UNIVERSITÉ D'AVIGNON

-

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

THÈSE

Pour l'obtention du doctorat en droit

Discipline : Droit Privé

Présentée et soutenue publiquement par

Nicolas MASQUEFA

Le 28 juin 2019

LA PATRIMONIALISATION DU CORPS HUMAIN

Directeur de Thèse

Monsieur Franck PETIT

Professeur à l'Université Aix-Marseille

Jury :

Monsieur Antoine LECA

Professeur à l'Université Aix-Marseille, rapporteur.

Madame Guylène NICOLAS

Maître de conférences, HDR, à l'Université Aix-Marseille, rapporteur.

Monsieur Franck PETIT

Professeur à l'Université Aix-Marseille, directeur.

Monsieur Éric WENZEL

Maître de conférences, HDR, à l'Université d'Avignon.

L'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

La présentation de ce travail est l'occasion de remercier une longue liste de personnes y ayant contribué d'une manière ou d'une autre.

Je tiens, bien évidemment, à remercier en premier lieu Monsieur le Professeur Franck PETIT, à lui exprimer ma profonde gratitude pour son accompagnement, sa bienveillance, ses conseils avisés, ses patientes relectures et pour la confiance qu'il m'a accordée.

Je remercie également les relecteurs et discutants de cette thèse pour avoir pris le temps de s'intéresser à ma recherche. De façon générale, j'ai une pensée pour tous ceux qui m'ont lu, questionné, conseillé, critiqué tout au long de mon parcours de doctorant, me poussant à m'interroger sur mes productions et à prendre du recul par rapport à mon travail. Je tiens par ailleurs à faire part du grand bonheur que j'ai eu à travailler et à étudier au sein de l'Université d'Avignon. Je remercie l'ensemble des enseignants, du personnel administratif et des étudiants que j'ai pu côtoyer pendant ma formation pour leurs enseignements, leurs conseils, leur gentillesse et leur présence.

J'exprime toute mon amitié à ceux et celles qui ont partagé et facilité mon quotidien durant l'élaboration de cette thèse. Je remercie tout particulièrement Julien Bioules, Jordan Baumhauer et Emilie dont la bienveillance et les conseils m'ont été d'une aide précieuse. Que Marie-Charlotte, Julien et Sophie trouvent eux aussi l'expression d'une amitié sincère.

Bien évidemment, je remercie mes parents pour leur indéfectible soutien.

Conscient de l'abnégation qui a été la mienne, je tiens à exprimer envers Laure mes sentiments les plus sincères. Il est des sacrifices de soi qui seraient tout bonnement impossibles sans l'appui dévoué des personnes qui nous sont chères.

Enfin, je rends hommage à ceux dont j'aurais aimé qu'ils voient l'aboutissement de ce travail : mes grands-parents.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
AJD	Actualité juridique Dalloz
AJF	Actualité juridique, Famille
AJP	Actualité juridique, Pénale
al.	Alinéa
ALD	Actualité législative Dalloz
ann.	Annexe
APD	Archives de philosophie du Droit
Art. ou art.	Article
Bull.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ. (1, 2, 3)	Cour de cassation, chambre civile (première, seconde, troisième)
Cass. com	Cour de cassation française, chambre commerciale
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CE	Conseil d'État
Ch.	Chambre
Chron.	Chroniques
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Coll.	Collection

Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Const.	Constitution
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision de conformité à la Constitution (Conseil constitutionnel)
Décr.	Décret
Dr. soc.	Revue de Droit social
éd	Edition
Fasc.	Fascicule
GAJA	Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
GAJC	Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. Trib.	Gazette des tribunaux
GDCC	Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel
Gén.	Général
Ibid.	Ibidem (au même endroit)
Infra.	Ci-dessous
J-Cl. (civ. pén.)	Juris-Classeur (civil, pénal)
JCP	Semaine juridique
JO/JORF	Journal Officiel de la République française
JOCE/JOUE	Journal officiel des Communautés européennes/Union européenne
LPA	Les Petites Affiches
Obs.	Observations
Op. cit.	Opere citato (ouvrage déjà cité)
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Rapp.	Rapport
RDC	Revue de Droit des Contrats
RD McGill	Revue de droit de McGill

RDP	Revue de Droit Public
RDSS	Revue de Droit Sanitaire et Social
Rec.	Recueil
Rec. jurispr.	Recueil jurisprudence
Rép.	Répertoire
Rép. civ.	Répertoire de Droit civil
Rép. com.	Répertoire de droit commercial
Rép. eur.	Répertoire de droit européen
Rép. intern.	Répertoire de droit international
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Rev.	Revue
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit constitutionnel
RGDM	Revue Générale de Droit Médical
RID comp.	Revue Internationale de Droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RRJ	Revue de recherche juridique (Droit prospectif)
RSC	Revue de science criminelle
RTD civ.	Revue trimestrielle de Droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de Droit commercial
RTD comp.	Revue trimestrielle de Droit comparé
RTD eur.	Revue trimestrielle de Droit européen
s.	Suivant
ss.	Sous
Supra.	Ci-dessus
t.	Tome
TI/TGI	Tribunal d'instance/de grande instance
trad.	Traduction
Trib.	Tribunal
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage.

INTRODUCTION

PARTIE I - LE CORPS HUMAIN, DE LA PERSONNE À LA CHOSE

TITRE I - LA CONFUSION NATURELLE DU CORPS ET DE LA PERSONNE

Chapitre I - La personne juridique entre fiction et réalité

Section I - La personne juridique : une abstraction

Section II - La personne physique : une incarnation

Chapitre II - Le corps humain entre être et avoir

Section I - Un corps relevant de l'être

Section II - Un corps relevant de l'avoir

TITRE II - LA DISTINCTION ARTIFICIELLE DU CORPS ET DE LA PERSONNE

Chapitre I - Un corps qu'il est partiellement utile de s'approprier

Section I - La découverte du corps humain

Section II - La naissance d'un droit du corps humain

Chapitre II - Un corps qu'il est partiellement possible de s'approprier

Section I - La cessibilité de la matière humaine

Section II - L'appropriabilité de la matière humaine

PARTIE II - LE CORPS HUMAIN, NI PERSONNE NI CHOSE

TITRE I - UNE MISE À DISPOSITION PRAGMATIQUE DU CORPS HUMAIN

Chapitre I - La réification du corps humain in vitro

Section I - L'approbation de la procréation de substitution

Section II - La désapprobation de la gestation de substitution

Chapitre II - La réification du corps humain in vivo

Section I - Le corps humain, objet d'expérimentations

Section II - Le corps humain, source d'innovations

TITRE II - UNE QUALIFICATION ATYPIQUE DU CORPS HUMAIN

Chapitre premier - L'insuffisance de la distinction entre personne et chose

Section I - L'extension des catégories existantes

Section II - L'extension des droits de la personne sur son corps

Chapitre II - Le dépassement de la distinction entre personne et chose

Section I - À l'image du statut juridique de l'animal

Section II - À l'image du statut juridique du robot

CONCLUSION GÉNÉRALE

ANNEXES

BIBLIOGRAPHIE

INDEX ALPHABETIQUE

TABLE DES MATIÈRES

À mes proches

INTRODUCTION

« On ne fait pas le droit, il se fait. Cette brève formule contient toute son histoire ».
Gustave Le Bon, Hier et Demain.

« Non, ce mauvais goût, cette volonté de vérité, de « vérité à tout prix », cette démence d'adolescent dans l'amour de la vérité nous fait horreur : nous avons trop d'expérience, nous sommes trop sérieux, trop joyeux, trop brûlés, trop profonds pour cela… Nous ne croyons plus que la vérité reste vérité si on lui ôte ses voiles ; nous avons trop vécu pour croire à cela. C'est pour nous une question de décence aujourd'hui que de ne pas vouloir tout voir dans sa nudité, de ne pas vouloir se mêler de tout, de ne pas tout comprendre et savoir ».
Friedrich Wilhelm Nietzsche, *Le gai savoir.*

1. Un corps exclu de la pensée - Le terme de « corps » provient du latin *« corpus »* et rejoint le grec *« sôma »*, lequel désigne primitivement la structure physique, vivante ou morte, des hommes ou des animaux. Communément défini comme l'ensemble de ce qui le structure à la fois anatomiquement et anthropologiquement, le corps de l'être humain a successivement été appréhendé dans une opposition avec l'âme, l'*« anima »* ou l'*« animus »*. Il rejoint ainsi son acception générale[1] pour désigner l'ensemble des parties matérielles d'un être animé considéré en particulier du point de vue de son anatomie[2], de son aspect extérieur.

[1] Dans son acception générale, le terme « corps » désigne un agrégat, un ensemble qui tend à prendre l'aspect d'un tout cohérent. Simple ou composé, le corps peut aussi bien renfermer une seule sorte de matière, qu'en renfermer plusieurs combinées. Consubstantiel à la réunion d'éléments de matières identiques ou différentes, un corps ne peut être constitué qu'à la condition d'être intrinsèquement pluriel. Il est un agrégat qui au surplus prend la forme d'un ensemble structuré, faisant preuve d'organisation et de logique ; *Axis l'univers documentaire*, Dictionnaire, Vol. 2, éd. Hachette, 1993, p. 692.

[2] DIDEROT et D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, corps, 1751, t. 4, p. 264 ; *« L'anatomie étant une espèce de géographie dans laquelle la précision est nécessaire, on a divisé le corps comme la terre, en plusieurs régions ».*

Les philosophes se sont abondamment interrogés sur la nature et les propriétés du corps, sur son existence en dehors de l'être perçu, sur ses rapports avec l'âme. Le corps, dans une perspective ascétique, était considéré comme la source des désirs et des passions, donc du mal. Aussi, et plutôt que d'envisager la réalité qui est la sienne, les auteurs ont bien souvent préféré méditer sur l'âme, déterminer les contours de la conscience humaine, ou encore critiquer la raison pure[3]. Parce qu'il est insupportable de se concevoir uniquement comme de simples corps fragiles et périssables, chacun préfère se représenter l'être humain comme un être conscient de son existence, possédant en lui la continuité de la vie psychique[4]. Convaincu que cet être est exceptionnel, il est plus aisé de penser le corps en référence à autre chose comme s'il ne se suffisait pas à lui-même. Le corps est opposé à l'âme dans la perspective d'une ontologie, il est rattaché à la conscience dans la perspective d'une philosophie du sujet, il est annexé à l'esprit dans la perspective d'une philosophie de la connaissance : corps de l'âme, corps dans la conscience, corps comme accessoire d'un esprit.

Dans les pages inaugurales du *Gai savoir*, écrites dans les tranchées, Nietzsche dépeint ce rapport au corps : lorsque qu'il est question de penser ce à quoi contraint une chair, de théoriser les expériences d'une existence, de formuler en idées et concepts l'odyssée d'un corps qui jouit, souffre, va-et-vient, regarde, écoute rencontre la vie, le monde[5]. Personne n'y échappe, ni Montaigne[6] qui le revendique, ni Kant qui le dissimule[7], ni Descartes qui le mécanise[8].

---

[3] MARZANO (M), *La philosophie du corps*, éd. Puf, 4ème éd. 2017, p. 3.

[4] Pour Adam Smith : *« Il est affreux, pensons-nous, d'être privé de la lumière du soleil ; d'être ainsi exclu de la vie et de la conversation ; de reposer dans une tombe froide en proie à la vermine rampante et à la putréfaction ».* Pour Blaize Pascal : *« Mais quand j'ai pensé de plus près et qu'après avoir trouvé la cause de tous nos malheurs j'ai voulu en découvrir la raison, j'ai trouvé qu'il y en a une bien effective et qui consiste dans le malheur naturel de notre condition faible et mortelle, et si misérable que rien ne peut nous consoler lorsque nous y pensons de près ».*

[5] ONFRAY (M), *Féeries anatomiques*, éd. Grasset & Fasquelle, 2003, p. 79.

[6] MONTAIGNE (M), *Les Essais*, *L'histoire de Spurina,* Livre II, Chap. 33, 1595 ; *« Le soin curieux qu'il avait de sa personne, en est un témoignage, jusques à se servir à cela des moyens les plus lascifs qui fussent lors en usage, comme de se faire pinceter tout le corps et farder de parfums d'une extreme curiosité ».*

[7] KANT (E), *Critique de la raison pure*, trad. BARNI (J), éd. Germer-Baillière, 1869 ; *« Ainsi, lorsque, dans la représentation d'un corps, je fais abstraction de ce que l'entendement en conçoit, comme la substance, la force, la divisibilité, etc., ainsi que de ce qui revient à la sensation, comme l'impénétrabilité, la dureté, la couleur, etc., il me reste encore quelque chose de cette intuition empirique, à savoir l'étendue et la figure. Or c'est là précisément ce qui appartient à l'intuition pure, laquelle se trouve à priori dans l'esprit, comme une simple forme de la sensibilité, indépendamment même de tout objet réel des sens ou de toute sensation ».*

[8] DESCARTES (R), *Les Principes de la philosophie*, 1644, IV, Art. 203.

2. Un corps exclu du droit - En droit, le corps ne bénéficie d'aucune définition précise. Il est simplement présenté comme un aspect de la personne physique. Cette dernière s'est d'ailleurs installée dans le mode de raisonnement des juristes, à la place de la matérialité du corps, lequel s'y est vu assimilé. Ce système doctrinal a parfaitement fonctionné, et cela jusqu'au milieu du XXème siècle[9].

Période faste pour la science médicale, la seconde moitié du XXème siècle a été le cadre d'une mutation profonde. Les progrès réalisés pendant cette période - faisant office d'éléments perturbateurs - ont considérablement transformé l'appréhension juridique du corps humain. Ils nous ont contraints à appréhender la corporalité différemment, à redéfinir tout au long de notre existence nos rapports au corps. Les Professeurs Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet relèvent que : *« Le corps a été de plus en plus perçu comme source d'utilités personnelles et sociales. Désormais les progrès du savoir et du savoir-faire permettent la reproduction humaine artificielle, la modification de l'homme par la médecine, la chirurgie et la génétique, ou encore l'action sur l'espèce elle-même »*[10]. Désormais, le corps humain n'est plus uniquement appréhendé comme un support physique, il est un moyen de manipuler et de transformer l'individu. Libéré des aléas de la nature, le corps n'est plus subi. Il appartient aujourd'hui à chacun de l'entretenir, de le soigner, de l'améliorer.

Les progrès spectaculaires réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies ont fait du corps humain l'un des objets privilégiés des systèmes juridiques. Or lorsque les juristes ont été appelés à convertir ces évolutions en règles de droit, permissives ou prohibitives, ils se sont heurtés aux solutions juridiques traditionnelles, notamment à celle selon laquelle le corps, entité corporelle, doit être identifié à la personne elle-même[11]. De cette assimilation sont nées plusieurs difficultés. D'une part, il y a la difficulté de rendre compte du corps à la fois comme unité et comme ensemble d'organes différents qui peuvent à leur tour être distingués entre éléments constitutifs et produits. D'autre part, il y a la difficulté de concilier la personne-corps de la

---

[9] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p .18.
[10] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 268.
[11] MARZANO (M), « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000, p. 49-50.

science juridique avec la chose-corps de la science médicale. À côté du naturel, il y a cette faculté de produire et reproduire artificiellement le corps, comme ses éléments et produits, lesquels rendent la distance entre personne et chose toujours plus difficile à cerner[12].

La difficulté n'est cependant pas nouvelle. En préface de son ouvrage sur la condition juridique du corps humain, le Professeur Xavier Labbée notait déjà qu'il était devenu banal de s'inquiéter des progrès réalisés dans le domaine des sciences du vivant. Malgré ce constat, il avait aussi déjà relevé le désarroi des juristes face aux nouveaux problèmes qui se posent inévitablement dans le domaine du droit, et qui sont les conséquences de toutes ces nouvelles découvertes[13]. Les progrès réalisés dans le domaine de la biologie et des biotechnologies ont en effet suscité un réveil de la normativité éthique et juridique afin de situer la relation entre personnes et corps. Pour autant, si le droit n'était qu'inadapté à ces changements, la solution serait simple : il suffirait en effet de l'adapter en élaborant de nouvelles normes. Mais la réalité est bien plus complexe. Si l'inquiétude du juriste est profonde, c'est en effet que les notions jusqu'ici considérées immuables ne le sont plus. La *summa divisio* des personnes et des choses, fondement de notre système juridique, est aujourd'hui remise en cause. La frontière entre le patrimonial et l'extrapatrimonial est rendue confuse. Pourtant : *« Au fond, tout se ramène à la distinction entre ce qu'on a et ce qu'on est »*[14].

