordable Health Care for America Act of the USA

American Convention on Human Rights du 22 novembre 1969

Arrêté du 10 février 1995 relatif aux conditions techniques de fonctionnement des lactariums  
*Version consolidée au 14 mars 2018*

Arrêté du 24 juillet 2015 portant création d'un traitement de données à caractère personnel par la direction interministérielle des systèmes d'information et de communication d'un téléservice dénommé « FranceConnect »

Articles R. 53-9 à 53-19-2 CPP. du fichier national automatisé des empreintes génétiques et du service central de préservation des prélèvements biologiques

Circulaire DGS/SP 2 n° 96-698 du 13 novembre 1996 relative au don de lait personnalisé d'une mère à son enfant hospitalisé - APHP DAJ

Circulaire interministérielle n° 83-4 du 29 janvier 1983. Mise en place d'actions de soutien et de soins spécialisés en vue de l'intégration dans les établissements scolaires ordinaires des enfants et adolescents handicapés ou en difficulté en raison d'une maladie, de troubles de la personnalité ou de troubles graves du comportement (BO S S 83/15)

Circulaire CIV/02/13, C4. NOR JUSC 1301528SC, Délivrance des certificats de nationalité française- convention de mère porteuse- Etat civil étranger

Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, entrée en vigueur le 1er janvier 1900 (*traduit et annoté en 1904 par C. BUFNOIR, et al.*)

Code civil français

Code de la santé publique français

Code procédure pénale français

Conférence de La Haye de droit international privé fondée le 12 septembre 1893

Constitution américaine du 17 septembre 1787

Constitution Française du 3 septembre 1791

Constitution Française du 24 juin 1793

Constitution française du 4 octobre 1958

Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juin 1956

Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine Oviedo, 4.IV.1997

Décision du 20 octobre 2010 fixant la liste et les caractéristiques des produits sanguins labiles. JORF n°0276 du 28 novembre 2010

Décision du 3 décembre 2007 définissant les règles de bonnes pratiques prévues à l'alinéa 3 de l'article L. 2323-1 du Code de la santé publique

Déclaration des droits de l'Etat de Virginie (Virginia Declaration of Rights) adoptée par la Convention Constitutionnelle de Virginie le 12 juin 1776

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789

Déclaration et Programme d'action de Vienne du 25 juin 1993

Déclaration internationale sur les données génétiques humaines adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO (2003)

Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948

Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme : UNESCO (1997)

Décret du 27 avril 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises

Décret n° 2000-413 du 18 mai 2000 modifiant le Code de procédure pénale et relatif au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques

Décret n° 2008-426 du 30 avril 2008 modifiant le décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques

Décret n° 2015-1580 du 2 décembre 2015 modifiant le décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur

Décret n° 2016-1460 du 28 octobre 2016 autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité

Décret n° 74-938 du 8 novembre 1974 portant création de la commission Informatique et Libertés

Décret n°87-249 du 8 avril 1987 modifié par Décret n°2015-1580 du 2 décembre 2015 - art. 2, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur

Délibération CNIL : n°86-102 du 14 octobre 1986 concernant un projet de décret relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le Ministère de l'Intérieur

Délibération CNIL n° 2004-068 du 24 juin 2004 portant avis sur le projet de décret du ministre de l'intérieur modifiant le décret du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (demande d'avis n° 104023)

Délibération CNIL n° 2010-194 du 20 mai 2010 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales

Délibération CNIL n° 2015-153 du 21 mai 2015 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 modifié relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) (demande d'avis n° AV 14023882) NOR: CNIX1529621

Délibération CNIL n° 2016-292 du 29 septembre 2016 portant avis sur un projet de décret autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité (saisine n° 1979541) NOR: CNIX1629614X

Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (*abrogée*)

Directive 95/46/CE (« Data protection directive », « *directive protection des données* »), du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

Directive 2001/20/CE du Parlement Européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain

Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain

Directive 2002/58/CE (ePrivacy directive ou directive vie privée) du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques

Directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 modifiant la directive 2001/83/CE instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain

DNA Identification Act of 1994. Public Law 103-322-Sept. 13, 1994 Subtitle C – DNA Identification

Dwarf Tossing Ban Act, 2003 Bill 97

English Bill of Rights 1689

Family and Medical Leave Act de 1993 United states department of labor-Wage and Hour Division (WHD)

Guidance GOV.UK Verify (dernière consultation du 14 juillet 2018)

Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 (loi « Cavaillet ») relative aux prélèvements d'organes

Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain

Loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

Lois des 17, 26 Mai, 9 Juin 1819, et 31 mars 1820 relatives à la répression des abus de la liberté de presse

Loi annotée du 11 mai 1868 sur la presse

Loi du 20 mai 1802 (30 Floréal, an X) rétablissant l'exclavage en France

Lois et décrets, ordonnances, règlements et Avis du Conseil d'Etat. Année 1828. J.B. Duvergier Editeurs : Guyot et Scribe et Charles Béchét Paris

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

Loi Fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 8 mai 1949

Loi n°49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donateurs d'yeux volontaires

Loi n°52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés

Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 (loi Neuwirth) relative à la régulation des naissances

Loi du Land de Hesse (RFA) du 7 octobre 1970 relative au traitement automatisé des informations nominatives

Loi n° 289 du 11 mai 1973 sur les données à caractère personnel en Suède

Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 (loi Veil) relative à l'interruption volontaire de la grossesse

Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 (loi Huriot) relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales

Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal

Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 (loi Vaillant) relative à la sécurité quotidienne

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 (loi Sarkozy II) pour la sécurité intérieure

Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 et loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relatives à la dévolution du nom de famille

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1)

Loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité

Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

N.Y. Civ. Rights Law §§ 50-51

N.Y. Sess Laws 1903 Ch 132 §§ 1-2

Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques.

Privacy Act américain (5 USC § 552 a) du 31 décembre 1974

Proclamation de Théhéran. Final Act of the International Conference on Human Rights et Résolution 2450 des Nations Unies adopté le 13 mai 1968

Proposition de loi relative à l'autorisation d'analyses génétiques sur personnes décédées N°273 5 février 2018 <http://www.senat.fr/leg/pp17-273.html>

Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale du 30 juin 2004 (STCE 195)

Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale du 25 janvier 2005

Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales du 27 novembre 2008



Rapport du Directeur Général sur l'étude de l' UNESCO concernant l'élaboration d'un instrument international sur les données génétiques (2002)

Rapport sur confidentialité et données génétiques-CIB (2000)

Recommandation N° R (97) 5 du Comité des ministres aux Etats membres relative à la protection des données médicales - adoptée par le Comité des ministres le 13 février 1997

Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs

Règlement (CE) No 2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres

Règlement (CE) No 444/2009 du Parlement Européen et du Conseil du 28 mai 2009 modifiant le règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil

Règlement (UE) N o 910/2014 du Parlement Européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE

Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données, RGPD)

Section 63AB of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)

The Family Educational Rights and Privacy Act (FERPA) (20 U.S.C. § 1232g; 34 CFR Part 99)

## **VII Jurisprudence citée par ordre chronologique**

### ***Partie I Titre I***

D.H. et autres c. République tchèque CEDH (Grande Chambre) 13 novembre 2007, n° 57325/00

Prince Albert v Strange (Prince Albert v. Strange, 2 DeGex & Sm. 652, 695 (1849)

Manola v. Stevens (N.Y. Sup. Ct 1890) dans N.Y. Times 15,18,21 juin 1890

Mackenzie v. Soden Mineral Springs Co., 27 Abb. N. Cas. 402,18 N.Y.S. 240 (Sup. Ct. 1891)

Schuyler v. Curtis *et al.* 15 N.Y.S. 787; 1891 N.Y. ; annulé en appel 147 N.Y. 434; 42 N.E. 22; (1895)

Marks v. Jaffa 6 Misc. 290, 26 N. Y. S. 908 (Super Ct. N.Y. City 1893)

Pollard v. Photographic Co., 40 Ch. Div. 345 (1888)

Prince Albert v. Strange, 2 DeGex & Sm. 652, 695 (1849)

P. Schuyler, Respondent, v. Curtis *et al.* Appellants. Court of Appeals of New York Appel déposé le 22 octobre 1895, débattu le 26 novembre 1895

Corliss v. Walker 64 Fed.280 (D Mass 1894)

Corliss v. Walker 57 Fed : 434 (1893)

Murray v. Gast Lithographic Co, 28 N.Y. Sup 271 (N.Y. Misc. 1894)

DeMay v. Roberts. 46 Mich. 160; 9 N.W. 146; (1881) Mich.