Cette évolution a déjà fait l'objet de nombreuses études qui ont sans aucun doute permis d'avancer sur la voie tracée jusqu'à présent. Ce travail proposera toutefois de faire quelques pas supplémentaires. Mais il est difficile d'envisager l'appréhension juridique du corps humain sans la mettre dans une perspective historique. Il va être nécessaire de remonter aux origines de la tradition juridique (**Paragraphe 1**), notamment afin de mieux cerner le contexte de l'étude. En objet, il va s'agir de revenir sur la division du monde corporel en deux grandes catégories juridiques (**Paragraphe 2**). Tout cela afin de mieux comprendre les enjeux de la qualification juridique du corps humain (**Paragraphe 3**).

---

[12] MARZANO (M), « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000, p. 50.
[13] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 13.
[14] MARCEL (G), *Journal métaphysique*, 1927.

Paragraphe 1 - Contextualisation de l'étude : aux origines de la tradition juridique

3. Le droit en héritage - À l'instar d'un enfant qui hérite du savoir de ses parents, chaque civilisation hérite de celles qui l'ont précédée[15] ; depuis que l'être humain s'est sédentarisé, c'est ainsi que se transmettent connaissances, croyances, art, morale, droit, coutumes. Des premiers accents lyriques de l'Illiade à la défaite des forces grecques face aux troupes de Philippe de Macédoine, des récits de Virgile à la chute de l'Empire romain, les intelligences de l'Occident ont puisé leur philosophie, leur poétique et même leur science dans la culture gréco-romaine. Or, comme l'a précisé le Professeur Villey, cette culture n'a pas seulement produit un mode de pensée sur le monde, mais également un droit, c'est-à-dire un art d'organiser la société, les droits de chacun de ses membres et leurs obligations[16]. Le droit français porte en lui l'empreinte des siècles. De l'invention de la science juridique (A) à la conceptualisation d'un modèle juridique (B), il est comme tous ses homologues modernes - même ceux dont les tendances paraissent révolutionnaires - né de la transformation des systèmes juridiques qui l'ont précédé.

A - L'INVENTION DE LA SCIENCE JURIDIQUE

4. Un droit casuistique - Le droit français est le fruit d'une superposition d'éléments s'appuyant les uns sur les autres que le temps a consolidés et renouvelés. Comme le figurerait un arbre généalogique, chaque branche est démembrée d'une branche plus épaisse qui, elle-même, part d'un tronc[17].

Le Proche-Orient a donné à l'humanité ses premières grandes civilisations. Leur berceau le plus ancien est une région drainée par le Tigre, l'Euphrate et les rivières du

---

[15] Le marquis de Mirabeau, économiste et père du révolutionnaire français, a été l'un des premiers à employer le terme de « civilisation » dans l'*Ami des hommes ou Traité sur la population*, paru en 1756. Depuis ce mot n'a jamais laissé indifférents les sociologues, les anthropologues ou les philosophes. Étudier l'évolution de sa signification et cerner ses différentes acceptions dépassent le simple champ historique pour rejoindre l'étude, plus globale et plus fondamentale, des mentalités ; *Axis l'univers documentaire*, Dossiers, Vol. 3, éd. Hachette, 1993, p. 26.

[16] V. VILLEY (M), *Le droit romain*, Coll. Que sais-je ?, éd. Puf, 6ème éd., 2002, p. 5 et s.

[17] LOVISI (C), *Introduction historique au droit*, éd. Dalloz, Coll. Cours, 2ème éd., 2003, n° 2.

Zagros. C'est entre ces deux fleuves que les anciens Sumériens ont érigé les premiers villages, villes, cités-États et Empires[18]. Profitant de la nature alluvionnaire, et donc de la fertilité des sols, les populations se sont sédentarisées. La concentration démographique a ensuite favorisé l'émergence précoce d'un pouvoir politique organisé. Au milieu est apparue l'écriture cunéiforme. Outil indispensable au développement des échanges, l'écriture a fait entrer l'homme dans l'Histoire et dans l'histoire du droit. Grâce à elle et à son support, principalement argileux, les civilisations de la haute Antiquité orientale ont laissé derrière elles une documentation considérable[19]. L'ensemble permet d'apprécier le haut degré d'organisation des civilisations de Mésopotamie, où droit et littérature rayonnèrent : Codes de loi et contrats divers étaient fort élaborés ; épopées et annales royales rapportaient les faits de guerre et les entreprises artistiques ou religieuses des souverains[20].

En 1750 av. J-C, le droit est éminemment empirique[21]. Les normes sont formulées de façon casuistique, de telle sorte qu'elles dressent une liste de solutions adaptées à chaque situation : une phrase au conditionnel énonce un problème de droit ou d'ordre social ; elle est suivie d'une réponse au futur, sous forme de sanction pour le fautif ou de règlement d'une situation : « *Si un individu a fait telle action, il lui arrivera telle chose* »[22]. Le droit est également fortement imprégné par la religion. La religion jouait déjà à cette époque un rôle essentiel : tout évènement y était considéré comme un message divin et tout geste revêtait une fonction sacrée[23]. Le droit, par exemple, se présente volontiers sous la forme d'un droit révélé. Il est l'œuvre des dieux qui manifestent ainsi sous des principes supérieurs leur volonté aux hommes. Le roi, à la fois grand prêtre et chef militaire, sert alors d'intermédiaire entre la divinité et les hommes pour transcrire la règle divine en

---

[18] Dès le IXème millénaire, la domestication des ovidés et la collecte des céréales sauvages marquèrent le début de la révolution néolithique en Mésopotamie.

[19] LOVISI (C), *Introduction historique au droit*, éd. Dalloz, Coll. Cours, 2ème éd., 2003, n° 7 ; *« La documentation provient dans on écrasante majorité d'actes de la pratique. Elle comprend également des textes législatifs, rassemblés dans des Codes ou ordonnés dans des édits royaux ».*

[20] *Axis l'univers documentaire*, Dictionnaire, Vol. 4, éd. Hachette, 1993, p. 1991.

[21] V. Code d'Hammurabi.

[22] *« Si quelqu'un a pris une épouse mais ne lui a pas établi de contrat, cette femme n'est pas épouse ».*

[23] Comme dans le cadre de l'ordalie, il n'était pas rare de s'en remettre à Dieu. En Mésopotamie, l'ordalie - aussi appelée « jugement du fleuve » - permettait d'établir l'innocence ou la culpabilité d'un accusé en soumettant ce dernier à une épreuve qui exigeait de lui qu'il flotte sur une certaine distance afin de prouver son innocence.

prescriptions. Les vestiges témoignant des différentes législations de l'époque illustrent cette étroite relation entre droit et volonté divine. Qu'il s'agisse du Code d'Ur-Nammu[24] ou du Code d'Hammurabi[25], tous sont présentés comme l'objet d'une révélation. Remarquable par son contenu, la stèle de basalte érigée par le roi Hammurabi de Babylone[26] est, à ce jour, l'une des plus exceptionnelles sources de connaissances concernant la société, la religion, l'économie et l'histoire événementielle de cette époque. Au sommet de la pierre noire figure une sculpture représentant Hammurabi debout, la main sur la bouche en signe de respect, devant le dieu Shamash qui s'apprête à dicter au roi le Code. Le dieu du soleil, garant de la justice, siège sur un trône et tend au roi un roseau taillé en pointe, un des plus anciens instruments d'écriture. La dictée terminée, le droit n'est plus destiné à être modifié[27]. En guise d'avertissement, à la fin du Code figure une formule qui maudit à l'avance celui qui oserait changer la loi, écrite à jamais[28].

5. Un droit scientifique - En Grèce, comme au Proche-Orient, le droit est aussi resté à un stade empirique, pré-théorique. À partir du VIIIème siècle avant notre ère, dans le cadre d'une reprise des relations avec l'Orient, la Grèce affirme pourtant son identité originale, sa volonté de laïciser sa pensée politique. Au VIème siècle avant notre ère. dans les cités grecques d'Asie Mineure, irriguées d'influences assyro-babyloniennes et égyptiennes, émergent pêle-mêle la démocratie, la philosophie, l'histoire et le théâtre. Plus qu'un changement d'attitude intellectuelle, d'une mutation mentale, c'est une révélation

---

[24] Rédigé en Sumérien vers 2100-2050 avant notre ère, le Code d'Ur-Nammu est à ce jour la plus ancienne tablette contenant un Code juridique. L'on admet toutefois que des Codes juridiques aient existé auparavant, il est le plus ancien texte juridique qui nous soit parvenu intégralement. Ce code de Loi est construit en trois parties : un hommage à la royauté divine, suivi du corpus législatif et un épilogue sur la sagesse du roi.

[25] Rédigés en langue akkadienne, les deux cents quatre-vingt deux articles subsistant résument avec un grand souci d'équité toute la jurisprudence de l'époque. Loin de constituer un texte logiquement ordonné, comme un Code au sens moderne du terme, le Code d'Hammurabi se présente comme un recueil juridique. Les articles se présentent en effet comme des textes de présages. Il énumèrent des solutions fixées pour des cas d'espèce. En cela, le Code d'Hammurabi se sépare de la mentalité des codes antérieurs sumériens, pour exprimer une conception différente de la réparation des torts, qui s'exprime notamment par la loi du talion. Consistant à infliger au coupable le dommage subi par sa victime, celle-ci aura une grande fortune dans les lois bibliques.

[26] Sixième souverain amorrite de Babylone (de 1792 à 1750 avant notre ère). En trente ans de guerre, il réunit sous son autorité Sumer, Akkad, le royaume de Mari, l'Assyrie et fonda le premier empire babylonien.

[27] Plus tard, c'est toujours sous la dictée que Moïse transcrira les dix commandements et le Code de l'Alliance. À la fois révélé et empirique, le droit hébraïque, appartient au même fond culturel que les droits cunéiformes. Comme eux, il se résume à une liste casuistique de solutions juridiques adaptées à une variété de situations - parfois d'un grand intérêt technique mais sans lien les unes avec les autres - ainsi qu'à une liste de préceptes divins, sans concept abstrait. La bible, dans son ensemble, n'a d'ailleurs pas de concept juridique. Son langage est concret. Le droit n'est jamais isolé de l'acte qu'il désigne et du sujet de cet acte.

[28] LOVISI (C), *Introduction historique au droit*, éd. Dalloz, Coll. Cours, 2ème éd., 2003, n° 8.

décisive : la découverte de l'esprit[29]. À Athènes, une tradition bien ancrée de spéculation philosophique a permis l'émergence précoce de l'étude du phénomène politique[30]. C'est ainsi qu'est née en Grèce chez les philosophes, non chez les juristes, la pensée juridique[31]. Mais celle-ci ne s'est pas préoccupée de technique, seulement de dégager la nature et les fondements du droit : le concept de loi positive et le positivisme ; la nécessité de subordonner les lois à des normes supérieures[32].

Ce sont les Romains qui, à l'école des vaincus, vont offrir au droit son autonomie[33]. Très tôt Rome a fourni des conditions favorables au développement de la science juridique en donnant à son droit une forme écrite et en l'émancipant de la religion. Sous l'influence de la philosophie grecque, les Romains ont donné au droit un caractère scientifique. Ils ont ainsi été les premiers à l'élever au rang de science, à le théoriser. Dès l'époque d'Auguste, de nombreux jurisconsultes[34] ont rédigé des ouvrages théoriques et ouvert des écoles pour former leurs disciples, sur le modèle des écoles philosophiques grecques. L'originalité des jurisconsultes classiques est d'avoir su dépasser la simple casuistique et les procédés empiriques pour développer un raisonnement logique et rationnel. Leur méthode, comme celle des philosophes grecs, consistait à définir avec précision les opérations juridiques, à en donner une analyse rigoureuse, mais aussi, en fonction des ressemblances et des dissemblances qu'elles présentaient, à les regrouper, à les classer dans des catégories plus vastes, en genres et en espèces, afin de formuler des règles générales applicables à chacune de ces catégories. De la sorte, ils ont conféré une portée plus large, et une bien plus grande pérennité, aux solutions qu'ils dégageaient. Ils ont fait du droit romain davantage que le droit d'une cité ou d'un peuple déterminé, le droit

---

[29] VERNANT (J-P), *Du mythe à la raison. La formation de la pensée positive dans la Grèce archaïque*, Annales. Économies, Sociétés, Civilisations , éd. Armand Colin, 1957, Vol. 12, n° 2, p. 183 et s. ; La vérité n'est plus proférée par une autorité divine incontestée qui repose sur la croyance, mais est une chose dont on convainc les autres par un discours rationnel ; GERNET (L), *La notion de démocratie chez les Grecs, Les Grecs sans miracle*, éd. La découverte/Maspero, 1983, p. 278-279.

[30] À la fin du Vème siècle et au cours du IVème siècle avant notre ère, ce phénomène a atteint son apogée, sous l'influence notamment des deux plus grands philosophes de l'Antiquité : Platon et Aristote.

[31] V. VILLEY (M), *La formation de la pensée juridique moderne*, éd. Puf, Coll. Quadrige, 2013.

[32] THIREAU (J-L), *Introduction historique au droit*, éd. Flammarion, 3ème éd., 2009, p. 34-35.

[33] La loi des XII tables n'est pas le fruit d'une révélation. Elle est l'oeuvre d'une commission extraordinaire ; un collège de dix magistrats disposant d'un pouvoir consulaire.

[34] L'apogée de la doctrine romaine est atteint à la fin du IIème siècle et au début du IIIème siècle, période où l'on trouve ses plus grands représentants : Paul, Papinien, Modestie et surtout Ulpien, auquel les compilateurs byzantins feront le plus d'emprunts.

par excellence, apte à continuer d'exercer une forte influence longtemps après la disparition de Rome[35]. Transformé et admirablement systématisé, par plusieurs siècles d'efforts doctrinaux, le droit romain s'est voulu l'expression même de la justice, définie comme une volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun son dû : *« La justice est la ferme et perpétuelle volonté de donner à chacun ce qui lui est dû »*[36]. Le droit est un ensemble de règles conçu pour dépasser la simple réglementation technique dictée par les contingences de temps et de lieu, et fournir un cadre universel et intemporel, susceptible de servir à tous les hommes, à tous les temps[37].

B - LA CONCEPTUALISATION D'UN MODÈLE JURIDIQUE

6. L'abstraction juridique - La France actuelle occupe l'essentiel du territoire de l'ancienne Gaule. Conquise par Jules César, cinquante années environ avant l'ère chrétienne, la Gaule devint une province de l'Empire romain[38]. Juridiquement, les institutions publiques romaines remplacèrent les institutions gauloises. Les institutions privées des Gaulois furent respectées, mais elles tombèrent peu à peu en désuétude, car les Gaulois acceptèrent presque entièrement le droit privé romain. En 212, la Constitution Antonine octroyait la citoyenneté romaine à tous les habitants de l'Empire. Les Gaulois libres devenaient - comme la plupart des habitants de l'Empire - des citoyens romains complets. Ils furent ainsi entièrement assimilés et ralliés de leur plein gré à la religion, à la langue, au droit, à l'ensemble de la civilisation romaine[39]. Mais si le droit romain s'est imposé, c'est principalement grâce à ses qualités techniques.

La perfection de l'armature du droit romain a joué un rôle important chaque fois que le droit romain s'est trouvé en contact avec des droits dits « barbares » ; elle s'est avérée particulièrement décisive lors du processus que de réception du droit romain[40]. À

---

[35] THIREAU (J-L), *Introduction historique au droit*, éd. Flammarion, 3ème éd., 2009, p. 55 -77.
[36] ULPIEN, *Institutes*, 533 ; *« Justicia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens ».*
[37] LECA (A), *La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit*, éd. Puam, 3ème éd., 2002, n° 52.
[38] PIGANIOL (A), *La conquête romaine*, éd. Alcan, 1927, p. 363-372.
[39] OLIVIER-MARTIN (F), *Histoire du droit français, Des origines à la Révolution*, éd. CNRS, 3ème éd., 2010, p. 11-12.
[40] ZAJTAY (I), « La permanence des concepts du droit romain », *RID comp.*, Vol. 18, n° 2, 1966, p. 354.

cette occasion : *« Le « bon » droit cohérent et efficace a chassé le « mauvais », par une inversion de la loi de Gresham »*[41]. C'est aussi pourquoi, malgré la chute de l'Empire, la culture romaine n'a pas disparu sous les habits « barbares ». La romanité a survécu, à travers le legs juridique, mais également politique et administratif, que l'Empire a laissé à l'Occident[42]. Le Professeur Antoine Leca explique notamment que c'est pour ses qualités intrinsèques que le droit romain est resté pour une grande partie de l'Europe la base presque exclusive de l'enseignement universitaire juridique, voire même la seule langue du droit. Même les pays où la codification du droit coutumier local a freiné la romanisation, comme les Pays-Bas, n'ont pas pu endiguer sa réception. Le droit romain y est devenu un droit supplétif et a contribué à transformer l'ancien droit, pour finalement aboutir à l'émergence d'un droit mixte[43].