Atkinson v John E. Doherty & Co, 121 Mich 372, 382; 80 NW 285 (1899)

Roberson v. Rochester Folding-Box Co. 171 N.Y. 538, 64N.E. 442 (N.Y. 1902).

Pavesich V. New England Life Insurance Co. *et al.* (1905) Supreme Court of Georgia 122 Ga.190; 50 S.E. 68; 1905 Ga. Lexis 156

Roberson v. Rochester Folding-Box Co. 65 N. Y. Supp 1109 (1900)

Roberson v. Rochester Folding-Box Co., 71 N.Y.S. 876 (1901)

Southey v. Sherwood, 2 Mer 435, (1818) Gee v. Pritchard (1818) 2 swans 408, 36 ER 670,

Wallworth v. Holt, 4 Mylne & 0. 619

Munden v. Harris 134 S.W. 1076, 1077, 1079 (Mo. Ct App. 1911)

Kunz v. Allen 172 P. 532, 532 (Kan. 1918)

Sperry & Hutchinson Co. v. Rhodes 220 US 502 (1911)

Pavesich V. New England Life Insurance Co. *et al.* (1905) Supreme Court of Georgia 122 Ga.190; 50 S.E. 68; 1905 Ga. Lexis 156

Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965)

Stanley v. Georgia 394 U.S. 557 (1969)

Moore v. East Cleveland 431 U.S. 494 (1977)

Lawrence v. Texas 539 US. 558 (2003)

Bowers v. Harwick [(476 U.S. 186 (1986) ]

Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973)

Whole Woman's Health v. Hellerstedt (579 U S. (2016)

Cruzan v. Director, Missouri Department of Health 497 U.S. 261 (1990) Supreme Court of the United States

Estate of Cruzan, Estate No. CV384-9P (P. Div. Cir. Ct., Jasper County, Mo., July 27, 1988)

Cruzan v. Director, Missouri Department of Health 760 S.W.2d 408 (1988)

Barber v. Time, Inc., 348 Mo. 1199, 1205-06, 159 S.W.2d 291, 294 (1942)

Munden v. Harris, 153 Mo. App. 652, 134 S.W. 1076 (1911)

State ex rel. Clemens v. Witthaus, 228 S.W.2d 4 (Mo. 1950)

Biederman's of Springfield Inc. v. Wright, 322 S.W.2d 892 (Mo. 1959)

Kelley v. Johnson, 425 U.S. 238 (1976)  
Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438 (1972)  
Stanley v Illinois, 405 U. S. 645 (1972)  
Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390 (1923)  
Whitney v. California 274 U.S. 365 (1927) Pallas v Crowley, Milner & Co.322 Mich 411 (1948)  
Pallas v Crowley, Milner & Co.334 Mich 282(1952)  
Eliot v. Jones 66 Misc. 95, 120 N. Y. Supp. 989 (1910)  
Moser v. Press Pub 59 Misc 95, 109 N.Y. Supp 963 (1908)  
Humiston v . Universal Mfg Co 189 App. Div. 467 ,178N.Y. Supp 752 (1919) art 13 de 1934  
Foster v. Stevenson 128 A.D.3d 150 ; N.Y.S. 3d 96 (2015); 2015 N.Y. App. Div. LEXIS 3028.  
Messenger v. Gruner 175 F.3d 262 (1999), 2000 N.Y. Int 0001 (17 fev. 2000)

### ***Partie 1 Titre II***

Verdot c. Ligeret et consorts , D. (1874).1.273  
Félix c. O'Connell. 16 juin (1858). Trib. Civ. De la Seine 1<sup>re</sup> Chambre  
Cass. Crim. 19 mars 2013, 12-90.075  
CC 20 mai 2011 N° 2011-131  
CC 7 juin 2013 N° 2013-319  
S.A. « La France Continue » c. X, CA Paris 7 avril 1965 et Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 25 novembre 1966  
S.A. « La France Continue » et dame de Montfort c . Trintignant, CA Paris 17 mars 1966  
Sté de presse Marcel Dassault c. Bardot CA Paris 27 février 1967  
Huvig c. France CEDH 24 avril 1990, n°11105/84  
Kruslin c. France CEDH 24 avril 1990 ; n° 11801/85.  
Hirst c. Royaume-Uni (No 2) (Requête no 74025/01) 6 octobre 2005  
Greens et M.T. c. Royaume-Uni (Requêtes nos 60041/08 et 60054/08) arrêt du 23 novembre 2010, définitif le 11 avril 2011  
Niemietz c. Allemagne CEDH, 16 décembre 1992, n° 13710/88  
Douglas Wakefield c. Royaume Uni (1990)  
X. et Y. c. Royaume Uni (1983)  
Dudgeon c. Royaume Uni, Cour Plénière (1981 requête n° 7525/76)  
Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume Uni CEDH 19 février 1997 n° 21627/93  
Guillot c. France CEDH, 24 oct. (1996), n° 22500/93  
Bohlen c. Allemagne, CEDH, 19 févr. (2015), n° 53495/09

Wallova et Walla c. République Tchèque, 26 octobre 2006 n° 23848/04  
Pini et autres c. Roumanie CEDH, Cour (Deuxième Section), 22 juin 2004, n° 78028/01;78030/01  
Pretty c. Royaume-Uni CEDH 29 juillet 2002 2346/02  
Haas c. Suisse CEDH 20 janvier 2011 n° 31322/07  
Koch c. Allemagne CEDH 19 juillet 2012 n° 497/09, Y. c. Slovaquie CEDH 28 juin 2015 n° 41107/10  
Malone c. Royaume-Uni Cour Plénière 1984 Requête 8691/79. Jurisprudence CEDH précédente : Arrêt  
Golder du 21 février 1975, série A no 18, p. 17, par. 34  
Irlande c. Royaume-Uni du 18 janvier 1978, série A no 25, p. 63, par. 157  
Arrêt Sunday Times du 26 avril 1979, série A no 30  
Arrêt Deweer du 27 février 1980, série A no 35  
Arrêt Van Droogenbroeck du 24 juin 1982, série A no 50  
Arrêt Silver et autres du 25 mars 1983, série A no 61  
Cass. crim. 26 juin 1979, 79-90.314, B. n°227  
Cass. crim. 9 octobre 1980, 80-93.140, B. n° 255  
Cass. crim. 23 juillet 1985, 85-92.574, B.275  
Cass. crim., 15 mai 1990, n° 90-80827. B N 193  
Cass. crim., 18 janvier 2006 N°05-86.447  
Cass. Crim., N° 15-83205 22 mars 2016)  
R.E. c. Royaume-Uni CEDH 27 octobre 2015 n° 62498/11  
Valenzuela Contreras c. Espagne, 30 juillet 1998  
Weber et Saravia c. Allemagne (déc.), CEDH 29 juin 2006, n° 54934/00  
Liberty et autres c. Royaume-Uni, CEDH 1er juillet 2008 n° 58243/00, § 59  
Bykov c. Russie CEDH [GC], 10 mars 2009, n° 4378/02  
Iordachi et autres c. Moldova, CEDH 10 février 2009, n° 25198/02, § 37  
Rotaru c. Roumanie, CEDH [GC], 4 mai 2000 n° 28341/95  
Kennedy c. Royaume-Uni, CEDH 18 mai 2010, n° 26839/05  
Uzun c. Allemagne, CEDH 2 septembre 2010 n° 35623/05, § 66, CEDH  
Michaud c. France, CEDH n° 12323/11, § 118, 6 décembre 2012  
Cass. Civ. 1ère, 16 juillet 1998, 96-15.610, B 259  
Cass. Civ. 1ère, 22 octobre 2009, 08-10.557, B 211  
Cass. Civ. 2ème, 5 juin 2003, 02-12.853, B 175  
Cass. Civ. 1ère, 28 janvier 2010, 08-70.248, B 21  
CA Versailles, 31 janvier 2002, 1999-2761  
Cass. Civ. 1ère, 11 décembre 2008, 07-19.494, B 282