« *Comme des nains juchés sur des épaules de géants »*[44], les juristes occidentaux se sont approprié le droit issu des compilations, comme ses concepts, catégories ou principes. Héritière plus ou moins habile - et plus ou moins directe - de cet *ars*, la pensée juridique occidentale fonctionne aujourd'hui encore dans son ensemble grâce à des concepts élaborés sous l'égide du droit romain ; qu'ils aient été directement élaborés par les jurisconsultes de l'Antiquité ou qu'ils soient simplement le fruit des analyses menées par les juristes médiévaux[45].

---

[41] LECA (A), *La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit*, éd. Puam, 3ème éd., 2002, n° 42 ; « Il s'agit de la loi selon laquelle : *« La mauvaise monnaie chasse la bonne »*, dont la découverte est traditionnellement attribuée au financier Thomas Gresham (1519-1579), bien qu'elle avait déjà été établie par Nicolas Copernic (1473-1543), plus connu pour ses découvertes astronomiques sur le mouvement des planètes. »

[42] Entre le *codex lustiniani*, le *digeste*, les *institutes* et les *novelles*, le cercle d'avocats, de Professeurs et de hauts fonctionnaires dirigé par Tribonien nous a livré un *corpus* législatif, doctrinal et pédagogique, à la fois si novateur et abouti que lorsque Portalis, Jacques de Maleville, François Denis Tronchet et Félix Julien Jean Bigot de Préameneu ont été appelés à réaliser à peu de choses près le même exercice de codification, leur travail n'en a été que facilité par l'œuvre de leurs prédécesseurs. Quatre mois ont suffi aux quatre rédacteurs officiels nommés par Napoléon Bonaparte pour boucler l'avant-projet de ce qui deviendra l'union de la coutume, du droit écrit et de la doctrine de l'époque. Un Code qui non seulement témoignera de la qualité des compilations de Justinien mais qui incarnera aussi un symbole d'unité de la nation, jusqu'à inspirer la plupart des codifications qui verront le jour au XIXème siècle

[43] LECA (A), *Op. cit.*, n° 42 et s.

[44] BERNARD DE CHARTRES, *« nanos gigantium humeris insidentes »*.

[45] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 17 ; *« En ce qui concerne la distinction fondamentale des personnes et des choses, il est exact de dire qu'elle existe depuis deux millénaires. Son invention a eu pour effet de désincarner le droit, et de permettre ainsi aux juristes de développer une réflexion débarrassée, à la fois, de la trivialité et de la sacralité corporelle. C'est cette confortable situation qu'est venue perturber l'explosion des biotechnologies, en mettant les juristes au défi de se saisir du corps »*.

Le droit français est l'héritier direct de la conceptualisation juridique opérée par les juristes romains[46], lesquels tentèrent d'appréhender la « réalité pratique » dans un nombre extrêmement restreint de catégories juridiques afin d'obtenir des règles juridiques claires[47]. Lorsque le Professeur François Gény s'est interrogé sur les *« procédés de la technique juridique »*, il en a distingué deux sortes : *« Les uns consistent en éléments extérieurs »*, en des *« formes »* ; *« les autres sont empruntés au fond même des actes ou faits et se représentent en des éléments intrinsèques, exigés un peu artificiellement, pour leur assurer la reconnaissance juridique ; ils aboutissent à configurer des catégories réelles en dehors desquelles les faits et actes de l'homme restent dépourvus de conséquences dans le for du droit »*[48]. Les catégories juridiques se détachent de la réalité par une abstraction. Elles constituent ainsi, en vertu des définitions et des classifications qu'elles impliquent, le centre de toute technique fondamentale du droit[49]. Les catégories juridiques peuvent en conséquence être appréhendées au travers certaines dualités. Le Professeur Delphine Costa constate que, malgré le fait qu'elles soient issues de la réalité juridique, elles s'en détachent aussi[50]. Le Professeur François Gény a d'ailleurs insisté sur cette dualité caractéristique des catégories juridiques. Il leur a reconnu tout à la fois une *« dose de réalité »* ainsi que le fait *« qu'elles se bornent à traduire le réel en termes capables de le rendre accessible à l'intelligence et à l'action humaines »*[51].

---

[46] Entre le *codex lustiniani*, le *digeste*, les *institutes* et les *novelles*, le cercle d'avocats, de Professeurs et de hauts fonctionnaires dirigé par Tribonien a livré un *corpus* législatif, doctrinal et pédagogique, à la fois novateur et abouti. Aussi, lorsque Portalis, Jacques de Maleville, François Denis Tronchet et Félix Julien Jean Bigot de Préameneu ont été appelés à réaliser à peu de choses près le même exercice de codification, leur travail n'en a été que facilité par l'œuvre de leurs prédécesseurs. D'ailleurs quatre mois ont suffi aux quatre rédacteurs officiels nommés par Napoléon Bonaparte pour boucler l'avant-projet de ce qui deviendra l'union de la coutume, du droit écrit et de la doctrine de l'époque. Le Code civil de 1804 témoigne non seulement de la qualité des compilations de Justinien mais incarne aussi un symbole d'unité de la nation. Il a notamment inspiré la plupart des codifications qui verront le jour au XIXe siècle : Bolivie (1830), Hollande (1838), Serbie (1844), Chili (1855), Roumanie (1864-66), Italie (1865), Portugal (1867), Espagne (1889), Bulgarie (1896) ; LOVISI (C), *Introduction historique au droit*, éd. Dalloz, 2ème éd., Coll. Cours, 2003, p. 63.

[47] COSTA (D), *Les fictions juridiques en droit administratif*, éd. LGDJ, 2000, p. 101.

[48] GÉNY (F), *Science et technique en droit positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Vol. 3, éd. Sirey, 1921, n° 202 ; *« Formes et catégories répondent ensemble à l'idée d'éléments plastiques de la jurisprudence. En même temps, elles nous montrent que si la technique consiste en artifices variables, ses procédés ne sont pas arbitraires, mais s'empruntent à la réalité, pour l'adapter à un but défini, suivant les besoins instinctifs ou les utilités reconnues des hommes ».*

[49] GÉNY (F), *Op. cit.*, Vol. 3, éd. Sirey, 1921, n° 213.

[50] COSTA (D), *Op. cit.*, p. 102.

[51] GÉNY (F), *Op. cit.*, Vol. 1, éd. Sirey, 1914, n° 47.

7. Les fictions juridiques - Le droit est fait pour régir le réel. Il semble insensé qu'il puisse remplir ce rôle en faussant la réalité[52]. Pourtant, il arrive qu'il ait recours à divers procédés de technique juridique lui permettant de supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques[53]. Utilisés par les prêteurs, les législateurs et les jurisconsultes[54], ces procédés, qualifiés de « fictions juridiques », permettent principalement de surmonter des obstacles à la mise en oeuvre concrète du droit[55]. Ce dernier est sans cesse soumis à l'exigence contradictoire de garantir sa propre continuité tout en restant en adéquation avec une réalité sociale en constant changement. Se faisant, il lui faut concilier la stabilité de la construction logique nécessaire à sa sécurité et les exigences de son adaptation aux réalités sociales. Les fictions permettent d'altérer la vérité pour justifier des solutions adéquates sans remettre en cause l'armature du système juridique[56]. Elles permettent d'introduire sans bouleversement des normes nouvelles dans l'ordre juridique en extrapolant les conditions ou la portée des règles et concepts existants[57] ; à rattacher une situation nouvelle au droit antérieur, tout en assurant la cohérence du système juridique[58].

La réalité juridique est fondamentalement incapable de saisir l'infinité des situations factuelles. Dès lors, les fictions permettent de regrouper et donc de réduire le nombre des situations que le droit aura finalement à saisir. Elles peuvent intervenir pour faire rentrer de force, mais de façon légitime, une situation factuelle dans une catégorie juridique qui ne lui correspond pas, notamment afin de lui voir appliquer un régime juridique adapté et utile[59]. Les fictions consistent tantôt en un écart entre le droit et la réalité extérieure qu'elles entendent régler, tantôt en une contradiction au sein même du

---

[52] RIVERO (J), *Fictions et présomptions en droit public français, Les présomptions et les fictions en droit*, éd. Bruylant, 1974, p. 101 et s.

[53] V. CAPITANT (H), *Vocabulaire juridique,* éd. Puf, 2018.

[54] LEROYER (A-M), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse, Paris II, 1995, n° 8.

[55] L'adage suivant lequel *« Nul n'est censé ignorer la Loi »* est lui-même un exemple de fiction juridique, tout comme l'est aussi l'adage *« Infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur »*, selon lequel l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son avantage.

[56] SCHMIDT-SZALEWSKI (J), *Les fictions en droit privé*, APD, t. 20, 1975, p. 273 et s.

[57] BERGEL (J-L), « Le rôle des fictions dans le système juridique », *RD McGill*, Vol. 33, 1988, p. 357.

[58] GÉNY (F), *Science et technique en droit positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Vol. 3, éd. Sirey, 1921, n° 247.

[59] COSTA (D), *La fiction juridique comme contrariété légitime à la réalité*, Conférence, Montpellier, 24 juin 2014.

système juridique. Elles expriment le désir d'aller au-delà du réel, mais aussi dans une certaine mesure, la volonté de nier le réel et pour se mettre ensuite en conflit avec lui. Par tradition, certains auteurs modernes considèrent que les fictions sont contraires à la vérité des faits. Ainsi que le notait Charles Toullier en 1830, les fictions consistent à superposer *« un fait contraire à la vérité »*[60]. Elles se présentent comme un écart entre le droit et la réalité, entre la vérité en droit et la vérité en fait[61]. Cette définition ne s'éloigne guère de celle que donnait Auguste-Marie Poullain du Parc en 1768 : *« Il n'y a point de doute sur la fausseté que la fiction établit »*[62].

Selon le Professeur Jean-Louis Baudouin : *« Le droit vit de fictions qui s'opposent au réel, officialise le mensonge et fabrique délibérément l'erreur »*[63]. Pour le Professeur Delphine Costa, la fiction juridique se distingue de l'erreur parce que l'utilisateur d'une fiction sait qu'il recourt à un procédé qui contredit la vérité, tandis que l'auteur d'une erreur n'a pas conscience qu'il commet une méprise à l'égard de la vérité[64]. À première vue, la fiction juridique est commune au mensonge, elle met le faux à la place du vrai. La fiction présente en effet la particularité d'être utilisée consciemment. Elle est, tel que la décrit Rudolf Von Jhering un *« mensonge technique consacré par la nécessité »*[65]. Ici, « le législateur met sciemment le faux à *la place du vrai »*[66] en vue de produire des effets de droit. Par certains aspects, la fiction est donc une tromperie[67]. Il s'agit bien de « faire croire » en une réalité erronée. La grande différence elle que cette réalité en laquelle la fiction prétend faire croire est souvent invraisemblable. De plus, le procédé technique est neutre en lui-même. Il peut certes devenir favorable ou préjudiciable, mais uniquement selon l'usage qui en est fait et les finalités pour lesquelles il est utilisé : c'est là la thématique de la polyvalence des techniques[68].

---

[60] TOULLIER (C-B-M), *Le droit civil suivant l'ordre du Code*, 5ème éd., t. 4, 1830, n° 189.
[61] DELNOY (P), *Eléments de méthodologie juridique*, éd. Larcier, 3ème éd., 2008, p. 273, n° 77.
[62] POULLAIN DU PARC (A-M), *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, t. 3, 1768, p. 188.
[63] BAUDOUIN (J-L), *Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes-Aspects nouveaux, La vérité et le droit, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 38, 1987, éd. Economica, 1989, p. 22.
[64] COSTA (D), *Les fictions juridiques en droit administratif*, éd. LGDJ, 2000, p. 42, 52-53.
[65] VON JHERING (R), *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 4, 1880.
[66] DELNOY (P), *Ibid*.
[67] BENTHAM (J), *Rationale of Judicial Evidence Specially Applied to English Practice*, Vol. VII, 1843.
[68] BERGEL (J-L), « Le rôle des fictions dans le système juridique », *RD McGill*, Vol. 33, 1988, p. 361

Paragraphe 2 - Objet de l'étude : la division du monde en deux grandes catégories juridiques

8. La distinction des personnes et des choses - Dans la mesure où il n'existe aucune définition juridique du corps humain, il faut avoir recours aux distinctions classiques et historiques opérées par le droit. Il est habituellement dit du droit qu'il consiste en une proportion de choses partagées entre des personnes[69]. Tout est être ou avoir, sujet ou objet. Suivant cette affirmation, le monde - sous son appréhension juridique - se divise en deux catégories fondamentales, avec d'un côté, les personnes et de l'autre, les choses, de sorte que : *« Tout droit dont nous usons se rattache soit aux personnes, soit aux choses, soit aux mises en scène des procès »*[70].

Point de départ de toutes les autres constructions, cette distinction[71] nourrit un principe que nul ne prend plus la peine de justifier tant il apparaît évident. Qualifiée de *« vérité première du droit »*[72], cette distinction entre l'être et l'avoir est présentée comme celle de deux figures antithétiques qui dominent l'univers juridique[73]. Véritable axiome du droit, elle est celle à laquelle le Code civil emprunte l'intitulé de ses trois livres[74]. Exprimée pour la première fois dans les ouvrages de Gaïus[75], cette *summa divisio* est le fruit d'une fiction par l'intermédiaire de laquelle la réalité sociale prend la forme d'une scène. Sur cette scène, le droit n'a plus affaire qu'à des sujets (A) et des objets de droit (B). Entre acteurs et décors, il n'a pour seul rôle que celui visant à organiser les relations que ces mêmes personnes entretiennent entre elles ou avec les choses, et dont le lien est assuré par les mises en scène des procès.

---

[69] VILLEY (M), *Le Droit naturel d'Aristote*, *Philosophie du Droit, Définitions et fins du Droit*, Coll. Les moyens du droit, t. 2, éd. Dalloz, 1984, réédition présentée par TERRE (F), 2001, p. 260.

[70] GAIUS, *Institutes*, Livre 1. Titre 2. §12 ; *« Omne autem ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones ».*

[71] V. DEMOLOMBE (C), *Traité de la distinction des personnes et des biens*, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, éd. Durand, 1870.

[72] JOSSERAND (L), « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, p. 1.

[73] TERRE (F), *L'être et l'avoir ? La personne et la chose*, dans GROUTEL (H), *Responsabilité Civile et assurance*, éd. Litec, 2006, p. 459.

[74] *« Des personnes »*, *« Des biens et des différentes modifications de la propriété »* et *« Des différentes manières dont on acquiert la propriété ».* Aujourd'hui, le Code civil se compose de deux livres supplémentaires : *« Des sûretés »* et *« Dispositions applicables à Mayotte ».*

[75] V. VILLEY (M), « L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHD*, Vol. 24, 1946-1947, p. 201 et s.

A - LA CATÉGORIE DES SUJETS DE DROIT

9. La personne physique - Le terme de « personne » est originaire du latin *« Persona »*[76], appellation utilisée afin de désigner un masque théâtral destiné à faciliter le retentissement de la voix de l'acteur. Le mot « personne » a subséquemment été employé afin de signifier le personnage ou le rôle lui-même. Ce sens a été conservé en grammaire pour indiquer que ce sont comme autant de rôles accidentels qu'une personne peut effectivement interpréter, suivant l'occurrence, dans la production de la parole, représentation sensible de la pensée[77]. Essentiellement axée autour de la cognition et de l'expression, cette acception trouve dans l'étymologie une certaine approbation. Elle recoupe par ailleurs assez correctement, avec un vocabulaire plus interdisciplinaire, celle de personne juridique, spécifique au droit.

Il n'existe pas dans la doctrine ou dans la jurisprudence, de définition unanime de la personne[78]. La personne humaine est une personne, au sens général, philosophique et moral, appartenant à l'espèce humaine[79]. Bien que non définie par rapport au réel universel, la personne juridique peut aussi bien être perçue comme une traduction dans le

---

[76] Dérivée du verbe latin *sonare* qui signifie « rendre du son » et de la particule ampliative *per*.

[77] DIDEROT et D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, personne, t. 12, 1765, p. 431 ; ISOCRATE, *À Nicoclès*, Discours, t. 2, éd. Les Belles Lettres, 1942, p. 121 ; V. DESCARTES (R), *Le Discours de la méthode*, 1637, V ; *« Et je m'étais ici particulièrement arrêté à faire voir que, s'il y avait de telles machines qui eussent les organes et la figure extérieurs d'un singe ou de quelque autre animal sans raison, nous n'aurions aucun moyen pour reconnaître qu'elles ne seraient pas en tout de même nature que ces animaux ; au lieu que, s'il y en avait qui eussent la ressemblance de nos corps et imitassent autant nos actions que moralement il serait possible, nous aurions toujours deux moyens très certains pour reconnaître qu'elles ne seraient point pour cela des vrais hommes. Dont le premier est que jamais elles ne pourraient user de paroles ni d'autres signes en les composant, comme nous faisons pour déclarer aux autres nos pensées. Car on peut bien concevoir qu'une machine soit tellement faite qu'elle en profère quelques-unes à propos des actions corporelles qui causeront quelques changements en ses organes, comme si on la touche en quelque endroit, qu'elle demande ce qu'on veut lui dire; si en un autre, qu'elle crie qu'on lui fait mal, et choses semblables ; mais non pas qu'elle les arrange diversement pour répondre au sens de tout ce qui se dira en sa présence, ainsi que les hommes les plus hébétés peuvent faire. Et le second est que, bien qu'elles fissent plusieurs choses aussi bien ou peut-être mieux qu'aucun de nous, elles manqueraient infailliblement en quelques autres, par lesquelles on découvrirait qu'elles n'agiraient pas par connaissance, mais seulement par la disposition de leurs organes. Car, au lieu que la raison est un instrument universel qui peut servir en toutes sortes de rencontres, ces organes ont besoin de quelque particulière disposition pour chaque action particulière ; d'où vient qu'il est moralement impossible qu'il y en ait assez de divers en une machine pour la faire agir en toutes les occurrences de la vie de même façon que notre raison nous fait agir ».*

[78] BIOY (X), *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, éd. Dalloz, 2003, n° 29 et n° 561.

[79] V. GALLOUX (J-C), *La personne physique entre réalité biologique et matérialité, L'identité politique*, éd. Puf, 1994, p. 169.

droit du phénomène global de la personne humaine[80]. L'expression de « personne physique », que le droit emploie pour décrire les êtres faits de chair et de sang, semblerait accréditer cette idée. Malgré cela, cette notion de personne a rencontré de fortes résistances doctrinales[81]. Il faut comprendre que la conception juridique ne recouvre pas exactement la compréhension commune. Par le passé elle n'a pas systématiquement et uniformément profité à tous les êtres humains. Dans une définition abstraite, la notion de personne a été utilisée comme un filtre, notamment pour déterminer les êtres humains juridiquement admis à être titulaires de droits et assujettis à des obligations, a être reconnus comme des « sujets de droit »[82].

10. La personne morale - En droit, la personne est définie largement, comme un être qui jouit de la personnalité juridique. Globalement, il est simplement question de s'accorder sur le fait que la personne s'oppose, trait pour trait, aux choses[83]. D'une part elle est « hors du commerce juridique »[84], elle ne peut en tant que telle être l'objet d'une convention. Nul ne peut acheter ou vendre une personne. D'autre part, elle jouit de droits propres qui lui permettent de se faire reconnaître et respecter en tant que personne et de se rendre propriétaire des choses[85]. Appréhendée négativement par rapport aux choses, la notion de personne juridique délimite seulement une sphère d'existants qui, au-delà des seuls éléments corporels, se voit accorder un régime spécial de protection. La qualification de personne intervient ainsi comme une technique d'imputation de droits et d'obligations. À défaut de précision explicite ou résultant du contexte, le terme peut désigner une personne physique, mais aussi morale[86]. Alors que la première désigne généralement un individu, la seconde, entité juridique abstraite, désigne plus largement un groupement, dotée de la personnalité juridique. La personne morale se distingue alors de la personne physique par son abstraction[87].

---

[80] LEMOINE (I), *Les choses hors du commerce : notion et régime,* Thèse, Dijon, 1993, p. 134.
[81] KELSEN (H), *La théorie pure du droit*, trad. EISENMANN (C), éd. LGDJ, 1999 ; DUGUIT (L), *L'État, le droit subjectif et la loi positive*, 1908, p. 171 et s.
[82] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 11
[83] THOMAS (Y), *Res, chose et patrimoine*, APD, t. 25, 1980, p. 413.
[84] Art. 16-1 et 16-5 du Code civil.
[85] Art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; Art. 544 du Code civil ; V. EDELMAN (B), *La personne en danger*, éd. Puf, Coll. Doctrine juridique, 1999, p. 308.
[86] CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014, p. 759.
[87] MARAIS (A), *Droit des personnes*, éd. Dalloz, 3ème éd., 2018, n° 89.

La catégorie juridique des personnes, moins riche qu'en droit romain[88], dépasse le cadre de la seule personne humaine pour accueillir en son sein des existants de nature fort différente[89]. La notion de personne juridique recouvre ainsi deux interprétations. La première interprétation comprend la personne comme la formalisation d'une réalité, comme un concept fonctionnel destiné à désigner les sujets qui pourront intervenir sur la scène juridique. La seconde interprétation, renouant avec une certaine forme de corporalité, recouvre - quant à elle - la notion d'être humain ; de telle sorte qu'il n'y a plus entre ces deux termes qu'une simple différence de nature[90].

B - LA CATÉGORIE DES OBJETS DE DROIT

11. Les choses - « Qu'est-ce qu'une chose ? » À cette question, le langage courant répond en désignant tout ce qui existe et qui est concevable comme un objet unique déterminé ou indéterminé[91]. Le langage juridique, de son côté, n'est pas beaucoup plus précis. Il s'agit, généralement, au pluriel, des objets qui existent indépendamment du sujet et sur lesquels peuvent exister des droits subjectifs[92]. Une chose est ce sur quoi l'homme peut exercer une maîtrise absolue ; une chose qu'il peut, en quelque sorte, investir de sa personnalité. Objets de possessions, indistinctement animés ou inanimés, réels ou modaux[93], les choses, considérées comme le fruit d'une catégorie imprécise et ouverte, peuvent indifféremment être corporelles ou incorporelles, mobilières ou immobilières, patrimoniales ou extrapatrimoniales, fongibles ou non fongibles, consomptibles ou non consomptibles[94]. La chose se comprend comme tout ce qui est susceptible d'un rapport à la personne, comme tout ce qui peut être objectivé. Les choses sont essentiellement l'instrument de la personne. Et en tant que tel, c'est-à-dire en tant que moyens à son

---

[88] VILLEY (M), *Le droit romain*, Coll. Que sais-je ?, éd. Puf, 6ème éd., 2002, p. 51 et s.

[89] GALLOUX (J-C), *La personne physique entre réalité biologique et matérialité, L'identité politique*, éd. Puf, 1994, p. 169-170 ; *« La catégorie des personnes juridiques comprend les personnes physiques et les personnes morales »* ; BIOY (X), *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, éd. Dalloz, 2003, n° 227.

[90] V. CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014, p. 512.

[91] V. VILLEY (M), « L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHD*, 1946-1947, p. 211.

[92] V. CORNU (G), *Op. cit.*, p. 990 ; *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, 2017-2018, p. 195.

[93] DIDEROT et D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Chose, t. 2, 1753, p. 374.

[94] V. DROSS (W), *Droit civil, les choses*, éd. LGDJ, 2012.

service, les choses sont tout aussi variées que les besoins de la personne elle-même. La chose romaine, du latin *« res »*, était déjà une catégorie polyvalente, une invention du droit romain pour manoeuvrer l'équivoque en faisant jouer les rapports entre qualifications impliquées dans son propre système de légalité[95]. Ce lien renvoyait à la logique de l'ensemble, au fonctionnement des interprétations, à tout l'implicite qui soutenait le système[96]. Objet des droits réels, elle décrivait l'objet matériel qui, ayant une utilité quelconque pour l'homme, jouit d'une valeur économique[97].

De manière générale, la chose n'est pas présentée comme étant strictement extrajuridique ; dans la mesure où elle peut à tout moment entrer dans la sphère du droit[98]. Comme le souligne d'ailleurs Bernard Edelman, la chose se présente comme une structure neutre, passive, sans esprit, une sorte de page blanche sur laquelle l'homme inscrirait son pouvoir[99]. De valeur toujours conditionnée et relative, la chose demeure non libre, impersonnelle et dépourvue de droits[100]. Elle se réalise dans le rapport qu'elle entretient avec la personne, autrement dit au travers le prisme d'une relation de subordination et d'inégalité où l'actif maîtrise le passif, où le sujet domine l'objet. Il s'agit concrètement de considérer cette relation entre sujet et objet suivant l'analyse menée par Kant, c'est-à-dire en termes d'opposition[101]. La logique consiste ici à séparer la personne du reste de l'univers. De cette façon, les choses en viennent à être définies par exclusion : comme tout ce qui n'est pas une personne. En raisonnant de la sorte, l'ordre juridique s'est naturellement positionné de façon à ne plus tolérer que l'on dispose à l'égard des personnes, de droits équivalents à ceux que l'on a sur les choses[102]. Tout ce qui d'un point

---

[95] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 37.

[96] LEGENDRE (P), *L'inestimable objet de la transmission*, éd. Fayard, 1985, p. 25.

[97] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses, à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, Paris, 1996, n° 38 ; *« Ce critère s'est maintenu jusqu'à nos jours. Ceci est manifeste, tant dans la définition juridique même de la chose, que dans les différentes références faites aux choses par le droit, et tout particulièrement, dans le domaine des droits réels (iura in re, droits sur les choses) ».*

[98] GALLOUX (J-C), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, n° 27, p. 229.

[99] EDELMAN (B), « Le droit et le vivant », *La recherche*, n° 212, juillet-août 1989, p. 969 ; EDELMAN (B), *La personne en danger*, éd. Puf, Coll. Doctrine juridique, 1999, p. 308.

[100] HEGEL (F), *Principes de la philosophie du droit*, éd. Puf, 2003, p. 152.

[101] V. KANT (E), *Anthropologie d'un point de vue pragmatique*, trad. FOUCAULT (M), éd. Vrin, 2008.

[102] VULLIERME (J-L), *La chose (le bien) et la métaphysique*, APD, t. 24, 1979, p. 31 ; *« Avant que le subjectum devienne purement et simplement un sujet face à des objets, il faudra encore franchir quelques étapes et spécialement que s'établisse une hétérogénéité absolue entre le sujet et l'objet, qui en réalité n'interviendra pas avant Kant ».*

de vue ontologique[103] n'est pas un être humain ne peut qu'appartenir à la catégorie juridique des choses. Inversement, tout ce qui est ontologiquement un être humain ne peut en aucun cas être qualifié de chose.

12. Les biens - Quand il est question de choses, le terme « bien », plus habituel, prête souvent à confusion. Et même si le Code civil[104] ne conçoit le destin des choses que comme offertes à la propriété[105], il est difficile de se résoudre à ignorer les différences entre les fonctions sociales de chacune. Toutes les choses ne pouvant être égales entre elles, il est impossible de conférer à tout ce qui n'est pas sujet un statut uniforme aux fers de la propriété[106]. Conscients de cela, il est opéré une distinction au sein des choses par l'intermédiaire d'une sous-catégorie dite des biens. Le terme évoque ainsi l'idée d'une valeur dont une personne profite. Inconnus du droit romain, lequel n'avait recours qu'à la terminologie de chose[107], les biens sont donc les choses qu'il est utile et possible de s'approprier[108].

Pour les Professeurs Pierre Voirin et Gilles Goubeaux, une analyse plus précise révèle que le terme de « bien » peut être pris dans une double acception. D'une part il désigne les choses, les objets matériels, qui servent à l'usage de l'homme, qui ont pour lui une utilité et une valeur[109] ; en ce sens, on parle de biens corporels. D'autre part, il désigne les droits qui représentent une valeur parce qu'ils permettent d'utiliser les choses ou d'obtenir certains avantages d'autres personnes : les biens incorporels[110].

---

[103] Qui relève de l'être général, de l'existentiel.

[104] Art. 544 du Code civil.

[105] PORTALIS (J-E-M), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801 ; *« Après avoir parcouru tout ce qui est relatif aux personnes, nous nous sommes préoccupés des biens ».*

[106] LOISEAU (G), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015 ; *« La chose prise comme un bien n'est en effet jamais qu'un objet de droits sur laquelle le sujet peut exercer en maître les prérogatives que la loi attache, a priori sans distinction, à la propriété. Or, c'est cette condition de la chose, vouée au service des hommes, qui est devenue, à l'occasion, indésirable. Songeons à l'animal : si certains souhaitent à toute force le sortir de la catégorie des choses, c'est pour le faire quitter la condition des biens et protéger l'être sensible par-delà les utilités qu'il présente pour son maître. Pensons aussi aux éléments et produits du corps humain : la perspective de pouvoir les traiter comme des biens dissuade nombre d'auteurs de les qualifier tout bonnement de choses ».*

[107] SCHILLER (S), *Droit des biens*, éd. Dalloz, 4ème éd. 2009, p. 14.

[108] V. ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Les Biens*, éd. Puf, 2ème éd., 1997.

[109] (V) MOUSSERON (J-M), *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, éd. Dalloz, 1991, p. 277-283.

[110] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd. 2017, n° 662.

À la différence des choses, les biens sont naturellement destinés à l'échange. Utiles par nature ou socialement, l'attrait patrimonial qui est le leur en font l'objet d'un désir que l'on veut réalisable. Or, pour réaliser ce désir, la personne doit pouvoir s'approprier la chose, et donc établir avec elle un rapport d'exclusivité afin d'exclure les tiers de ce même rapport. Cette démarche n'est néanmoins réalisable qu'à la condition que la chose en question soit juridiquement accessible à l'échange. C'est ici que s'opposent notamment la conception naturaliste et la conception légaliste. Puisque si la première voit en un bien toute chose qui a de la valeur, la seconde préfère faire reposer l'accessibilité à l'échange sur la volonté du législateur. Ainsi, en partant du principe que certaines choses ne se prêtent pas nécessairement à l'exclusivité, c'est au droit que revient la tâche de distinguer ce qui peut faire l'objet d'un droit de propriété de ce qui au contraire doit lui échapper. Le législateur va donc désigner des objets dits de respect[111] en s'efforçant de faire échapper certaines choses à l'emprise potentiellement nocive de la notion de bien. Certains estiment encore la différence entre bien et chose comme relevant de la quantité, en ce sens qu'un bien peut désigner un droit corporel ou incorporel, à la différence de la chose qui se contente d'une signification physique[112]. Cette confusion est entretenue par le Code civil[113] qui affiche sa difficulté à rompre avec ses origines romaines où toute chose pouvait être appelée à l'échange, y compris celles sur lesquelles il est difficile de concevoir que l'on puisse exercer en maître les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété[114].

---

[111] LOISEAU (G), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015 ; *« Il faut, pour cela, commencer par voir les choses autrement. Si l'on a pris l'habitude de voir les choses comme des objets de désir, il est peut-être temps d'en regarder certaines comme des objets de respect. Dans leur infinie variété, les choses ont des fonctions sociales distinctes dont il faut, le cas échéant, tenir compte pour organiser leur protection plutôt que les livrer, dans l'indifférencié, à la condition marchande des biens appropriés. A cet égard, certains types de choses, dont la fonction sociale pose leur rapport à la personne autrement que dans une relation d'appartenance, appellent effectivement une attention particulière, qui ne peut leur être portée qu'en les sortant de la compétition des biens. Pour celles-là, un droit des choses devrait être bâti, aux marches du droit des biens, afin de pourvoir à leur protection et leur donner un statut ad hoc prenant en compte leur nature spécifique. Ce droit existe du reste déjà, dans une large mesure, de manière dispersée : l'animal, pour l'envisager à nouveau, est l'objet de règles juridiques reconnaissant sa qualité d'être sensible et le protégeant contre les actes de cruauté ; le corps humain, après la mort, est protégé dans son intégrité et il ne peut, du vivant de la personne, être l'objet d'un droit patrimonial, pas plus que ses éléments et ses produits. Il existe par ailleurs, suivant la tradition romaine, des choses qui n'appartiennent à personne pour en laisser l'usage commun à tous, dont le régime relève de lois de police. Toutes ces choses, assurément, ne doivent pas leur condition juridique aux règles du droit des biens »*.

[112] SCHILLER (S), *Droit des biens*, éd. Dalloz, 4ème éd., 2009, p. 14.

[113] Art. 516 et s. du Code civil.

[114] LOISEAU (G), *Ibid*.

Paragraphe 3 - Enjeux de l'étude : la qualification juridique du corps humain

13. Une question sans réponse - Pour la plupart des individus, il est parfaitement inconcevable de vivre dans l'ignorance, de vivre uniquement pour satisfaire à leurs seuls besoins physiologiques. Il leur faut également satisfaire au besoin fondamental qu'éprouve leur intelligence de connaître les lois inhérentes aux phénomènes : *« Pourquoi y a-t-il quelque chose plutôt que rien ? »*[115], *« D'où venons-nous ? Que sommes-nous ? Où allons-nous ? »*[116]. Il s'agit non seulement de satisfaire une curiosité innée, mais aussi de trouver parmi tout ce qui est étranger, inhabituel ou énigmatique, quelque chose de familier, quelque chose de connu, de maîtrisé. Parce qu'il leur faut maîtriser les rapports sociaux, les hommes ont imaginé un ensemble structuré et équilibré de règles et de principes. Cet ensemble revêt le caractère d'un système cohérent et logiquement clair[117]. Mais parce qu'il participe de l'organisation sociale, ce droit est aussi ancré dans une réalité historique[118]. En raison des mutations inhérentes aux sociétés contemporaines[119], il est inéluctablement amené à évoluer et son contenu à être réformé[120]. Plusieurs études doctrinales font par ailleurs état des différentes conséquences modernes auxquelles ces mêmes mutations conduisent. Ainsi, inflation législative, complexification, fragmentation, ou encore mondialisation dépeignent une situation potentiellement critique pour l'ordre juridique, et trahissent finalement le désordre qui tend à s'emparer de la pensée juridique[121].