Cass. Civ. 1ère, 1 juillet 2010, 09-15.479, B 151;  
Cass. Civ. 1ère, 1 juillet 2010, 09-15.479, B 151;  
CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 27/04/2011 314577, Publié au recueil Lebon  
Cass. Civ. 1ère, du 27 mars 1990, 88-18.396 B 72  
Cass. Civ. 1ère, 9 juillet 2009, 07-19.758 B 175,  
CA Lyon, 27 mars 2002, 2001/03197  
CA Versailles, 5 septembre 2002, 2001-5157  
Cass. Civ. 2ème, 10 mars 2004, 02-16.354, B 118  
Cass. Civ. 1ère, 24 septembre 2009, 08-11.112 B 184  
Cass. Civ. 2ème, 6 janvier 1971, 69-12.998, B 6  
Cass. Civ. 2ème, 27 avril 1988, 86-13.303, Inédit .  
CA Versailles, 7 mai 1998, 1995-7109  
Cass. Civ. 1ère, 9 avril 2015, 14-13.519, Publié au bulletin.  
CA Versailles, du 21 juin 2001, 1998-6191  
CA Orléans, 15 février 2007, 06/00988  
Cass. Ass. plén, 7 mai 2004, 02-10.450, B 10  
Cass. Civ. 1ère, 20 février 2001, 98-23.471, B 42.  
Cass. Civ. 1ère, 5 juillet 2005, 02-21.452, B 297;  
CA Angers, 6 septembre 2002, 2001/01232  
Cass. Civ. 1ère, du 15 février 2005, 03-18.302, B 86  
von Hannover c. Allemagne CEDH 24 juin 2004, n° 59320/00  
von Hannover c. Allemagne (n°2) CEDH (GC) 7 février 2012 n°s 40660/08 et 60641/08;  
von Hannover c. Allemagne (n°3) CEDH 19 septembre 2013 n° 8772/10  
Niemietz c. Allemagne, CEDH 16 décembre 1992 n° 13710/88  
Botta c. Italie, CEDH 24 février 1998 n° 21439/93, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, p. 422, § 32  
Österreichischer Rundfunk c. Autriche (déc.), CEDH 25 mai 2004 n° 57597/00  
Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche (no 2), CEDH 14 décembre 2006 n° 10520/02, §§ 29 et 40  
von Hannover c. Allemagne CEDH 24 juin 2004 n° 59320/00, §59  
Hachette Filipacchi Associés c. France, CEDH 14 juin 2007, n° 71111/01, § 4  
Eerikäinen et autres c. Finlande, CEDH 10 février 2009 n° 3514/02, § 70  
Axel Springer AR c. Allemagne CEDH n° 39954/08, 7 février 2012  
Peck c. Royaume Uni, CEDH, 17 octobre 2003, n° 63737/00  
Société de Conception de Presse et d'Édition c/ France CEDH, 5e sect., 26 févr. 2016, n° 4683/11  
Cass. Crim. 16 mars 2016, n°15-82.676 (n° 780 FS-P+B+I)

H c. SNV Hachette Fillipacchi TGI Nanterre 30 avril 2007  
Cass. Civ. 1ère 12 décembre 2000, 98-21.311, B 322  
Cass. Crim. 16 mars 2016, 15-82.676, B86  
Cass. Civ., 1ère 12 décembre 2000 98-21.161, B321 et 98-21. 521, B321  
Cass. Civ. 1ère, 10 Mars 1999, 96-18.699, B 87  
Cass. Civ. 1ère, 2 Mai 2001, 99-10.709, B 114  
Cass. Ass. plén, 7 mai 2004, 02-10.450, B 10  
Cass. Civ. 1ère, 28 Juin 2012  
Golemanova c. Bulgarie, CEDH 17 février 2011, n° 11369/04)  
Eerikäinen et autres c. Finlande (CEDH 10 février 2009, n° 3514/02 § 58)  
Stjerna c. Finlande CEDH 25 novembre 1994 n°18131/91  
Burghartz c. Suisse CEDH 22 février 1994, n° 16213/90).  
Guillot c. France 24 octobre 1996, n° 15773/89; 15774/89  
Johansson c. Finlande CEDH 6 septembre 2007 n° 10163/02,  
Güzel Erdagöz c. Turquie (Requête no 37483/02) 06/04/2009  
Henry Kismoun c. France (Requête no 32265/10) 5 décembre 2013  
Brady v. Maryland 373 U.S. 83 (1963)

### ***Partie 2 Titre I***

Andrews v. State No. 87-2166. 533 So.2d 841 (1988). Sentence 22 ans de prison.  
Spencer v. Com. 385 S.E.2d 850 (1989) Record Nos. 890579, 890580  
Timothy W. spencer, Petitioner-appellant, v. Edward W. MURRAY, Director, Respondent-appellee U.S.  
Court of Appeals for the Fourth Circuit - 5 F.3d 758 (4th Cir. 1993)  
Daubert V. Merelle Dow Pharmaceuticals 509 U.S. 579 (1993)  
S. et Marper c. Royaume-Uni CEDH (2008) n° 30562/04 et 30566/04  
R v Bamber. Neutral Citation Number: [2002] EWCA Crim 2912 Case No: 20011745 S1  
The Queen v Sean Hoey, R. v [2007] NICC 49 Bill n° 341/05  
The Queen v Murdoch [2005] NTSC 77  
R. v. Reed, Reed and Garmson [2009] EWCA Crim 2698  
People v Megnath 2010 NY Slip Op 20037 [27 Misc 3d 405]  
The Queen v J. W. Lepper (2005) CA334/04  
Wallace v R [2010] NZCA 46 (3 March 2010) Last Updated: 10 March 2010  
United States v. Morgan 53 F.Supp.3d 732 (S.D.N.Y. 2014) No. 12-CR-223 VM  
The People v. Trevor Richard Howell" (H040885 Santa Clara County Super. Ct. No. C1241247, p10)

People of California v Hector Espino NA076620 (Los Angeles County Superior Court) (March 18, 2009)  
United States v Davis 602 F Supp. 2d 658 (D. Md. 2009)  
United States v Williams 2009 WL 1704986 (C.D. Cal. 2009)  
People v Hemant Megnath 2010 N.Y Slip Op 20037; 2010 N.Y Misc. Lexis 223  
State v. Schwartz, 447 N.W.2d 422 (Minn. 1989)  
R. v. Bates [2006] EWCA Crim 1395  
S. et Marper c. Royaume-Uni, CEDH, 4 décembre 2008  
G. Varriale v. State, N°85, September Term 2014  
Varriale v. State, 444 Md. 400, 425, 119 A.3d 824, 839 (Md., 2015) p26-27  
Maryland v. King (569 U.S. (2013)  
Cass. crim. N° 3280 du 25 juin 2014 (13-87.493)

## ***Partie 2 Titre II***

K.A. ET A.D. c. Belgique, CEDH, 17 février 2005  
Cass. 1re civ., 16 janv. 2007, n° 04-20711 : B n° 24 p21  
Cass. 1re civ., 30 mai 2006, n° 04-17102 : Bull. civ. I, n° 273  
TGI Avignon 24 septembre 1985, Gaz Pal 1986 1, doct. 96  
TGI Lille, ref 21 avr 1981, Gaz Pal. 1983, 2. 416 note X. Labbé  
Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17037 : Bull. civ. IV, n° 108  
TGI Paris 3 juin 1969 : D 1970, pp136-138, note J.P.  
CA Paris 16 mars 1970,  
Cass. Civ. 1ère, 23 février 1972 N° 61 p54)  
Cass plen. 31 mai 1991 n°90-2015, publiée au B 1991 A.P. N° 4 p. 5  
CA Paris 15 juin 1990, au visa des articles 6 et 1128 du Code civil  
Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 B N°4 p5  
Cass. Civ.1ère, 29 juin1994, 92-13.563, B N° 226 p. 165 (GPA)  
Cass. Crim.,18 mai 1998, 97-80.198, Inédit  
CA Rennes, 4 juillet 2002, 01/02471(GPA)  
CA Nîmes, CT0007, 19 décembre 2006, 647  
Cass. Crim., 16 mars 2010, 09-85.000, Inédit  
Cass. Civ.1ère, 7 juin 2012, 10-26.947, B I, n° 123  
Cass. Civ.1ère, 13 février 2013, 12-11.949, B I, n° 14  
Cass. Civ.1ère, 4 décembre 2013, 12-27.964  
Cass. Civ.1ère, 5 juillet 2017, 16-16.495, Publié au Bulletin