Forte de ces enjeux théoriques (A) et pratiques (B), la qualification juridique du corps humain illustre parfaitement cette précarité refoulée de la pensée juridique.

---

[115] V. LEIBNIZ (G-W), *Principes de la nature et de la grâce,* 1714.

[116] GAUGUIN (P), *D'où venons-nous ? Que sommes-nous ? Où allons-nous ?*, 1897-1898, Musée des Beaux Arts de Boston.

[117] L'ordre correspond à une fixité qui sied parfaitement à sa sécurité. Il assure la pérennité et la stabilité de l'ensemble des règles juridiques applicables au fonctionnement des institutions d'un État et qui fixent les rapports entre les citoyens qui le composent.

[118] FORRAY (V) et PIMONT (S), « Rémy LIBCHABER, L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit », *RTD civ.*, 2013, p. 909.

[119] Mutations religieuses et culturelles, professionnelles et familiales, économiques et technologiques, politiques et sociales.

[120] Tantôt juste, clairvoyant, absurde, voire même cynique, le droit est, en de nombreux points, semblable à l'Homme.

[121] LASSERRE-KIESOW (V), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279 ; MYSAN (H), « A propos de l'inflation des chiffres mesurant l'inflation des lois », *D.* 2007, p. 3029.

A - LES ENJEUX THÉORIQUES

14. La catégorisation du corps humain - Définir, c'est déterminer les caractères d'une entité, c'est fixer le contenu d'une notion, indiquer avec précision la nature et le sens de ce dont on parle. Il s'agit d'une opération fondamentale de la pensée, tant il est vrai que penser consiste à savoir ce que l'on dit, et savoir si ce que l'on dit est vrai. Pour le sens commun, quelque chose est vrai lorsqu'il est conforme au réel. Dans la confusion, le langage courant assimile fréquemment vérité et réalité. Il existe ainsi une forte propension à juger que ce qui est vrai est ce qui est réel. Or la réalité est d'abord éprouvée dans le sentiment d'une présence, d'une proximité, d'une densité d'existence. Elle se caractérise par ce qui est là devant, ce qui se donne à voir tout en existant indépendamment de la pensée humaine, du regard ou de l'action qui l'appréhende. De manière générale, chacun connait la réalité au travers l'expérience qu'il en a. En cela, il faut rigoureusement distinguer ce qui est vrai de ce qui est réel. La vérité, fait intellectuel qui découle logiquement de certaines prémisses et qui entraîne l'adhésion de l'esprit, est antérieure à toute expérience. En tant qu'accord de la pensée et de la réalité, elle est davantage une connaissance qu'une reconnaissance, une connaissance reconnue comme juste, conforme à son objet et possédant à ce titre une valeur absolue[122].

---

[122] La connaissance part d'une expérience qui est tant celle du croyant que celle du penseur. Il existe en cela deux sources de connaissances : la foi et la raison. La foi s'appuie sur la confiance dans le savoir d'autrui. Elle suppose de l'homme l'adhésion à un ordre de vérités ne relevant pas de l'expérience ou de la démonstration mathématique ; PASCAL (B), *Pensées*, fragment 233, le Pari ; *« Vous avez deux choses à perdre : le vrai et le bien, et deux choses à engager : votre raison et votre volonté, votre connaissance et votre béatitude ; et votre nature a deux choses à fuir : l'erreur et la misère. Votre raison n'est pas plus blessée, en choisissant l'un que l'autre, puisqu'il faut nécessairement choisir. Voilà un point vidé. Mais votre béatitude ? Pesons le gain et la perte, en prenant croix que Dieu est. Estimons ces deux cas : si vous gagnez, vous gagnez tout ; si vous perdez, vous ne perdez rien. Gagez donc qu'il est, sans hésiter ».* La raison, au contraire, ne se fie qu'à elle-même. Elle n'accepte que ce qui lui paraît d'emblée évident ou qui le devient après une démonstration rigoureuse. En ce qu'elle permet à l'homme de discerner le vrai du faux et de maîtriser ses impulsions, ses instincts, la raison est communément définie comme étant le propre de l'homme. Considérée comme historique et *a priori*, la raison n'est cependant pas exclusive d'une certaine croyance, tout comme la croyance n'est pas elle-même exclusive d'une certaine raison. En tant qu'animal social, et parce qu'il est plus facile de croire que de raisonner, l'homme possède une inclinaison naturelle à faire confiance à autrui. Entre foi et raison, il est toujours plus aisé de croire que d'éprouver par la raison. D'ailleurs, comme le précise M. Sériaux : *« À qui fait-on confiance si ce n'est de préférence à ceux que l'on a des raisons de croire à cause du savoir que nous leur reconnaissons ? » ;* SÉRIAUX (A), *Le droit naturel*, Coll. Que sais-je ?, éd. Puf, éd. actualisée, 1999, p. 3 et s. Et parce qu'il est impossible pour l'homme de tout vérifier et établir par lui-même, toute vérité - qu'il s'agisse de vérité d'expérience ou de vérité scientifique, de doctrine religieuse, de doctrine philosophique, ou de doctrine juridique, implique finalement raison et foi, et inversement ; JEAN-PAUL II, *Lettre encyclique, Fides et ratio*, 1998 ; *« La foi et la raison sont comme les deux ailes qui permettent à l'esprit humain de s'élever vers la contemplation de la vérité ».*

En droit, la qualification est la traduction de l'opération qui consiste à définir, à déterminer les caractères d'une entité. Base de toute démarche juridique, elle constitue le processus intellectuel par lequel les juristes décident ou non d'attribuer tel ou tel « nom » à une chose ou à une situation, afin de lui associer des effets et des conséquences[123] juridiques[124]. Le Professeur François Terré analyse ce processus comme la détermination précise de la nature d'un rapport de droit en vue de le classer dans l'une des catégories juridiques préalablement ou historiquement établies. Elle ne recouvre pas une simple opération de classement des situations juridiques qui serait elle-même sa propre fin, et qui résulterait de la constatation purement objective d'un certain nombre de caractères, dont la réunion imposerait l'appartenance à une catégorie définie. Elle va déterminer, par l'étiquette même qu'elle tend à conférer au rapport juridique qu'elle envisage, l'application d'une réglementation préétablie. Le droit positif établit des qualifications pour différencier les institutions en fonction de la nature juridique des éléments intrinsèques d'ordre patrimonial qui entrent dans leur composition, du caractère onéreux ou gratuit de la disposition de ces éléments, de la forme qui doit être observée pour la validité de cette utilisation[125].

En dehors de la définition qu'il connaît, le corps humain est une entité très difficile à cerner. Support obligé de toutes les activités de l'individu, il est mis en jeu dans les interactions avec autrui, le travail, le sport, la santé, mais aussi dans les pratiques les plus intimes, par exemple l'hygiène, l'alimentation ou la sexualité[126]. Le corps humain s'inscrit dans l'existence et dans le devenir de l'individu, d'où son caractère apparemment insaisissable d'un point de vue conceptuel. Le corps humain est « l'objet que nous sommes », « objet » d'action et de contemplation[127]. L'individu est ce qu'il paraît, a l'air de ce qu'il est. Bien qu'aujourd'hui les dualismes traditionnels ne soient en principe plus d'actualité, le corps reste une réalité dont il est possible de s'éloigner, que ce soit par les moyens offerts par l'évolution de la technique ou encore par la toute-puissance d'une volonté désincarnée. D'une part, le corps semble être accepté dans sa réalité matérielle,

---

[123] Le terme de qualification désigne autant l'opération que son résultat.
[124] CHAMPEIL-DESPLATS (V), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, éd. Dalloz, 2014, p. 358.
[125] TERRE (F), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, éd. LGDJ, 2014, p. 1 et s.
[126] DÉTREZ (C), *La construction sociale du corps*, éd. Seuil, 2002, p. 21.
[127] MARZANO (M), *La philosophie du corps*, éd. Puf, 4ème éd. 2017, p. 4.

dans ses souffrances et ses besoins. D'autre part, il est asservi, loué, glorifié, censuré ou abhorré en vue de satisfaire des intérêts idéologiques ou de justifier diverses prétentions[128]. Comme le dirait le Professeur de sociologie et d'anthropologie David Lebreton, il existe au sujet du corps humain une tradition de soupçon[129]. De manière générale, l'être humain n'aime pas être réduit à son corps. Il cherche à s'en éloigner et à sublimer sa matérialité. Avec les progrès réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies, la problématique ayant trait à cette appréhension n'a jamais été aussi flagrante.

15. La confusion des catégories - Fait par les hommes et pour les hommes, le droit est le lieu où s'écrivent et s'inscrivent leurs représentations. Tissé de concepts qui permettent d'élaborer des théories, de classer des entités concrètes ou abstraites, il est celui qui lie les dimensions biologiques et symboliques constitutives de l'être humain. À la fois saisi distinctement et indistinctement de la personne, le statut juridique du corps humain rejoint les interrogations de l'individu sur lui-même, sur sa place dans la société et ses relations avec les autres. Le corps humain est ainsi porteur, plus ou moins malgré lui, d'innombrables questions que la culture occidentale se pose à elle-même. Miroir d'une société, en ses contradictions, en ses aspirations, en ses dysfonctionnements, le corps s'accompagne d'un ensemble d'*a priori* mêlant croyances, convictions, prétentions et revendications.

Par principe, le droit n'a affaire qu'à des personnes ou des choses : les premières sont des sujets de droit, les secondes n'interviennent que comme objets de droit. Entre personne et chose, le corps humain s'est tout naturellement classé dans la catégorie des personnes, par opposition à celle des choses[130]. Mais cela n'est resté pertinent que tant que, ce dernier était matériellement indissociable de la personne elle-même. Lorsque la technique a rendu possibles et utiles les transfusions, prélèvements et greffes diverses, la question du statut juridique de ces éléments et produits soudain séparés de la personne

---

[128] MARZANO (M), *La philosophie du corps*, éd. Puf, 4ème éd. 2017, p. 5-6.
[129] LEBRETON (D), *L'adieu au corps*, éd. Métailié, 2013, p. 13 ; *« Une tradition de soupçon à l'égard du corps court dans le monde occidental depuis les présocratiques à l'image d'Empédocle ou de Pythagore. Platon a son tour envisage le corps comme tombeau de l'âme, imperfection radicale d'une humanité dont les racines ne sont plus au ciel mais en terre. L'âme est tombé à l'intérieur d'un corps qui l'emprisonne ».*
[130] *Supra.* n° 8 et s.

s'est posée ouvertement[131]. En rendant possible le prélèvement et la conservation hors du corps et la réimplantation de certains de ses éléments et produits, les progrès dans le domaine réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies ont projeté le corps humain sur la scène juridique. Ainsi que l'a souligné le Professeur Jean-Pierre Baud : *« Ce qui se passa à la fin des années quarante et au début des années cinquante peut être comparé à la première secousse d'un formidable séisme. On découvrit soudainement qu'on pouvait conserver vivant quelque chose d'humain hors du corps de l'homme et qu'on pouvait soit le remettre dans le corps de cet homme, soit l'injecter dans celui d'un autre homme. Le séisme avait entrouvert une faille, à la surface de la plaque de la personne, au point où, depuis deux mille ans, elle était en contact avec la plaque des choses »*[132].

L'opposition présentée entre le droit et le fait conduit à s'interroger sur les rapports qu'ils entretiennent. Le Professeur Frédéric Rouvière se pose la question suivante : *« Le droit, libre de la construction de ses catégories, peut-il ignorer des différences naturelles ? »* La distinction des personnes et des choses est juridique parce qu'elle est naturelle, parce qu'il paraît difficile de nier que les pierres et les plantes sont assimilables à l'humain et, par extension, que les machines soient humaines ou que les humains soient des machines[133]. Seulement, plus les sciences se développent, plus la distinction des personnes et des choses est mise à l'épreuve. Le droit est désormais confronté à des entités intermédiaires, oscillant entre personne et chose, être et avoir, sans très bien savoir ce qui relève de l'une ou de l'autre. La frontière qui sépare ces deux catégories est rendue de plus en plus perméable. Possible objet pour le droit, la matière humaine en est une parfaite illustration. Susceptible, dans ses différents états, d'être appréhendée comme une chose, un objet de droit, voire même comme un bien, elle met à l'épreuve l'adaptabilité du système juridique. Elle interroge sur la capacité du droit positif à appréhender de manière satisfaisante le corps humain, et *a fortiori* l'ensemble des entités intermédiaires qu'il pourrait être en mesure de rencontrer.

---

131 FABRE-MAGNAN (M), *Introduction générale au droit. Cours et méthodologie*, Coll. Licence Droit, éd. Puf, 2009, p. 184.

132 BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 18.

133 ROUVIÈRE (F), « Robots et mères-porteuses : la confusion des personnes et des choses », *RTD. civ.*, 2018, p. 261.

B - LES ENJEUX PRATIQUES

16. L'impératif de sécurité juridique - La qualification d'un rapport de droit ne se limite pas à une simple question de langage. Celle-ci a dans le droit une réelle utilité, elle a des conséquences juridiques concrètes.

En temps normal, après avoir choisi la chose ou la situation à classer, il est question de choisir l'emplacement où elle trouvera légitimement sa place. Mais parfois, il arrive qu'en présence d'une chose ou d'une situation particulière, aucun emplacement ne semble approprié, sauf à forcer la nature. Les catégories préexistantes ne sont pas sans limites. Plus précisément, elles ne répondent pas toujours aux attentes d'un monde en évolution. Kelsen reconnaissait lui-même dans la préface de la seconde édition de sa *Théorie pure du droit* qu' *« étant donné la diversité, qui va constamment croissant avec le temps, du contenu des ordres juridiques positifs, une théorie générale du droit est toujours exposée au risque que les concepts fondamentaux du droit qu'elle a élaborés n'appréhendent pas la totalité des phénomènes juridiques. Il peut se faire que maints d'entre eux se révèlent trop étroits ou au contraire trop larges »*[134].

Dans ces circonstances, l'absence de critères catégoriques indiscutables entraîne avec elle un risque évident d'instrumentalisation. En effet : Comment s'assurer que celui qui décide de la qualification et donc du classement n'oriente pas son choix en fonction des finalités qu'il poursuit ? Il est sans doute idéaliste de prétendre à une qualification purement objective, détachée de toute arrière-pensée sur les règles qui découlent de la catégorie retenue. L'on peut être enclin à privilégier une qualification plutôt qu'une autre pour la simple et bonne raison que cela permettrait de promouvoir une solution que l'on entendrait utile ou juste[135]. Classiquement, le rôle du juriste est de déterminer quel doit être, sur le plan juridique, le rapport le plus acceptable. Il doit, pour cela, nécessairement s'interroger sur l'opportunité d'un agencement capable de satisfaire les objectifs qu'il poursuit. Dans son élan, il peut toutefois être amené à se méprendre sur les conséquences possibles et éventuelles de son action.

---

[134] KELSEN (H), *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN (C), éd. LGDJ, 1999, p. 7.
[135] NICOD (M), *Les affres de la qualification*, éd. LGDJ, 2015, p. 7 et s.

17. L'impératif d'intérêt général - Les progrès réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies représentent un bouleversement de nature à transformer profondément les sociétés occidentales. Les applications présentes ou futures de ces technologies sont si abondantes qu'elles obligent sans cesse à redéfinir les rapports économiques et sociaux. Dans cet élan, le législateur n'a bien souvent aucune liberté, il ne fait que constater la situation sociale et en enregistrer les exigences[136]. La règle juridique a ainsi entériné de nombreux usages du corps qui lui ont été imposés notamment par la représentation objectivante et médicale du corps humain. De l'utilisation de ses éléments et produits à la reproduction humaine artificielle, le corps est de plus en plus traité comme un objet d'échanges, et de transactions[137]. Il en est venu à être considéré comme une entité potentiellement extérieure à la personne. Possible objet pour le droit, il est une chose à la fois que l'on est et que l'on peut avoir ; une chose qu'il est partiellement utile et possible de s'approprier. Raison sous-jacente au débat qui anime les juristes sur la question de la classification juridique du corps humain, l'appropriabilité du corps, de ses éléments et produits est devenue le point de départ et d'arrivée non avoué de l'interrogation ontique[138] et ontologique[139] du corps humain[140].