Cass. Civ.1ère, 5 juillet 2017, n°16-16.455, Publié au Bulletin  
TGI Evry, 4 sept 2017, n° 16/06684  
TGI Evry, 2 oct. 2017 n°17/01775  
Mennesson c. France (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11)  
Cass. Civ.1ère, 6 avril 2011, B N°70  
Cass. Civ.1ère, 6 avril 2011, B N°71  
Cass. Civ.1ère, 6 avril 2011, B N°72  
Cass. Ass. plén., 31 mai 1991 B. n°4  
Mennesson c. France (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11) ;  
Labassee c. France (CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11)  
Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323 et n° 15-50.002 .  
Foulon et Bouvet c. France, CEDH, 21octobre 2016 n° 9063/14 et n° 10410/14 ;  
Laborie c. France, CEDH,19 janvier 2017 n° 44024/13  
Cass. Civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 16-16.901  
Cass. Civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 16-50.025  
Cass. Ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053  
Paradisio et Campanelli c. Italie CEDH Grande Chambre, 24 janvier 2017 n° 25358/12  
Laskey et les autres c ; Royaume-Uni CEDH 19 février 1997, n° 21627 ; 21628/93 ; 21974/93  
K.A. ET A.D. c. Belgique, CEDH, 17 février 2005 DÉFINITIF 06 juillet 2005, n° 42758/98 et 45558/99  
avril 2002, Recueil 2002-III, § 61).  
Cass. Crim., 25 juin 2014, n° 3280 Bulletin criminel 2014, n° 166 Ibid note 377  
Cass. crim. 25 juin 2014, n° 13-87493, Bulletin criminel 2014, n° 166)  
Arrêt du 13 mars 2014, Octapharma France SAS , C-512/12.  
R. Guðmundsdóttir vs.The State of Iceland. Icelandic Supreme Court No. 151/2003. 27 novembre 2003  
[http://epic.org/privacy/genetic/iceland\\_decision.pdf](http://epic.org/privacy/genetic/iceland_decision.pdf)  
Cass. Civ. 1ère, 9 et 29 oct 1985, D 1986, 417  
CE Ass. 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Rec. Lebon, p372  
Moore V. Regents of the university of California , 249 Cal. Rptr 494, (Cal. Ct. App. 1988), modified, 793  
P.2d479 (Cal1990), cert. denied, 499 U.S. 936 (1991)



## INDEX

(renvois aux numéros de pages)

### 23andMe

- dépistage de mutations BRCA bloqué par la FDA (2013), 415
- recherche de mutations BRCA1 et BRCA2 autorisée par la FDA (2018), 417

## A

Acide désoxyribonucléique *Voir* ADN

### ADN

- base physique de l'hérédité, 196
- formation par rétrotranscription de l'ARN, 395
- gardien de l'information génétique  
génèse à partir de l'ARN, 394
- minisatellites, 207
- procédures pénales, 404
- produit du corps humain selon le droit, 392
- régions intergéniques, 197
- séquence totale du génome humain (2001), 198
- séquences répétées  
courtes répétitions en tandem (Short Tandem Repeats, STR), 206  
nombre variable de répétitions en tandem (VNTRs), 205  
Y-Short Tandem Repeat, 213

### Allèle

- actif ou inactif, 203
- récessif ou dominant, 203

### Anonymat, 32

### Anonymisation

- faiblesse des méthodes, 436

### Apparence personnelle

- d'un officier de police aux Etats-Unis (1976)  
Kelly v. Johnson, 79

### Approches globales d'association génétique

- Genome-Wide Association Studies (GWAS), 410

### Appropriation illégale de l'image, 84

### ARN

- propriétés catalytiques, 395

### Autonomie individuelle, 95

### Avortement

- légalisation aux Etats-Unis (1973)  
Roe v. Wade, 75
- légalisation en France (1975)  
loi Veil interruption volontaire de grossesse, 75

## B

Banque de données, 210

Bases de données

- génétiques, 210, 211, 223, 400, 439
- informatiques, 149, 201
- personnelles, 147

Biens de la personnalité, 139

Big Bang, 393

Big data, 398

Bill of Rights

- (Angleterre 1689), 10
- (Etats-Unis 1789), 14

Biologie humaine, 421

Biométrie

- comme technique d'identification, 159
- contrôle biométrique, 159
- identification des personnes, 160
- usage post-2001, 164
- définition des données biométriques selon le RGPD (UE 2016/679), 142

## C

Cabines de bronzage, 339

Calomnie, 11

Caractéristiques anthropologiques, 200

Caractéristiques génétiques

- encadrement du traitement, 406
- identification par analyse d'ADN salivaire, 416

Caractéristiques génétiques d'une personne

- étude à des fins médicales, 405

Caractéristiques morphologiques humaines, 189, 287

Caractéristiques phénotypiques, 198, 402, 412, 422, 459

Caractéristiques physiques, 50

- caractéristiques biométriques, 160
- droit à l'image  
caricatures diffamatoires, 84  
le nécessaire consentement, 63, 67, 68, 84, 99, 137  
premières décisions aux USA, 49, 52, 53  
premières décisions en Europe, 46, 99  
protection de l'apparence individuelle selon la CEDH, 122  
protection échelonnée, 124  
reconnaissance légale à New York (1903), 65  
volte face de la justice aux USA, 55
- droit à l'image des personnes défuntes, 50, 53, 100
- du "Soi", 176
- individuelles et personnelles, 95, 121

- transmission héréditaire, 190
  - CEDH, 3, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 131, 169, 170, 221, 262, 272, 279, 313, 322, 326, 328, 329, 330, 331, 332, 341, 342
  - Cellules HeLa (Henrietta Lacks)
    - bref historique, 425
  - Chambre claire (*camera lucida*), 134
  - Chambre noire (*camera obscura*), 133
  - Chosification des organes, 344
  - Chromosomes, 188, 195, 196, 201, 202, 206, 211, 212, 213, 265, 396, 404, 410, 412
  - CNIL, 38, 147, 149, 150, 160, 163, 164, 165, 273, 314, 406, 437, 450
  - CODIS
    - Combined DNA Index System, 211, 212, 213, 250, 251, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 274, 279, 284, 429
  - Commission européenne des droits de l'Homme, 114, 115
  - Commission Nationale de l'informatique et des libertés, 149
  - Communications privées
    - interception abusive, 87
  - Compensation financière du don, 389
  - Condition humaine, 457
  - Conditions générales d'utilisation
    - sites privés de génotypage, 434, 444
  - Confidentialité
    - des conversations privées, 33
    - des informations, 33
  - Confusion des concepts de "donnée" et "d'information", 404
  - Conseil de l'Europe, 111, 114, 117, 140, 401
  - Constitution des Etats-Unis
    - cinquième amendement, 14
    - du 17 septembre 1787, 34
    - premier amendement, 14, 69, 83
    - quatorzième amendement, 65
  - Constitution française
    - du 24 juin 1793, 13
    - du 3 septembre 1791, 11
  - Construction du soi, 177
  - Contraception
    - légalisation aux Etats-Unis (1965)
      - Griswold v. Connecticut, 72
  - ConvEDH, 111, 112, 113, 114, 115, 412
    - article 8 sur la vie privée, 112
    - droits garantis par la convention
      - droits cardinaux (art. 2, 3, 4, 5), 112
      - droits civil et politiques (art 8, 9, 10, 11, 14), 112
      - droits procéduraux en matière civile et pénale (art. 6, 7, 13), 112
      - force obligatoire et l'exécution des arrêts (art. 46), 112
  - Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales *Voir* Convention européenne des droits de l'homme et ConvEDH, *Voir* Convention européenne des droits de l'homme et ConvEDH
  - Convention européenne des droits de l'homme, 87, 111, 114, 117
  - Corps humain
    - Eléments et produits
      - dons consentis, 347
    - Eléments et produits détachés
      - réfécification, 343
      - réification, 343
    - libre disposition, 336, 337
    - marchandisation, 342
    - phanères
      - marchandisation non règlementée, 346
    - principe d'indisponibilitéPA, 321
    - principe d'inviolabilité, 316
    - principe d'inviolabilité, 313
    - principe de non patrimonialité, 343
    - principe de non-patrimonialité, 313
    - respect de l'intégrité
      - exceptions légales, 317
  - Cour Européenne des Droits de l'Homme *Voir* CEDH, *Voir* CEDH
  - Création d'embryons transgéniques ou chimériques
    - interdite en France
      - article L1251-2 du Code de la Santé Publique, 461
  - Criminalistique génétique
    - identification de traits phénotypiques *Voir* Portraits robot génétiques
    - légalisation des prélèvements d'ADN aux Etats-Unis (2013), 274
    - prélèvement d'échantillon ADN et fouille corporelle aux Etats-Unis, 273
    - recherche en parentèle, 254, 257, 259, 262, 267, 271, 272, 277, 429, 430
      - légalisation en France, 261, 272
    - séquençage rapide des génomes, 283
      - New Generation Sequencing (NGS), 284, 289
      - Rapid DNA kit, 286
    - tentation du fichage universel, 278, 290
    - utilisation des recherches familiales
      - problèmes éthiques, 255
    - valeur juridique
      - attaque terroriste de Omagh (2007), 237
      - effets stochastiques liés à la sensibilité de l'analyse, 235
      - les failles techniques et humaines
        - indices fabriqués et fausses traces, 249
        - mauvaise conduite et fraude scientifiques, 246
        - négligence et manipulation médiocre, 242
        - origine et authenticité des traces, 231
  - CRISPR-cas9
    - technique de modification précise du génome, 462
  - Cylindre de Cyrus, 104
- ## D
- Déchiffrage du génome, 456
  - Déclaration d'indépendance des Etats-Unis, 104, 105
  - Déclaration des Droits *Voir* Bill of Rights
  - Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 96, 105, 106, 107, 108, 334
  - Déclaration universelle des droits de l'homme, 106, 109, 110, 272, 303
  - détection de maladies génétiques chez les nouveaux-nés, 419
  - Diffamation
    - annonce publicitaire mensongère, 69
    - preuve des faits diffamatoires, 96