L'essor des technologies reste pourtant soumis à une contrainte d'acceptabilité sociale assez forte sous l'effet de représentations souvent catastrophistes[141]. Le législateur peut très bien être sensible à la demande sans cesse croissante en organes et en éléments de substitution, ou aux différentes revendications de droits en vertu des actions que la liberté autorise. Pour autant, il doit veiller à ce que cette sensibilité reste dans l'intérêt collectif et ne soit pas corrompue par d'éventuels bénéfices économiques sous-jacents. Il faut pour cela prendre la mesure des nombreuses et fécondes contradictions qu'il est possible de rencontrer sur la voie escarpée des choix moraux engendrés par la recherche dans les sciences de la vie et les pratiques médicales nouvelles qui en résultent. Il s'agit certes de

---

136 ATIAS (C), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, Chron., p. 251.

137 HARICHAUX (M), *Le corps objet, Bioéthique et droit*, éd. Puf, 1988, p. 130.

138 Qui se rapporte aux objets déterminés du monde.

139 Qui relève de l'être en tant qu'être ; de l'existence en général.

140 V. LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012.

141 ONFRAY (M), *Féeries anatomiques*, éd Grasset & Fasquelle, 2003, p. 197 ; *«Le clonage synthétise, ramasse et cristallise toutes les peurs contemporaines générées par l'apparition des techniques nouvelles ».*

répondre aux exigences nouvelles en définissant et en encadrant les pratiques nées des progrès en la matière, mais il s'agit de le faire dans le cadre de ce que le droit considère comme le plus acceptable. En application du principe de proportionnalité[142], il est pour habitude d'exiger un rapport, une adéquation, entre les moyens employés et le but poursuivi[143]. Il s'agit de promouvoir une action publique mesurée et respectueuse des droits fondamentaux[144]. Ainsi que le prévoit expressément la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des restrictions peuvent être envisagées lorsque celles-ci constituent des mesures *« nécessaires, dans une société démocratique »*[145]. Ces restrictions expriment un principe de conciliation permettant d'équilibrer les rapports entre les droits fondamentaux et les objectifs d'intérêt général poursuivis par les autorités étatiques[146]. En France, le principe de proportionnalité est un principe de protection des droits et des libertés[147], un mécanisme de pondération entre les différents intérêts publics et privés en cause[148]. Parce que le droit n'est pas neutre, le juriste ne peut se dérober à l'obligation de prendre parti sur le fait qui a provoqué ou provoque l'intervention la loi[149].

---

[142] Art. 19 et 20 de la Loi Fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne ; Cour administrative suprême de Prusse, 14 juin 1882, *Kreuzberg*.

[143] BRAIBANT (G), *Le principe de proportionnalité, Le Juge et le droit public*, Mélanges offerts à WALINE (M), t. 2, éd. LGDJ, 1974, p. 298 ; SCHWARZE (J), *Droit administratif européen*, éd. Bruylant, 2ème éd., 2009, p. 731.

[144] Art. 5 du Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 ; *« 4. En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité »* ; CJCE, 29 novembre 1956, n° 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier* ; CJCE, 17 décembre 1970, n° 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* ; CJCE, 28 octobre 1975, n° 36/75, *Rutili* ; CJCE, 20 février 1979, n° 120-78 , *Rewe-Zentral AG [Cassis de Dijon]* ; CJCE, 17 mai 1984, n° 15/83, *Denkavit Nederland BV c./Hoofdprodukctschap voor Akkerbouwprodukten* ; CJCE, 27 octobre 1993, n° C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby c/ Frenchay Helath Autority et Secretary of State for Health* ; CJCE, 24 juillet 2003, n° C-280/00, *Altmark*.

[145] Art. 8-11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, n° 1474/62.

[146] GRABARCZYK (K), *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, éd. Puam, 2008, p. 228 ; SAUVÉ (J-M), *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés*, Conférence, Aix-en-Provence, 17 mars 2017 ; *« En dehors de ces cas, la Cour européenne fait un usage quasi-systématique du contrôle de proportionnalité »*.

[147] Cons. const., 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-117 DC ; Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC ; Cons. const., 1er juillet 2004, n° 2004-497 DC ; Cons. const., 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC ; Cons. const., 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC ; Cons. const., 10 février 2017, n° 2016-611 QPC ; BALLOT (E), *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, éd. Mare et Martin, 2014, p. 376.

[148] XYNOPOULOS (G), *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de ALLAND (D) et RIALS (S), éd. Puf, 2003, p. 1251.

[149] ATIAS (C), *« Le mythe de l'adaptation du droit au fait »*, *D.* 1977, Chron., p. 251.

Au-delà de leur complexité spécifique, les progrès réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies laissent en suspens de nombreuses questions quant à leurs éventuelles dérives : faudra-t-il être fortuné pour pouvoir profiter des bénéfices de cette médecine ? Le risque n'est-il pas de voir apparaître une nouvelle forme d'exploitation des moins aisés ? Chacun est ainsi en droit de s'interroger sur les risques de voir le corps se faire l'enjeu des inégalités sociales. Ainsi que le précise le Professeur Muriel Fabre-Magnan, au-delà de la morale ou de l'éthique, qui ne suffisent pas en elles-mêmes à expliquer les raisons d'interdire, c'est la fonction anthropologique du droit qui est ici concernée au premier chef[150].

18. L'impératif de cohérence - Aujourd'hui, les connaissances sont considérablement plus vastes qu'il y a quelques siècles. Pourtant, nul ne peut dire pourquoi il y a quelque chose plutôt que rien. Il apparaît pourtant une différence majeure : désormais, la question est posée au physicien, et non plus au théologien et au philosophe. La réponse éventuelle peut ainsi être critiquée sur des bases rationnelles, et elle ne demande pas à être acceptée par un acte aveugle de foi, ou inversement, par un acte de foi aveugle[151].

Si - par principe - le droit consiste en une proportion de choses partagées entre des personnes[152], les sciences du vivant nous invitent désormais à repenser cette s*umma divisio.* Gorgée de significations différentes au cours de l'histoire, la distinction classique des *institutes* est-elle encore suffisamment fonctionnelle pour traiter des rapports qui excèdent un cadre juridique premier ? peut-elle répondre aux exigences actuelles ? Sinon, existe-t-il aujourd'hui un encadrement juridique capable de permettre le respect de la relation intrinsèque que partagent personne et corps, et dans une certaine mesure l'utilisation des différents éléments et produits dont il se compose ?[153]

---

150 FABRE-MAGNAN (M), *Introduction générale au droit*, éd. Puf, 2009, p. 184.

151 BOUQUET (A), « Aux sources de l'espace-temps », *Science et Vie*, n° 54, décembre 1999.

152 VILLEY (M), *Le Droit naturel d'Aristote, Philosophie du Droit, Définitions et fins du Droit*, Coll. Les moyens du droit, éd. Dalloz, t. 2, 1984, réédition présentée par TERRE (F), 2001, p. 260.

153 MARZANO (M), « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000, p. 50.

Chaque jour plus utilisable pour soi-même, comme pour autrui, le corps humain s'est mû en un ensemble d'éléments et de produits susceptibles d'être transformés, créés et cédés[154]. De la personne à la chose (**PARTIE I**), le corps humain n'est plus uniquement une « enveloppe charnelle ». Maurice Merleau-Ponty avait écrit : *« On existe comme une chose et on existe comme une conscience. L'existence du corps propre au contraire, nous révèle un mode d'existence ambigu »*[155]. Le problème ayant trait au corps humain est qu'il ne peut être réduit ni à celui d'une simple chose ni à celui de la conscience pensante[156]. Dans la confusion entre ce que l'on est et ce que l'on a, le corps n'est finalement ni personne ni chose (**PARTIE II**). Soutenir que le corps puisse être un objet n'implique pas nécessairement qu'il soit une chose comme les autres, sauf à envisager la possibilité de s'affranchir de lui. Cet état non exclusif au corps humain exige une réflexion plus profonde quant à notre manière de penser les catégories juridiques. *« C'est le terrible forfait de la nature que d'avoir fait les êtres avec la substance des choses »*[157].

---

[154] LEBRETON (D), *L'adieu au corps*, éd. Métailié, 2013, p. 15 et s. ; *« Dans le discours scientifique contemporain, le corps humain est pensé comme une matière indifférente, simple support de la personne. Ontologiquement distingué du sujet, il devient un objet à disposition sur lequel agir afin de l'améliorer, une matière première où se dilue l'identité personnelle et non plus une racine identitaire de l'homme. Double de l'homme, mais sans clause de conscience, sinon à l'inverse par l'évocation des préjugés, du conservatisme, ou de l'ignorance de ceux qui souhaitent fixer des limites au morcellement de la corporéité humaine. Le corps est couramment posé comme un alter ego voué à la rancune des scientifiques. Soustrait de l'homme q'il incarne à la manière d'un objet, vidé de son caractère symbolique, le corps l'est aussi de toute valeur ».*

[155] MERLEAU-PONTY (M), *Phénoménologie de la perception*, éd. Gallimard, 1945, p. 188.

[156] MARZANO (M), *La philosophie du corps*, éd. Puf, 4ème éd. 2017, p. 4.

[157] V. ROSTAND (J), *Pensées d'un biologiste*, 1954.

PARTIE I - LE CORPS HUMAIN, DE LA PERSONNE À LA CHOSE

19. Corporalité et droit - Contrairement à une affirmation parfois récurrente, la réflexion juridique portant sur le corps humain n'est en aucun cas exclusive à l'époque contemporaine. Ainsi que le rappelle Jean-Marie Aubry en préface de l'ouvrage de Irma Arnoux sur les droits de l'être humain sur son corps : *« La règle de droit n'a jamais ignoré le corps humain. Bien au contraire, c'est à propos de lui que sont apparues les normes anciennes les plus anciennes qui punissaient les atteintes à la vie ou à l'intégrité corporelle. Même en dehors du domaine pénal, les règles statutaires concernant le corps apparaissent nombreuses dès le droit romain ou le droit canonique, qu'il s'agisse des questions de nuptialité, voire de sexualité, de filiation ou même de la pratique de la médecine »*[158].

Mais pendant longtemps, le droit civil a nié l'existence du corps humain. Non essentiel à la conceptualisation juridique de la personne, celui-ci n'était appréhendé qu'indirectement, notamment au travers la naissance et la mort de la personne physique. Pour le droit civil, le corps n'existe pas en soi, il est une composante de la personne[159]. Traditionnellement présenté comme un aspect de la personne physique, le corps a donc principalement été confiné à des questions d'état[160] et de statut[161].

Avec la faculté de lui soustraire éléments et produits, pour les conserver et éventuellement les réimplanter chez une tierce personne, les juristes contemporains ont été rattrapés par ce manque d'intérêt touchant à la nature juridique du corps humain[162]. La réflexion juridique s'est trouvée ainsi confrontée au problème du droit applicable à ces actions, de leurs conditions, de leur licéité. Rendant le corps humain, ses éléments et produits, chaque jour plus utilisables pour soi-même, comme pour autrui, les progrès

---

[158] AUBRY (J-M), Préface de ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 5.
[159] CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 196.
[160] Art. 34 et s. du Code civil.
[161] Art. 371 et s. du Code civil.
[162] CORNU (G), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, éd. Montchrestien, 12ème éd., 2005, p. 211.

réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies se sont heurtés de plein fouet aux solutions juridiques traditionnelles ; et notamment à celle selon laquelle le corps, entité corporelle, doit être identifié à la personne elle-même.

Dans un premier temps, l'assimilation du corps à la personne a permis l'élaboration d'un statut juridique très protecteur. *« Le corps c'est la personne, cela signifie qu'il ne peut être ravalé au rang de bien, de chose »*[163]. Mais, les réflexions sur la corporalité de l'homme se sont multipliées[164]. Appréciant les prétentions en oeuvre, les exigences sociétales et la sécurité juridique, le législateur n'a eu d'autre choix que d'ouvrir la porte à une corporalité trop longtemps ignorée[165]. Pressé par la révolution biologique et médicale, et par toutes les actions désormais réalisables à l'endroit du corps, il a en même temps été forcé de pourvoir à l'élaboration d'un cadre légal applicable aux nouvelles pratiques. Responsables plus ou moins malgré eux de la réification des éléments et produits du corps humain, les progrès réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies ont à ce propos donné à repenser la quasi-totalité de ses rapports avec la personne tant humaine que juridique.

Peu à peu, la confusion naturelle du corps et de la personne (**TITRE I**) a laissé la place à une distinction artificielle de ces mêmes entités (**TITRE II**).

---

[163] CE, *Sciences de la vie, De l'éthique au droit*, n° 4855, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 1988, p. 16.

[164] AUBRY (J-M), Préface de ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 6 et s.

[165] V. Loi n° 52-854 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et leurs dérivés ; Lois des 1er et 29 juillet 1994 ; Loi n° 76-1180 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes ; Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; 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.

TITRE I - LA CONFUSION NATURELLE DU CORPS ET DE LA PERSONNE

20. L'être humain en forme de question - Qu'est-ce que l'homme ? La quatrième question posée par Kant[166] semble de prime abord bien inutile tant elle est évidente. Chacun est en effet à même de reconnaître un homme quand il le voit. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'en donner une définition, l'entreprise se révèle plutôt ardue. Pendant longtemps, l'homme a eu une vision surnaturelle de son univers, en particulier quand il s'agissait des phénomènes qu'il ne pouvait comprendre. Transcendé par une nature qu'il cherchait lui-même à transcender, il créa de vastes panthéons de divinités pour interpréter les mystères de son environnement, mais aussi ceux touchant à sa propre condition d'être humain. Lui qui vit en société, qui a inventé des sciences et des arts, qui s'est fait des lois[167], n'a en effet cessé de rechercher comment transcender la nature en son être, si sa nature n'était pas elle-même surnaturelle, et si son corps biologique n'était pas une contrainte plus ou moins malheureuse qu'il conviendrait finalement de réprimer, de surmonter ou de sublimer en le maîtrisant et en le soumettant.

Par la distinction qu'il opère entre le sujet et l'objet, le droit traduit à sa manière l'interrogation fondamentale que pose une réalité sublime autant que dérisoire[168] qui est celle de la nature humaine[169]. Cette interrogation cardinale nos rapports au corps : quand se pose la question de la chair et de l'immatériel, ou quand viennent à être pensés les derniers temps d'une existence. Chacun peut être d'accord sur ce point, croyants ou agnostiques : nul ne prétend expliquer, mais seulement constater. Entre fiction et réalité (**CHAPITRE I**), être et avoir (**CHAPITRE II**), personne et corps oscillent visiblement entre couples de termes opposés.

---

166 KANT (E), *Critique de la raison pure*, trad. BARNI (J), éd. Germer-Baillière, 1869.
167 DIDEROT et D'ALEMBERT, *encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, homme, t. 8, 1765, p.256.
168 V. TAISNE (J-J), préface, LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012.
169 V. ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011.

CHAPITRE I - LA PERSONNE JURIDIQUE ENTRE FICTION ET RÉALITÉ

15. Une scolastique juridique - En droit, la notion de personne revêt une double acception. Communément, lorsqu'il est demandé au juriste de définir l'homme, celui-ci répond généralement qu'il est la personne physique. Pour le juriste contemporain, la personne du chapitre II du Livre Ier du Code civil n'est pas la forme abstraite autour de laquelle s'ordonnent les rapports juridiques. Pour lui, la personne physique c'est l'être humain, tel qu'il est pris en considération par le droit[170]. Elle est une entité envisagée dans sa dimension matérielle et concrète. Ce principe de droit découle de ce que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits[171].

D'un point de vue strictement juridique, la personne n'a pas le sens qu'a ce mot en général. Quand bien même il en serait venu - dans un renversement de la pensée et du sentiment collectif - à en être rapproché, ce terme didactique désigne non l'être humain, mais l'acteur du théâtre juridique : le créancier, le débiteur, le propriétaire, le contractant. Il s'agit d'un concept créé par la science juridique en vue de présenter le droit de façon plus suggestive. La personne est une entité à laquelle se rattache l'intérêt, soit sous la forme d'un droit ou d'un bien, soit sous la forme d'une obligation[172].

Cette ubiquité a entaché la notion de personne d'une certaine obscurité. En droit, la personne juridique est principalement une abstraction (**SECTION I**). Pourtant, la proximité terminologique tenant au terme commun de « personne » fait que la personne physique demeure - dans l'imaginaire collectif - une incarnation (**SECTION II**) : telle est la réalité juridique actuelle.