- Dignité, 304, 306, 307, 310, 311, 312, 316, 337, 402, 404
- humaine, 62, 306, 307, 310, 312, 313, 325, 328, 402, 411, 423
  - source de la démocratie, 306
- Dignité bafouée, 387
- Dignité de l'individu, 219
- Dignité de la femme
- reconnaissance, 342
- Dignité galvaudée, 312
- Dignité humaine*
- atteinte, 127, 129, 130, 149, 308, 310, 389
  - autonomie personnelle, 341
  - compensation pécuniaire des dons, 390
  - conception trop extensive, 311
  - contre une libre disposition du corps, 322
  - deux lectures antagonistes, 337
  - en droit public français, 305
  - et liberté individuelle, 337
  - le corps et la personne, 337
  - outil de sanction, 325
  - principe banalisé, 332
  - protection, 305, 311
  - *reconnaissance et protection*, 112
  - respect, 126, 130, 131, 271, 290, 305, 307, 310, 312, 401, 403
  - selon Kant, 306
  - selon le conseil d'Etat (1995), 307
  - totale liberté du corps, 336
- Dignité opposée à la personne, 306
- Divulgarion délictuelle de questions privées, 84
- Divulgarion publique de faits privés, 71
- Don d'organes
- donneurs vivant
  - législation, 350
  - xénogreffes avec organes animaux, 352
- Donnée
- définition, 397
- Données à caractère personnel
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
  - articles 7 et 8, 140
  - confidentialité, 146
  - décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, 141
  - directive 2002/58/CE, 141
  - directive 95/46/CE, 141
  - état civil, 37
  - finalité, 146
  - loi Informatique et Liberté, article 2, 140
  - protection, 140
  - qualification, 141
  - règlement (CE) n°45/2001, 141
  - Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) article 16, 140
- Données et informations génétiques
- protection et valorisation, 434
- Données génétiques
- accessibilité des bases, 430
  - anonymisation, 275
  - confidentialité, 265
  - sites de génotypage, 436
  - sites de génotypage généalogique, 264
  - sites de génotypage généalogique et violation de la vie privée, 430
  - conservation en violation de l'article 8 de la ConvDH, 221
  - dans le droit français, 405
  - encadrement international, 400
  - gestion et interprétation des millions de génomes, 423
  - propagation par l'internaute incontrôlable, 443
  - transmission par les compagnies de génotypage
  - accord nécessaire du client, 438
  - valorisation, 412
  - visibilité sur les sites publics, 430
- Données génétiques
- propriété, 450
- Données génétiques du futur proche
- propriété des fichiers de traitement
  - exploitation et transmission des données, 424
- Données génétiques numérisées, 398
- Données personnelles
- collecte, 457
- Donnes génétiques
- des données à l'information, 399
- Dons d'organes
- donneurs vivants, 348
- Droit à l'image *Voir* Caractéristiques physiques - droit à l'image
- Droit à l'oubli, 101
- Droit à la fin de vie
- légalisation aux Etats-Unis (1990)
  - Cruzan v. Missouri Department of Health, 75
- Droit à la vie privé aux Etats Unis : *Voir* Right to privacy
- Droit à la vie privée
- reconnaissance par la CEDH, 109
- Droit à la vie privée en France, 104
- et sphère d'intimité, 103
  - Felix c. O'Connell (1858), 99
- Droit au respect de l'image individuelle
- en tant que donnée personnelle, 133
- Droit au respect de la personne
- premières décisions aux USA, 50
- Droit au respect de la vie privée, 88, 89, 102, 104, 105, 122, 123
- article 8 ConvEDH, 117
- Droit au respect du nom
- premières décisions aux USA, 50
- Droit de l'image *Voir* Caractéristiques physiques - Droit à l'image
- Droit de la personnalité, 83, 138, 170, 321
- Droit de la vie privée aux Etats-Unis : *Voir* Right of privacy
- Droit libertarien, 336
- Droit sur l'image *Voir* Caractéristiques physiques - Droit à l'image
- Droits de l'Homme, 3, 33, 104, 105, 106, 107, 111, 112, 114, 117, 149, 218, 272, 307, 310, 403, 412
- Droits naturels
- inviolabilité selon J. Locke, 32
- Droits naturels fondamentaux
- selon Locke, 334

## E

Ecoutes téléphoniques

- Huvig c. France, Kruslin c. France, 116, 117
- Empreintes digitales
  - en criminologie, 162
  - fichier automatisé d'empreintes digitales français (FAED), 163
  - procédé d'identification de la personne, 160
  - système de classification de Galton (1892), 162
  - système intégré automatique de stockage aux USA (IAFIS), 162
- Empreintes génétiques, 3, 160, 163, 164, 208, 218, 224, 225, 226, 227, 228, 233, 259, 288, 392, 405, 406, 451
- Epanouissement social, 35
- Epigénétique, 160, 191, 447
- Espèce humaine, 188, 199, 296, 304, 314, 346, 411, 457, 463
- Estime de soi, 182
- Etablissement Français du Sang (EFS), 357
- Evolution humaine, 188

## F

- Facilitation sociale, 175
- Fécondation "à trois parents"
  - remplacement mitochondrial pour un syndrome de Leigh, 460
- FNAEG
  - encadrement législatif conditions de prélèvements et d'analyse, 228
  - encadrement législatif -champ d'action, 225
- Fouille des possessions personnelles, 14

## G

- Générosité humaine, 356
- Génétique humaine, 199, 202, 439
- Génétique humaine
  - adaptations aux conditions environnementales, 447
- Génotypage basé sur GWAS
  - faiblesse majeure, 418
- Gestation pour autrui (GPA)
  - le cadre juridique et les conflits d'opinion, 325
- Grande Loi qui Lie, 104
- Gravure héliographique, 134
- Greffes
  - rejet des greffes tissulaires hétérotypiques, 192
- Groupe sanguin, 204
- Groupes sanguins, 192
- GWAS *Voir* Approches globales d'association génétique

## H

- Habeas Corpus (1679), 116
- Hérédité humaine, 457
- Héritage génétique, 191, 194
- HIPAA (USA)
  - Health Insurance Portability and Accountability Act, 450
- Home
  - acceptions du terme, 73, 88, 108, 112, 113
- homo sapiens*, 190, 196, 301, 447

- Homosexualité
  - légalisation aux Etats-Unis (2003) Lawrence v. Texas, 75
  - rejet par certains Etats américains, 80