---

[170] CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 195 ; DECOQ (A), *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, éd. LGDJ, 1960, n° 7 ; DOMAGES (R), *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse, Paris, 1956 ; EDDE (J-L), *Les droits extrapatrimoniaux relatifs au corps humain*, Thèse, Paris 1954, p. 2 ; GEORGEN (A), *Les droits de l'homme sur son corps*, Thèse, Nancy, 1957, p. 237 ; SAVORNAT (G), *Le principe de l'inviolabilité du corps humain en droit civil*, Thèse Poitiers, 1951 ; CABRILLAC (F), *Le droit civil et le corps humain, Thèse, Montpellier*, 1962, p. 271 ; Presses Universitaires de Namur, Société d'Etudes morales, sociales et juridiques, 1982, p. 673-674.

[171] Art. 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

[172] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 1.

SECTION I - LA PERSONNE JURIDIQUE : UNE ABSTRACTION

16. De la Création à la représentation - Dans *L'affaire de la main volée*, le Professeur Jean-Pierre Baud considère l'apparition de la notion de personne comme une étape déterminante dans l'histoire de la désincarnation du droit, et c'est pour cette raison qu'il faut - selon lui - préciser très clairement sa nature : *« La personne physique est autant une abstraction que la personne morale mais c'est une abstraction qui existe réellement ».* Il ajoute même que c'est en cela que le juriste fait office de créateur. En ce sens que c'est en tirant parti de la notion de personne que le juriste est devenu le grand metteur en scène du théâtre social, et mieux encore un *« créateur artistique dont les créatures existeront réellement et tendront à se substituer aux êtres de chair qu'elles représentent »*[173].

L'intérêt est de distinguer ce qui relève de la réalité de ce qui appartient au monde conceptuel du droit, afin notamment de désolidariser la qualité de personne humaine de celle de personne juridique[174]. La personne, dans son acception juridique, est authentiquement la traduction dans le droit du phénomène global de personne humaine. Elle a en cela été conçue comme une oeuvre d'abstraction, à entendre en son sens étymologique de ce qui est tiré hors de la réalité sensible, c'est-à-dire la personne identifiée par son corps[175]. De fait, la personne juridique n'a de sens et d'existence que dans le monde conceptuel du droit. Il ne s'agit pas de négliger l'ordre naturel des choses, de nier la réalité ou de limiter l'existence comme personne humaine à l'existence comme personne juridique. Il s'agit simplement de garder à l'esprit que la personne juridique est le fruit d'une désincarnation (**Paragraphe 1**), d'une formalisation de la personne (**Paragraphe 2**). La personne juridique est issue d'une réduction rationnelle, une mise en ordre du droit. Elle a été inventée pour être cela et pour fonder ainsi une conception subjective du droit[176].

---

[173] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 60-61 ; *« Les mises en scène juridiques sont, à la différence des mises en scène théâtrales, réellement créatrices. Les personnes juridiques se distinguent des personnes de théâtre en ce qu'elles existent dans le quotidien de la vie. Les personnes sont des abstractions, mais ce ne sont pas des fictions parce que le système juridique qui leur donne naissance est maître de décider qui existe et pendant combien de temps ».*

[174] BERTRAND-MIRKOVIC (A), *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, éd. Puam, 2003, n° 466.

[175] TRIGEAUD (J-M), *La personne*, APD, t. 34, 1989, p. 108.

[176] BAUD (J-P), *Op. cit.*, p. 62.

Paragraphe 1 - La désincarnation de la personne humaine

17. Une pensée positiviste - Dans la tradition occidentale, l'idée de l'homme est essentiellement biblique[177]. Il a souvent été relevé que la pensée juridique romaine s'était développée dans un milieu intellectuel imprégné de philosophie grecque[178]. Ceci étant, elle s'est également développée dans un milieu tout aussi imprégné de religion[179]. Il y a par ailleurs toujours eu entre ces deux disciplines, aux divers moments de l'histoire, un conflit ouvert ou latent, une attraction réciproque, voire même une dissolution intégrale de l'une des deux dans l'autre[180]. En l'absence de véritables fondements méthodologiques, la religion a notamment puisé dans les pensées dominantes. Et lorsqu'elle est entrée en concurrence avec la philosophie grecque, elle a parfois su profiter de ses failles pour la subvertir de l'intérieur. Détournant le vocabulaire philosophique à son profit, elle lui donna à certaines occasions des significations nouvelles, religieuses. Sur la question de l'homme, par exemple, elle reprit à son compte bon nombre de réflexions touchant à la nature humaine. Si la tradition biblique définit l'homme comme une créature de Dieu, la philosophie grecque permit d'expliquer l'homme comme une entité composée d'un corps et d'une âme.

La civilité romaine s'est consécutivement construite sur le même modèle. Mais en lieu et place de la Création divine, elle a élaboré sa propre représentation de la réalité. Plutôt que de considérer l'homme comme un corps et une âme (A), elle a remplacé la personne humaine par la personne juridique, une réalité naturelle par une réalité juridique (B). Ainsi que l'a justement précisé le Professeur Jean-Pierre Baud, elle a construit son propre monde, un monde peuplé de ces personnes que les civilistes furent chargés de mettre en scène sur le théâtre du droit ; tout en censurant conjointement le corps et l'âme[181].

---

[177] KRIEGEL (B), *Philosophie de la République*, éd Plon, 1998, p. 128.
[178] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 58.
[179] LOVISI (C), *Introduction historique au droit*, Coll. Cours, éd. Dalloz, 2ème éd., 2003, n° 20-21 ; Empereur chrétien, césaro-papiste, Justinien est non seulement considéré comme un Saint par l'Église mais est aussi en droit le symbole de la codification.
[180] *Axis l'univers documentaire*, Dossiers, Vol. 8, éd. Hachette, 1993, p. 162 ; « *Loin de s'ignorer, philosophie et religion - ces deux grandes productions de la pensée et de l'histoire humaines - n'ont cessé de se mesurer l'une à l'autre, s'affrontant avec des armes différentes, sur un même champ de bataille infiniment vaste* ».
[181] BAUD (J-P), *Op. cit.*, p. 58 et s.

A - UN CORPS ET UNE ÂME

Continuellement décrit comme une substance individuelle de nature spirituelle et raisonnable[182], l'homme est le produit de deux constituants majeurs qui pourront être considérés comme antithétiques : le corps et l'âme. Comme pour la personne et le corps, il est question de poser en des termes multiples le problème des relations entre corps et âme. L'âme n'est-elle qu'une entité séparée du corps, sublime et immortelle ? Le corps n'est-il qu'une prison charnelle ? S'agit-il de deux réalités distinctes ou au contraire d'une seule et même réalité à laquelle prennent part deux entités consubstantielles ? Ici, deux concepts s'affrontent : le dualisme platonicien (***1***) et l'hylémorphisme aristotélicien[183] (***2***).

1 - Le dualisme platonicien

18. Temporel et spirituel - Le terme originel employé pour définir l'homme au sein du judaïsme est *« Adam »*[184]. Issu de l'hébreu *« Adama »* qui signifie « fait de terre rouge », ce terme est aussi, dans les religions monothéistes, le nom du premier homme sur terre. Créé à l'image et à la ressemblance de Dieu[185], non pas engendré, ce premier homme est lui-même modelé, façonné, à partir de la glaise du sol[186]. Animé par le souffle divin[187], il est voué à dominer les poissons de la mer, les oiseaux du ciel, le bétail, toute la terre, et tous les reptiles qui rampent sur la terre[188]. Au sein des religions abrahamiques[189], l'homme revêt de fait une double nature : il est un être à la fois temporel et spirituel. Le récit biblique exprime cette réalité avec un langage symbolique. L'homme y est en effet décrit comme le produit d'une combinaison à laquelle prennent part deux éléments *a priori*

---

[182] BOÈCE, *Traités théologiques*, 512-523, *De persona et duabus naturis* ; *« Naturae rationalis substentia ».*

[183] Doctrine selon laquelle l'être est constitué de deux principes complémentaires, la matière et la forme.

[184] *Génèse*, 2. 5 et s.

[185] *Génèse*, 1. 27 ; *« Dieu créa l'homme à son image, il le créa à l'image de Dieu, il créa l'homme et la femme ».*

[186] Où de la poussière, selon la traduction.

[187] *Genèse,* 2. 7 ; *« Alors Yahvé Dieu modela l'homme avec la glaise du sol, il insuffla dans ses narines une haleine de vie et l'homme devint un être vivant. » ou « L'Éternel Dieu forma l'homme de la poussière de la terre, il souffla dans ses narines un souffle de vie et l'homme devint un être vivant ».*

[188] *Génèse*, 1. 26.

[189] Judaïsme, Christianisme et Islam, se référent chacune explicitement au prophète Abraham ; SAINT PAUL, *épître aux Galates*, Chapitre 3. 7 ; *« Reconnaissez donc que ceux-là sont fils d'Abraham, qui sont de la foi ».*

différents : l'un, le corps, image fragile et matérielle, l'autre, l'âme[190], immatérielle, principe de pensée et de volonté.

Le « dualisme » renvoie à toute doctrine qui dans quelque domaine que ce soit admet deux principes hétérogènes et irréductibles l'un à l'autre. En cela, il y a assurément une part de dualisme dans la distinction que l'on pourrait opérer entre l'âme et le corps. Le plus souvent, la prééminence est accordée à l'âme, supposée éternelle, tandis que le corps est périssable, mortel. C'est en ce sens que Socrate, dans les dialogues de Platon, distingue le corps de l'âme, affirmant que *« l'homme c'est l'âme »*[191]. Dans le *dialogue du Phédon*, Platon établit à son tour une distinction entre les choses qui sont immatérielles, invisibles et immortelles, et celles qui sont matérielles, visibles et périssables[192]. Considérant cette dualité, il est suggéré que : *« ce moi, c'est-à-dire l'âme, par laquelle je suis ce que je suis, est entièrement distincte du corps »*[193]. L'âme des hommes vient immédiatement de Dieu qui l'a créé dans ce dessein lorsqu'il l'envoie au corps humain. En cette qualité, elle n'a point de participation naturelle aux qualités de la semence générative du corps, où elle est colloquée[194]. La distinction de l'âme et du corps est une distinction réelle mutuelle, une distinction entre deux substances, capables comme telles d'exister chacune séparément l'une de l'autre[195]. Ici, vivre constitue une rencontre entre l'âme et le corps, lequel n'est qu'une enveloppe sans relation aucune avec l'âme qui définit seule la personne. Alain ira jusqu'à préciser que l'âme c'est ce qui refuse le corps. « *Par exemple, ce qui refuse de fuir quand le corps tremble, ce qui refuse de frapper quand le corps s'irrite, ce qui refuse de boire quand le corps a soif, ce qui refuse de prendre quand le corps désire, ce qui refuse d'abandonner quand le corps a horreur. Ces refus sont des faits de l'homme. Le total refus est la sainteté ; l'examen avant de suivre est la sagesse ; et cette force de refus c'est l'âme »*[196].

---

[190] Les termes originels désignant l'âme sont : en hébreu, *nèphèsh* (respirer), en grec, *psukhê* (souffle) et en latin *Anima* (air, vent) ; l'âme est de fait assimilée à l'air nécessaire à la vie.
[191] PLATON, *Alcibiade*, 130c.
[192] PLATON, *Dialogue du Phédon*, 64c.
[193] DESCARTES (R), *Discours de la méthode*, 1637, IV.
[194] LOYSEAU (C), *Les oeuvres de Maître Charles Loyseau*, *Avocat en Parlement*, éd. Compagnie des libraires, Université de Gand, 1701, p. 133.
[195] DAMASCIUS, *Commentaire sur le Phédon de Platon*, I. 59.
[196] CHARTIER (E-A), *Définitions*, éd. Gallimard, 1953, p. 23.

19. L'opposition du corps et de l'âme - L'âme est forcée de considérer les réalités au travers du corps comme au travers les barreaux d'un cachot, au lieu de le faire seule et par elle-même[197]. Prisonnière d'un corps fragile et périssable, son incarnation est, ce faisant, un exil du fond duquel l'âme réclame le retour à sa source. Platon écrivait à ce sujet que : *« Tant que nous aurons notre corps et que notre âme sera embourbée dans cette corruption, jamais nous ne posséderons l'objet de nos désirs, c'est-à-dire la vérité. Car le corps nous oppose mille obstacles par la nécessité où nous sommes de l'entretenir, et avec cela les maladies qui surviennent troublent nos recherches. D'ailleurs, il nous remplit d'amours, de désirs, de craintes, de mille imaginations et de toutes sortes de sottises, de manière qu'il n'y a rien de plus vrai que ce qu'on dit ordinairement : que le corps ne nous mène jamais à la sagesse. Car qui est-ce qui fait naître les guerres, les séditions et les combats ? Ce n'est que le corps avec toutes ses passions. En effet, toutes les guerres ne viennent que du désir d'amasser des richesses, et nous sommes forcés d'en amasser à cause du corps, pour servir, comme des esclaves, à ses besoins »*[198].

Du fait de son origine, l'âme est considérée comme immortelle, probablement parce que ce qui ne naît pas n'a aucune raison de périr, mais aussi et surtout parce qu'elle n'appartient pas, contrairement au corps, au monde de la génération et de la corruption. De cette opposition ressort le caractère problématique entretenu entre le corps et l'âme, puisque pour que l'âme puisse prétendre survivre à la mort corporelle, il faut qu'elle soit d'une nature autre que corporelle. En revanche si ce rapport est amené à être considéré comme une union réelle, ils seront tous deux solidaires dans leur destin mortel. Dès lors, il devient malaisé de penser leur union comme réelle[199]. Sujet extrêmement discuté durant l'Antiquité, tant païenne que chrétienne, l'âme est par nature l'objet d'une foule d'opinions. Entre qualité et substance, l'âme divisera ceux qui préfèreront penser qu'elle n'est qu'une pure qualité, et ceux qui soutiendront qu'elle n'est qu'une partie séparée d'un tout[200].

---

[197] PLATON, *Dialogue du Phédon*, 82d-e.
[198] PLATON, *Op. cit.*, 66b.
[199] PERRIN (A), « L'âme et le corps », *Cahiers philosophiques,* n° 53, décembre 1992.
[200] DIDEROT et D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, animal, tome I, 1751, p. 327.

2 - L'hylémorphisme aristotélicien

20. Matière et forme - Aux yeux de la littérature hébraïque, l'âme est créée en même temps que le corps. Elle ne lui préexiste pas. Le souffle divin n'est aucunement une substance immatérielle étrangère à la glaise dont le corps de l'homme est lui-même formé. Il est l'animation de ce corps. Ce qui préexiste à l'âme comme au corps et qui en est distinct. C'est ainsi l'Esprit, le souffle créateur qui assure l'existence de l'âme et du corps. Il en résulte que l'âme et le corps ne sont pas ontologiquement[201] différents l'un de l'autre[202]. En hébreu, il n'y a d'ailleurs même pas de mot pour désigner « le corps » tel qu'il apparaît dans les réflexions menées par Socrate et Platon, autrement dit comme une substance distincte de l'âme[203]. Cette confusion est d'ailleurs entretenue par Saint Jean dans son *Évangile* lorsqu'il enseigne que *« le Verbe s'est fait chair »*[204] : ici, l'Esprit n'est pas devenu matière, il est devenu homme. Spinoza viendra d'ailleurs appréhender corps et âme comme une seule et même chose, qui est conçue tantôt sous l'attribut de la pensée, tantôt sous l'attribut de l'étendue[205]. Définie nominalement comme le principe de la pensée, ou le principe de la vie, ou des deux à la fois, l'âme peut de ce fait être appréhendée comme *« la forme d'un corps naturel ayant la vie en puissance »*[206], comme *« une substance dont toute l'essence ou nature n'est que de penser »*[207].

---

[201] Qui relève de l'être général, de l'existentiel.

[202] PERRIN (A), « L'âme et le corps », *Cahiers philosophiques,* n° 53, décembre 1992.

[203] TRESMONTANT (C), *Le problème de l'âme*, éd. Seuil, 1971, p. 61.