## I

- Identification biométrique, 198
- Identité
  - individuelle, 95
  - personnelle, 33
  - personnelle et mortalité, 300
  - sociale biologique, 191
- Identité génétique, 161, 194, 197, 198, 250, 285
- Identité moléculaire, 194
- Identité sociale, 177
- Immixtion dans les affaires privées, 71
- Image, 126
  - attribut de la personnalité, 131
  - capture, 136
  - connotation, 129
  - constitution génétique intime, 132
  - contrôle de l'utilisation, 136
  - des biens, 139
  - diffusion, 125, 136
  - droit de la personnalité, 139
  - élément de la vie privée, 131
  - facteur de communication, 132
  - force et impact, 128
  - révélation et fixation, 135
  - troubles psychologiques, 182
  - vecteur d'expression silencieuse, 132
- Immunity of the person
  - immunité de la personne, 83
- Immunologie, 191, 193, 194, 426
- Individualisme corporel, 337
- Individualité*, 104, 174, 177, 297
- Information
  - définition, 397
- Information génétique
  - première qualification de vol, 451
- Information génétique humaine, 296, 405
  - différentes acceptions, 407
- Informations génétiques
  - confidentialité sites de génotypage, 436
  - protection par HIPA (USA), 450
  - valorisation commerciale, 438
- informations personnelles sensibles
  - risques de recoupement avec les données génétiques, 437
- Ingérence du gouvernement, 34
- Intégrité et dignité, 127
- Interactionnisme symbolique, 176, 177, 178
- Intimité, 32
  - de l'habitation, 14
  - de la personne premières décisions aux USA, 50
  - des croyances, 14
  - et photographie, 132
  - humaine, 63, 443
  - intrusion

- dommages psychologiques, 54, 56
- jardin secret, 37, 41
- médicale, 41
- *obscénité*, 73
- paradigme de l'intime
  - selon C. Joubert, 35
- respect, 130
- secret, 40
- violation
  - DeMay v Roberts, 53
  - la république assassinée, 131

#### Intimité

- des convictions personnelles, 97

#### Intimité des informations privées

- des informations privées, 95

#### Intimité personnelle, 41, 80, 87, 126, 136, 166, 170

#### Inviolabilité

- de la famille, 73
- du domicile et du foyer, 14

#### Inviolable personality

- (personnalité inviolable, 83

## J

Jeu de rôle, 179

Jeu normalisé, 179, 184

## L

L'Œuf et la Poule, 396

Lactariums, 371

Lait maternel sur internet

- donner ou vendre ?, 381

le "lancer de nains"

- arrêt de Morsang-sur-Orge, 308

Le "lancer de nains"

- au Canada et aux Etats-Unis, 308

Le "soi" social, 177

Le « soi » biologique, 90

Le « soi » et le « non-soi » immunologiques, 191

Le soi génétique codé par l'ADN nucléaire, 396

Libertarianisme, 335

Liberté

- humaine à Athènes, 31

Liberté d'expression, 10, 12, 13, 42, 52, 60, 63, 72, 81, 83, 90, 100, 101, 114, 121, 124, 125, 126, 127, 323

Liberté de disposer de soi, 343

Liberté de disposer du soi

- considérations éthiques et sociales, 387

Liberté de la presse, 10, 11, 12, 13, 42, 52, 81, 85, 90, 91, 96, 100, 101, 124, 130

Liberté de parole et de la presse

- esclavage
  - selon A.J. Cobb, 68
- selon A.J. Cobb

*dans Pavesich v New England Life Insurance Co.*, 68

Liberté et dignité, 93

Liberté individuelle, 75, 79, 80, 88, 90, 116, 290, 305, 311, 312, 323, 337, 390

Libre exercice des religions, 14

Loi fondamentale, 123

Loi informatique et libertés, 270

Loi sur la presse de 1819, 96

Lois de bioéthique

- Révision
  - Etats généraux de la bioéthique, 331

## M

Mannequinat, 339

Marché des données et de l'information génétiques, 444

Marché du lait maternel, 378

Matérialité des préjugés, 45

Matière humaine, 315, 344

Mauvaises pratiques scientifiques criminalistiques

- faiblesse des témoignages humains et abus policiers, 251

Microsatellites, 210

Modification des génomes

- besoin de cadres juridiques, 455

Monde ARN, 395

## O

Octapharma France SAS, 358

Open data, 398

Organisation des Nations Unies, 106

## P

Pacte des vertueux, 104

Paradigme de l'intime

- selon C. Joubert, 35

Parties détachées du corps

- statut juridique, 345

Patrimoine génétique

- exposition sur les réseaux sociaux, 433
- propriété partagée ?, 464

Pérennité de l'espèce humaine, 344

Perfection humaine, 466

Personnalité, 38

- sociale, 39

Personnalité moléculaire, 196

Personne

- concept et histoire, 297
- humaine, 129, 131, 305, 424, 445
- humaine, selon Locke, 32
- juridique, 305

Personne et corps humain

- statut juridique, 301
  - articles 16 du code civil et lois de bioéthique, 303

Physionotrace, 134

Polymères d'acides nucléiques et de protéines

- organisation des premières cellules vivantes, 393

Polymorphisme génétique en criminologie

- aux Etats-Unis
  - Combined NA Index System (CODIS), 211
- en Europe
  - base nationale de données génétiques du Royaume-Uni, 219
  - fichier national automatisé des empreintes génétiques français (FNAEG), 224

- longueurs des fragments de restriction (RFLP), 207
- Polymorphisme mononucléotidique *Voir* Single Nucleotide Polymorphism (SNP)
- Portraits robots génétiques, 204, 286, 288
- Principe de gratuité et droit sur sa personne, 389
- principe de non patrimonialité, 314, 343, 388, 389
- Privacy Act américain, 146
- Privacy of a private life
  - intimité de la vie privée, 83
- Procédures légales
  - respect de l'individu, 14
  - respect des informations personnelles, 14
- Procréation médicalement assistée (PMA), 324
- Produits du corps
  - collecte du sang
    - biologie traitement et fractionnement, 354
  - don de lait maternel
    - banques de lait, 377
    - impact des réseaux sociaux, 376
  - don du lait maternel, 375
  - don du lait maternel
    - législation française, 371
  - don du lait maternel
    - grands prématurés et bébés allergiques, 375
  - don du sang
    - altruisme remis en question, 365
    - considérations biomédicales, 364
    - gratuité dans le marché international, 361
    - incitation financière, 364
    - législation française, 356
  - lait maternel
    - nourrices et allaitement, 368
  - marché mondial des produits dérivés du plasma, 356
- Produits du corps humain
  - don du lait
    - évolution sociétale face au droit, 384
- Profil génétique, 205, 208, 209, 212, 221, 228, 235, 243, 250, 251, 259, 260, 268, 429, 431
- Profilage génomique
  - analyse de STR, 206, 207, 210, 212, 213, 214, 215, 220, 228, 233, 234, 235, 249, 250, 253, 254, 256, 259, 260, 282, 284, 295
  - sondes STR, 212
- projets de séquençage global
  - analyse de millions de génomes, 420
- Propriété corporelle et libre disposition de soi
  - les concepts
    - de Locke à Rothbard, 333
- Propriété corporelle exclusive
  - selon J. Locke, 32
- Propriété de soi
  - paternité du concept, 333
  - self ownership, 335
  - selon le code civil, 312
- Propriété du corps
  - inviolabilité, 316
- Propriété du soi
  - l'image, 123
- Propriété individuelle
  - aspects immatériels, 45
- Propriété privée
  - selon J. Locke, 32

- Protection de la réputation
  - article 8 ConvEDH, 113
- Psychologie sociale, 173, 174, 176, 178, 186

## R

- Récessivité et dominance, 202
- Recherche en parentèle
  - atteinte au quatrième amendement de la Constitution américaine, 271
  - discrimination raciale, 268
- Recherche familiale
  - corrélation partielle de profil, 260
  - problèmes éthiques, 256, 263
  - protection du soi, 257
- Recherches familiales, 256, 258, 259, 263, 266, 267, 268, 269, 274, 275, 279
- Remplacement mitochondrial
  - prévention des maladies à transmission maternelle
    - législation au Royaume-Uni (2015), 459
- Répertoire nominatif, 145
- Représentation physique de l'individu, 121, 126
- res familiaris*, 32
- res publica*, 32
- Respect d'autrui, 95
- Respect de la vie privée
  - et liberté d'information, 103
- Respect de la vie privée et liberté de la presse, 91
- Respect de la vie privée morale
  - Verdot c. Ligeret et consorts 1874, 97
- RGPD, 401, 403, 437, 450
- Right of privacy
  - branche autonome du droit civil, 58
  - première reconnaissance légale (1905)
    - Pavesich c New England Life Insurance Co.*, 66
  - propagation du concept, 88
  - quatre branches selon W. Prosser, 71
  - reconnaissance constitutionnelle, 73
- Right to be let alone, 44
- Right to one's personality
  - droit à la personnalité individuelle, 83
- Right to privacy
  - évolution du concept, 88
  - genèse du concept (1890), 42
  - reconnaissance constitutionnelle, 73

## S

- Sadomasochisme
  - autonomie personnelle, CEDH, 341
- Secret, 32
  - jardin secret, 37
- Self-looking glass
  - concept du soi réfléchi, 175, 182
- Séquençage à haut débit
  - High Throughput Sequencing, 411
- Séquençage global des génomes
  - whole exome sequencing et whole genome sequencing, 419
- Silhouette, 134
- Single Nucleotide Polymorphism (SNP), 202, 410
- Socialisation individuelle, 178

Sodomie  
- inconstitutionnalité cassée aux Etats-Unis (2003)  
Lawrence v. Texas, 75

Spécificité des données génétiques  
- selon la CNIL, 406

Sphère privée  
- selon Aristote, 30  
- selon H. Arendt, 35  
- selon Montesquieu, 34  
- selon Warren et Brandeis, 47

Sphère publique  
- selon Aristote, 30  
- selon H. Arendt, 35  
- selon Montesquieu, 34  
- selon Warren et Brandeis, 47

Sujets de droit, 302

Surveillance de masse  
- en France, 147  
- en Grande Bretagne, 166

## T

Tests généalogiques génétiques  
- failles de l'accès libre, 429

Tests génétiques en accès libre  
- Direct to Consumer Genetic Testing (DTC GT), 413  
- encadrement légal par la FDA, 414  
- nécessité de cadres juridiques, 445

Tests génétiques prédictifs  
- selon la convention d'Oviedo et de ses protocoles  
additionnels, 404

Tests génotypiques, 409

Traitement automatisé  
- de données à caractère personnel  
le projet SAFARI, 145  
- données à caractère personnel  
Loi du Land de Hesse (1970), 147  
- données à caractère personnel, 140, 149, 151, 163,  
219, 223, 224, 270  
Loi n° 289 de Suède (1973), 147

Traits phénotypiques, 195, 203, 204, 286, 396, 400, 402,  
410, 437

## U

UNESCO  
- déclaration de 1997 et 2003, 401

Usurpation d'identité, 71

## V

Variabilité  
- fonctionnelle, 205

- génétique, 191, 194, 195, 199, 201, 202, 204, 205,  
208, 395

- phénotypique, 202  
- régions intergéniques hypervariables  
genèse du polymorphisme de l'ADN, 206

Vie familiale  
- article 8 ConvEDH, 117  
- violation de la protection  
recherche en parentèle loi 2016-731, 272

Vie humaine  
- inviolabilité, 316  
- sauvegarde, 270  
- valeur marchande, 367

Vie intime  
- principe d'autonomie personnelle, 341

Vie personnelle  
- aspects privés, 39  
- aspects publics, 37  
- définition, 36

Vie primordiale  
- soupe prébiotique, 393

Vie privée  
- article 8 ConvEDH, 112  
- Charte des droits fondamentaux de l'Union  
européenne  
article 7, 140

- concept trop large selon la CEDH, 169  
- devant la Cour d'Angleterre, 46  
- droit des personnes privées  
premières décisions aux USA, 52  
- droit des personnes publiques  
premières décisions aux USA, 52  
- élargie au for intérieur, 98  
- en absence de cadre législatif, 102  
- familiale (article 8 ConvEDH), 113, 114, 116  
- immatérielle  
reconnaissance aux Etats-Unis (1890), 48  
- indivisibilité des faits diffamatoires, 100  
- intrusion par la presse, 44, 47, 51  
- murée (Royer Collard), 96  
- ordonnance du 6 mai 1944, 101  
- origines européennes, 9  
- protection

Constitution française du 3 septembre 1791, 11  
- remise en cause d'un droit autonome, 55  
- sociale et domicile  
Niemietz c. Allemagne 1992, 169  
- un concept désuet ?, 448  
- violations par Facebook, 154

Vie privée en France  
- réapparition légale en 1970, 103

Vie privée en France au début du XIX<sup>e</sup> siècle, 96  
Vie privée et intimité dans l'Etat de l'Etat de New York, 85  
Vol d'information génétique, 451





## TABLE DES MATIERES

<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>1</b>
<b>LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>7</b>
<b>PARTIE 1 .....</b>	<b>29</b>
<b>LES DONNÉES PERSONNELLES, ÉPICENTRE D’UN SÉISME .....</b>	<b>29</b>
<b>SOCIO-ÉCONOMIQUE ET CULTUREL.....</b>	<b>29</b>
<b>TITRE I :.....</b>	<b>29</b>
<b>LE LONG CHEMIN DE LA RECONNAISSANCE DU DROIT AU RESPECT .....</b>	<b>29</b>
<b>DE LA VIE PRIVÉE AUX ÉTATS-UNIS.....</b>	<b>29</b>
Chapitre 1. Considérations historiques .....	29
Section 1. Les sphères privée et publique selon Aristote .....	30
Section 2. L’inviolabilité de la vie privée selon Locke .....	32
Chapitre 2. Définitions générales et concepts .....	36
Section 1. La vie personnelle.....	36
§1. Les aspects publics de la vie personnelle .....	37
§2. Les aspects privés de la vie personnelle.....	39
Section 2. L’intimité .....	40
Chapitre 3. Premiers pas vers le droit au respect de la vie privée .....	42
§1. The Right to Privacy selon Warren et Brandeis .....	42
§2. Le droit au respect de la vie privée : Du concept à la Cour.....	48
A. La naissance d’un droit au contrôle de l’exploitation des caractéristiques physiques.....	49
B. Notion d’image publique et d’image privée.....	52
§3. Les volte-face de la justice américaine .....	54
A. L’affaire Roberson en trois actes .....	55
1. Acte 1 : La notion de « précédent » reconsidérée par la Cour.....	55
2. Acte 2 : Le rejet contesté de la Cour d’Appel .....	58
3. Acte 3 : Premiers pas vers une protection législative de la vie privée .....	64
B. Consécration législative d’un droit autonome de la vie privée étendu aux aspects émotionnels et affectifs de la vie personnelle.....	66
Chapitre 4. Les étapes clés de la reconnaissance du droit de la vie privée aux USA, de Prosser à nos jours.....	71
Section 1. Constitutionnalité du droit à la vie privée familiale.....	72
Section 2. Le droit de disposer de son corps : L’affaire Cruzan .....	75
§1. Le contexte, les faits et les procédures.....	76
§2. Les enseignements de l’arrêt Cruzan.....	79
Section 3. La vie privée et le premier amendement de la Constitution américaine.....	81
Chapitre 5. Impacts du droit à la vie privée selon Warren et Brandeis.....	83
Chapitre 6. « Right to privacy » et « right of privacy » : Du « droit à la vie privée » au « droit de la vie privée » et vers la notion de données personnelles.....	87
Conclusion du Titre I.....	91
<b>TITRE II :.....</b>	<b>95</b>
<b>ORIGINE ET RECONNAISSANCE DE LA VIE PRIVÉE EN FRANCE ET.....</b>	<b>95</b>
<b>DANS L’UNION EUROPÉENNE .....</b>	<b>95</b>
Chapitre 1. Évolution des concepts et des cadres légaux en France et en Europe.....	95
Section 1. La vie privée en France à l’aube du XXe siècle .....	95
§1. La vie privée élargie au for intérieur.....	98
§2. Vie privée, vie publique et liberté de la presse.....	100

§3. Loi de 1970 – Droit à la vie privée et sphère d'intimité.....	103
Section 2. Premiers textes internationaux intronisant le droit au respect de la vie privée.....	104
§ 1. Les textes fondateurs .....	104
§2. Déclaration universelle des droits de l'Homme.....	105
A. Les principaux jalons historiques.....	106
B. Quelques commentaires linguistiques .....	107
C. Les faiblesses du texte .....	109
§3. Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.....	111
A. Sur le contenu de la Convention .....	111
B. Instauration et attributions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) .....	114
1. Mise en place de la CEDH.....	114
2. Les compétences et la légitimité contestée des décisions de la CEDH.....	115
C. La CEDH et la protection de la vie privée individuelle et familiale .....	116
D. Impacts des décisions de la CEDH sur la législation française .....	117
Chapitre 2. Les caractéristiques physiques et l'identité personnelle .....	121
Section 1. L'image, objet de droit.....	122
§1. L'image et la propriété du soi au travers des principes fondamentaux de la CEDH.....	123
§2. La connotation des images et le respect de la dignité humaine .....	126
§3. La force et l'impact des images.....	128
Section 2. Arrêt sur image : l'intimité dévoilée .....	131
§1. L'évolution de la photographie confrontée au respect de la vie personnelle .....	133
§2. Le consentement individuel et le droit sur l'image.....	136
§3. De la propriété de l'image.....	138
Section 3. Les données à caractère personnel .....	140
§1. Les données biométriques .....	142
§2. Les données de santé .....	143
§3. Encadrement des traitements automatisés de données personnelles .....	145
§4. La protection des données personnelles par RGPD .....	151
§5. L'identification des individus à l'épreuve de l'internationalisation.....	158
§6. Les données personnelles des temps modernes .....	165
Conclusion du Titre II.....	169
<b>PARTIE 2 .....</b>	<b>173</b>
<b>LE « SOI » ET L'IDENTITÉ GÉNÉTIQUE.....</b>	<b>173</b>
<b>TITRE I : .....</b>	<b>173</b>
<b>LE « SOI » : UN ENSEMBLE DE DONNÉES PERSONNELLES A PART ENTIÈRE .....</b>	<b>173</b>
Chapitre 1. De la psychologie sociale à la biologie du « Soi » .....	176
Section 1. Le « soi » social.....	176
§1. Construction du soi.....	177
A. Le jeu de rôle .....	179
B. Le jeu libre.....	183
§2. Le « moi » et le « je », deux composantes du « soi ».....	186
Section 2. Le soi biologique .....	188
§1. Le « moi » et le « je » biologiques.....	188
A. Le « moi » biologique .....	188
B. Le « je » biologique.....	191
§2. Un concept dominant en immunologie : la reconnaissance du « soi » et le rejet des autres .....	191
Chapitre 2. L'identité génétique et la spécificité du « soi » .....	194
Section 1. Bases génétiques de l'hérédité.....	194
Section 2. La personnalité moléculaire .....	196
Chapitre 3. L'exploitation du « soi » génétique par l'administration judiciaire .....	198
Section 1. Bases moléculaires des profils génétiques spécifiques.....	198
§1. Variabilité génétique dans les régions codantes. ....	199
§2. Notion de récessivité et de dominance .....	202
Section 2. Le profil génétique au tribunal .....	205

§1. L'ADN normal contient des régions répétées polymorphiques.....	205
§2. Le polymorphisme génétique .....	207
A. De l'usage des RFLP aux minisatellites .....	207
B. Les microsatellites et les premières bases de données génétiques.....	210
1. L'approche criminalistique aux États-Unis .....	211
2. L'approche criminalistique en Europe .....	218
a. United Kingdom National DNA database .....	219
b. Le Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques (FNAEG) .....	223
Chapitre 4. L'élargissement controversé des bases de données génétiques.....	229
Section 1. La fiabilité des profils génétiques à l'épreuve de la validation juridique.....	229
§1. Les espoirs et les déconvenues de la criminalistique génétique .....	232
A. L'authenticité des traces.....	233
B. Les faiblesses générées par une très grande sensibilité.....	235
§2. L'infaillibilité contestée des tests ADN.....	238
A. Contaminations et mauvaise conduite scientifique .....	238
1. Négligence et manque de rigueur dans la manipulation des échantillons .....	242
2. Mauvaise conduite et fraude scientifiques .....	246
B. Introduction d'indices fabriqués et de fausses traces sur les lieux de crimes.....	249
Section 2. Évolution de l'usage des bases génétiques et atteintes potentielles au respect de la vie privée	253
§1. La recherche criminalistique en parentèle.....	254
A. Considérations préliminaires .....	254
B. Genèse des problèmes éthiques liés à l'utilisation de recherche familiales .....	256
§2. L'extension des bases de données génétiques : une évolution périlleuse .....	261
A. La protection du « soi » remise en cause par les recherches en parentèle.....	261
1. Les risques de discrimination raciale.....	268
2. Violation du respect au droit de la vie privée personnelle .....	271
B. La tentation du fichage universel : lampe d'Aladin ou boîte de Pandore .....	278
Conclusion du Titre I .....	292
<b>TITRE II : .....</b>	<b>295</b>
<b>VERS UN DROIT DES DONNÉES ET DES INFORMATIONS GÉNÉTIQUES.....</b>	<b>295</b>
Chapitre 1. L'être humain, la personne et le corps .....	296
Section 1. La personne et le corps.....	296
Section 2. Le statut juridique de la personne et du corps humain .....	301
Section 3. La dignité humaine et la liberté individuelle .....	305
Chapitre 2. La propriété du « soi ». .....	312
Section 1. Une lecture critique des articles du Code civil traitant de la propriété de soi.....	313
§1. Le principe d'invulnérabilité et ses limites .....	316
§2. Le principe d'indisponibilité .....	321
A. La coercition « bienfaitrice » .....	322
B. Le corps « hôte », rejeté par le droit, revendiqué par la biotechnologie .....	324
Section 2. La propriété corporelle et la libre disposition de soi .....	333
§1. Le concept de propriété corporelle .....	333
§2. Liberté de disposer de son corps.....	336
Chapitre 3. Réification des composants du corps humain .....	342
Section 1. Valorisation pécuniaire de la matière humaine.....	344
§1. Statut juridique des parties détachées du corps .....	345
§2. Le don d'éléments du corps. ....	347
Section 2. La collecte de produits du corps .....	353
§1. Le sang.....	354
A. Quelques rappels concernant le sang humain .....	354
B. Le don du sang et du plasma en France .....	356
C. La gratuité du don : une approche internationale .....	361
§2. Le lait maternel.....	368
A. Quelques rappels concernant le lait maternel.....	368
B. Le don du lait en France. Cadre légal .....	371

C. De « l’or rouge » à « l’or blanc » .....	373
1. Les banques de lait maternel .....	377
2. Le marché du lait maternel .....	378
3. Donner ou vendre ? L’accès libre au lait maternel sur internet .....	381
4. Aspects légaux et évolution sociétale .....	384
5. Concilier l’éthique et la liberté de disposer du soi .....	387
§3. Des produits du corps à leur source génétique .....	390
Chapitre 4. Les fondements physiques du « soi » génétique.....	392
Section 1. Les origines de l’ADN et de la vie cellulaire.....	393
§1. Un voyage fascinant aux confins des temps .....	393
§2. Du monde ARN à la l’ADN gardien de l’information génétique .....	394
Section 2. L’ADN, support de l’information et du soi génétiques.....	396
§1. Considérations générales concernant les notions de données et d’information .....	397
§2. Des données à l’information génétique.....	398
A. Les données génétiques .....	398
1. Considérations générales .....	398
2. L’acquisition des données génétiques et le droit .....	400
a. Textes internationaux encadrant les données génétiques.....	400
b. Les données génétiques dans le droit français .....	405
B. L’information génétique .....	407
1. Identification des données génétiques individuelles .....	408
2. La valorisation des données génétiques .....	412
a. Les tests génétiques en accès libre .....	413
b. L’encadrement légal des tests génétiques en accès libre par la FDA .....	414
Chapitre 5. Vers une analyse globale des génomes. ....	418
Chapitre 6. Pour un droit au respect du génome et de l’information qu’il code.....	425
Section 1. La confidentialité des données génétiques .....	425
Section 2. Des données aux informations génétiques. Protection et valorisation.....	434
§1. L’accès aux données et aux informations .....	434
§2. La valorisation des informations génétiques.....	438
Conclusion du Titre II.....	441
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE ET PERSPECTIVES .....</b>	<b>447</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>473</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>539</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>547</b>