[204] SAINT JEAN, *Évangile*, I, 1-4 ; *« Au commencement était le Verbe et le Verbe (Lobos) était en Dieu, et le Verbe était Dieu. Il était au commencement en Dieu. Tout par lui a été fait, et sans lui n'a été fait rien de ce qui existe. En lui était la vie, et la vie était la lumière des hommes. » ;* SAINT JEAN, *Évangile*, I, 14 ; *« Et le Verbe s'est fait chair, et il a habité parmi nous, (et nous avons vu sa gloire, gloire comme celle qu'un fils unique tient de son Père) tout plein de grâce et de vérité »* La doctrine chrétienne s'est construite autour du symbole de *Nicée*, c'est-à-dire la reconnaissance de la consubstantialité. Dieu, est unique en trois personnes qui sont chacune une hypostase de la divinité unique, du *Logos*, c'est-à-dire de l'esprit créateur par qui procède tout ce qui existe ; Le corps de l'homme participe à la dignité de l' « image de Dieu » : il est corps humain précisément parce qu'il est animé par l'âme spirituelle, et c'est la personne humaine toute entière qui est destinée à devenir, dans le Corps du Christ, le Temple de l'Esprit : corps et âme, mais vraiment un, l'homme, dans sa condition corporelle, rassemble en lui-même les éléments du monde matériel qui trouvent ainsi, en lui, leur sommet, et peuvent librement louer leur Créateur. Il est donc interdit à l'homme de dédaigner la vie corporelle. Mais au contraire il doit estimer et respecter son corps qui a été créé par Dieu et qui doit ressusciter au dernier jour. L'unité de l'âme et du corps est si profonde que l'on doit considérer l'âme comme la « forme » du corps ; c'est-à-dire, c'est grâce à l'âme spirituelle que le corps constitué de matière est un corps humain et vivant ; l'esprit et la matière, dans l'homme, ne sont pas deux natures unies, mais leur union forme une unique nature ; RATZINGER (J-A), *L'Europe dans la crise des cultures*, Conférence, Subiaco, 1er avril 2005.

[205] SPINOZA, *Des affects*, Éthique III, Prop. 2.

[206] ARISTOTE, *De l'âme*, II, 412a, 20.

[207] DESCARTES (R), *Discours de la méthode*, 1637, IV.

Pour Aristote, l'un des genres de l'être est la substance ; or, la substance, c'est en un premier sens, la matière, c'est-à-dire ce qui, par soi, n'est pas une chose déterminée ; en un second sens, c'est la figure et la forme, suivant laquelle, dès lors, la matière est appelée un être déterminé, et, en un troisième sens, c'est le composé de la matière et de la forme[208]. C'est en vertu de leur communauté que l'une agit et l'autre pâtit, que l'un est mû et l'autre meut. Aucun de ces rapports réciproques n'appartient à des choses prises au hasard[209]. C'est ici tout l'hylémorphisme[210] aristotélicien qui situe l'homme comme étant aux confins de deux natures : spirituelle et matérielle[211], toutes deux indissociables, contrairement à la conception dualiste et néoplatonicienne d'un corps geôlier[212].

21. L'union du corps et de l'âme - Ici chaque corps dispose d'une information ou d'une animation qui lui est appropriée ; c'est donc : *« à bon droit que des penseurs ont estimé que l'âme ne peut être ni sans un corps ni un corps : car elle n'est pas un corps, mais quelque chose du corps. Et c'est pourquoi elle est dans un corps, et dans un corps d'une nature déterminée, et nullement à la façon dont nos prédécesseurs l'adaptaient au corps, sans ajouter aucune détermination sur la nature et la qualité de ce corps, bien qu'il soit manifeste que n'importe quoi ne soit pas susceptible de recevoir n'importe quoi […] l'entéléchie de chaque chose survient naturellement dans ce qui est en puissance cette chose, autrement dit, dans la matière appropriée »*[213]. De fait, il n'y aurait pas à proprement parler de dualité en l'homme, puisque si l'âme et le corps étaient deux principes ou deux réalités différentes, ils ne sauraient exercer la même activité : deux réalités ontologiquement diverses ne sauraient en effet exercer d'activité unique[214] ; *« L'âme rationnelle ou intellective est la forme du corps humain, par elle-même et essentiellement »*[215].

---

[208] ARISTOTE, *De l'homme*, II, 1, Définition de l'âme.
[209] ARISTOTE, *Op. cit.*, I, 3, 407b, 15.
[210] Doctrine selon laquelle l'être est constitué, dans sa nature, de deux principes complémentaires, la matière et la forme.
[211] SAINT THOMAS D'AQUIN, *Summa contra gentiles (Somme contre les gentils)*, Livre III, CXVII.
[212] PLATON, *Dialogue du Phédon*, 82d-e ; « *Forcée de considérer les réalités au travers des corps comme au travers des barreaux d'un cachot, au lieu de le faire seule et par elle-même ».*
[213] ARISTOTE, *De l'âme*, II, 2, 414a, 20-25.
[214] SAINT THOMAS D'AQUIN, *Op. cit.*, Livre II, LVII.
[215] XVème Concile œcuménique, Vienne, 1312.

Les hommes, quand ils disent que telle ou telle action du corps provient de l'esprit qui a un empire sur le corps, ne savent ce qu'ils disent et ne font rien d'autre qu'avouer en un certain langage qu'ils ignorent la vraie cause d'une action. Nul ne sait comment l'esprit meut le corps[216]. Nul ne sait qui de l'âme ou du corps agit en premier. Association indissociable d'une matière et d'une forme, il est souvent avancé que c'est grâce à l'âme spirituelle que le corps constitué de matière est capable de se mouvoir. En ce qu'elle transcende la matière, l'âme en vient à imprégner chacune de ses parties[217], de sorte que la nature de chacun n'est pas limitée à l'en dedans ou l'en deçà et qu'elle les inclut et les dépasse. Ainsi, corps et âme ne sont pas dans l'homme deux natures unies, mais leur union forme une unique nature. Comme la matérialité de l'objet connu ne peut pas pénétrer dans l'esprit, celui-ci doit l'assimiler, le rendre semblable à soi, ce qu'il fait par l'abstraction[218]. C'est l'âme qui informe et organise le corps de chaque individu. Il en résulte qu'elle est individuelle, multipliée donc avec les individualités biologiques. Plus que la définition aristotélicienne de l'animal raisonnable, cette vision recouvre tout ce qui entre aujourd'hui dans le domaine des droits fondamentaux, comme la liberté, la conscience, l'autonomie du jugement, la condition corporelle et sociale[219] ; l'expression première d'une forme qui transcende le corps comme la volonté[220].

B - UNE RÉALITÉ NATURELLE ET UNE RÉALITÉ JURIDIQUE

Influencée par la pensée grecque, la pensée juridique romaine s'est attachée à une certaine objectivité, cherchant à rendre compte de la réalité sociale et de la civilité au travers un discours à la fois rationnel et pragmatique. Dans cette logique singulière, les jurisconsultes conçurent la personne comme l'acteur du théâtre juridique (***1***). Concept fonctionnel destiné à désigner les sujets de droit, la personne est celle qui revêt le masque de la personnalité juridique, celui-là même qui lui permet d'invoquer les droits subjectifs sur la scène du droit (***2***).

---

[216] SPINOZA, *Des affects*, Éthique III, Prop. 2.
[217] SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique, Prima pars*, question n° 76.
[218] PERRIN (A), « L'âme et le corps », *Cahiers philosophiques,* n° 53, décembre 1992.
[219] LUSTIGIER (J-M), « La personne devant le Cardinal Archevêque de Paris », *D.* 1995, p. 6.
[220] SAINT PAUL, *Première lettre aux Corinthiens*, 12.13.

1 - L'acteur du théâtre juridique

22. Une construction juridique pragmatique - Bien assez tôt, droit et religion sont tous deux apparus comme deux mondes séparés[221]. À l'intersection de la religion et de la politique, la pensée juridique romaine s'est fait l'objet d'une réalité originale, obéissant à une logique qui lui est propre et que n'épuise pas la constatation de l'existence d'un *corpus* de coutumes et de lois, comme il en a existé, toujours lié à la religion, dans toutes les civilisations[222]. Bien qu'elle n'ait pas été totalement imperméable à toute influence extérieure, elle engendra un droit extrêmement pragmatique : un droit qui, séparé de la sphère religieuse, put être analysé, critiqué, modifié sans que les critiques ou les changements soient ressentis comme des offenses à l'ordre divin. Le droit civil rejoignit le pragmatisme des jurisconsultes en s'opposant à ce que l'individu soit perçu tel que la philosophie antique, puis le christianisme le présentait : un corps hébergeant une âme. Ainsi que l'explique justement le Professeur Jean-Pierre Baud : *« tout le système de civilisation qu'exprime le droit romain à son assise dans l'idée que les hommes, « recréés » par le droit sous la forme de personnes, cessent d'être le jouet des forces surnaturelles, de ces puissances invisibles qui se manifestent aux hommes et qui agissent sur eux par l'intermédiaire de la sacralité des choses »*[223].

En isolant le droit, les juristes ont pu inscrire leur action sur une zone participant à la fois à la mise en scène théâtrale et de la création divine. En cela, il a très tôt été pour les romains l'objet d'un orgueil national : *« C'est incroyable comme tout le droit civil, à part le nôtre, est confus et presque ridicule »* s'exclamait Cicéron[224]. Ignorant l'esprit de système, leur génie s'est incontestablement épanoui dans l'analyse et dans la technique. Non seulement le droit n'est pas confondu avec les exigences de la religion, de la morale ou de la philosophie, mais il n'est pas non plus asservi à l'ordre des choses ni aux évidences de la nature.

---

221 LOVISI (C), *Introduction historique au droit*, éd. Dalloz, Coll. Cours, 2ème éd., 2003, n° 20

222 LUSTIGIER (J-M), « La personne devant le Cardinal Archevêque de Paris », *D.* 1995, p. 6 ; *« Le droit romain est la matrice de notre notion d'un ordre juridique d'où sont nés les droits des sociétés d'Occident dont le principe s'universalise par le droit international et la reconnaissance des droits de l'homme »*.

223 BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 61.

224 LOVISI (C), *Op. cit.*, n° 18.

23. Une construction juridique subjective - Pour le doyen Carbonnier : *« Le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons »*[225]. À première distance de la réalité et de la vérité, la personne juridique est un concept fonctionnel destiné à désigner les sujets qui pourront intervenir sur la scène du droit. En cela, il y a deux ordres de personnes : l'ordre de la réalité, dont relève la personne humaine concrète, réelle et l'ordre du concept juridique, dont relève la personne abstraite, juridique. Il y a en ce sens deux espèces de personnes : l'homme selon la nature et l'homme selon le droit[226]. Ici, personne humaine et personne juridique sont parfaitement étrangères l'une à l'autre. La personne n'est pas, dans son acception juridique, un être de chair et d'os[227]. Élaborée comme un support de droits, il s'agit pour elle de qualifier l'acteur casuel du théâtre juridique : le créancier, le débiteur, le propriétaire. En tant que modèle construit par l'esprit pour servir de support à des droits et des obligations, la personne n'est pas en droit un homme à proprement parler, mais l'unité personnifiée des normes juridiques qui obligent et qui investissent de droits une entité considérée. *« Ce n'est pas une réalité naturelle, mais une construction juridique créée par la science du droit, un concept auxiliaire dans la description et formulation de données de droits »*[228]. La personne humaine s'est effacée derrière la personne juridique, seconde nature qu'elle emprunte pour entrer sur la scène juridique.

Kelsen avait justement noté que la doctrine traditionnelle définissait la personne comme l'élément qui porte, le « porteur » de droits et d'obligations juridiques. Elle désignait ainsi le support abstrait des droits, le point d'imputation des droits. À ses yeux, est sujet de droit celui qui est sujet d'une obligation juridique ou d'un droit[229]. Avec la notion de droit au sens subjectif, la doctrine traditionnelle accorde la priorité aux droits par rapport aux obligations juridiques. Parce que le droit subjectif incarne les prérogatives reconnues au sujet de droit par le droit objectif, elle le considère en premier lieu comme un sujet de droit, en second lieu seulement comme un sujet d'obligations. Kelsen remarque qu'il est très visible qu'elle pense la notion de sujet de droit en connexion étroite avec celle

---

[225] CARBONNIER (J), *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. LGDJ, 2001, p. 379.
[226] DEROUSSIN (D), *Personnes, choses, droit, Le corps et ses représentations*, Dir. DOCKES (E) et LHUILIER (G), éd. Litec, 2001, p. 81.
[227] MELKEVIK (B), *Introduction à la philosophie du droit*, éd Buenos Book, 2016.
[228] KELSEN (H), *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN (C), éd. LGDJ, 1999, p. 175.
[229] KELSEN (H), *Op. cit.*, p. 170.

de droit subjectif ou possession d'un droit n'est ici qu'une autre version de cette notion de droit subjectif qui est taillée pour l'essentiel à la mesure du droit de propriété[230]. Mais cette conception du sujet de droit comme titulaire du droit subjectif a aussi une fonction idéologique. Elle doit en effet maintenir une représentation du sujet de droit comme porteur ou titulaire du droit subjectif, comme une catégorie transcendante à l'égard du droit objectif, c'est-à-dire du droit positif, créé par des hommes, modifiable par eux. Il s'agit en cela d'une institution qui oppose une infranchissable barrière à ceux qui ont à fixer le contenu de cet ordre juridique[231].

2 - Le masque de la personnalité juridique

24. Le moyen d'exister sur la scène du droit - Il est admis que l'homme est une personne en tant qu'il est un sujet de droits et d'obligations. Insistant sur sa capacité à devenir propriétaire d'un bien, d'une créance, ou à l'inverse, la faculté à devenir débiteur et à être en ce sens, poursuivi en paiement[232], la personne/sujet de droit est le résultat d'une réduction rationnelle opérée en vue d'une mise en ordre du droit, d'une volonté de systématisation du droit. Cette appréhension nécessairement technique de la personne juridique et du sujet de droit est celle-là même que recevra notre droit, au travers notamment de l'état des personnes, c'est-à-dire l'ensemble des *status*, des règles relatives à la capacité, à l'ensemble des qualités qui viendront définir la personnalité juridique d'une personne physique et qui vont l'individualiser par rapport à sa famille et aux tiers. Pivot des rapports sociaux dans les sociétés complexes, cette reconnaissance/attribution - que les glossateurs rattacheront successivement à l'attribution de la personnalité juridique - va conférer à l'individu sa qualité de sujet de droit et *a fortiori* de personne juridique. Elle est celle qui va donner à la personne le moyen d'exister sur la scène du droit. Elle est l'outil de ces relations sociales et le support des droits[233], l'aptitude à participer à la vie juridique[234].

---

[230] KELSEN (H), *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN (C), éd. LGDJ, 1999, p. 171.
[231] KELSEN (H), *Op. cit.*, p. 172 et s.
[232] TEYSSIÉ (B), *Les personnes*, Droit civil, éd. Litec, 6ème éd., 2001, p. 17 ; *« Les droits conférés peuvent indifféremment se présenter de manière positive ou négative »*.
[233] BIOY (X), « Le droit à la personnalité juridique », *RDLF*, 2012, Chron., n° 12.
[234] AUBERT (J-L), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, éd. Armand Colin, 7ème éd., 1998, p. 189.

Comme le précise justement le Professeur Jean-Pierre Gridel : *« La personnalité juridique, c'est le masque dont il faut être revêtu pour pouvoir invoquer les droits subjectifs sur la scène du droit »*[235]. C'est elle qui confère au bénéficiaire de la protection objective des droits l'outil indispensable pour exercer ses prérogatives[236].

La personnalité juridique est une qualité qu'il est possible de considérer en elle-même, indépendamment de la personne concrète qui la reçoit. Elle n'est pas une qualité que l'homme possèderait par nature, mais une qualité que lui attribue le droit[237]. La personnalité juridique est une création du droit, un instrument ayant un but précis : faire jouer aux personnes humaines un rôle d'acteur sur la scène juridique. Attribuer la personnalité juridique est du ressort du droit. L'individu n'est donc sujet de droit que si le droit le dit. Seuls entrent sur la scène juridique les acteurs à qui le droit a confié un rôle. Et il est libre d'accorder ou de refuser la personnalité à certaines catégories d'êtres humains. Une personne n'étant pas, par exemple, à la distribution des rôles ou n'ayant simplement aucune fonction sociale à remplir peut très bien être privée de sa qualité de sujet. Les acteurs sont les partenaires que le droit reconnaît comme tels[238].

25. Le moyen d'organiser la vie en société - La réussite de Rome s'explique principalement par un sens très pragmatique de l'organisation et du pouvoir politique. Les Romains étaient de grands organisateurs. Là se situe un des caractères du Droit romain, avec la déclinaison de la proportion. Ils aimaient attribuer des fonctions, en organiser l'exécution. L'armée était organisée, la cité était organisée, le droit était organisé. Soucieux d'administrer le pays avec ordre et efficacité, les Romains ont subdivisé les diverses espèces de personnes comme il aurait distribué des rôles pour une comédie ; des rôles complémentaires entre lesquels se discernent des proportions[239]. Il leur attribua à divers degrés les prérogatives indispensables aux fonctions qu'ils auraient à occuper. Gaïus

---

[235] GRIDEL (J-P), *Notions fondamentales de droit et droit français*, éd. Dalloz, 2ème éd. 1994, p. 355 et s.
[236] DEMOGUE (R), « La notion de sujet de droit, Caractères et conséquences », *RTD civ.*, 1909, p. 630
[237] BERTRAND-MIRKOVIC (A), *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, éd. Puam, 2003, n° 514.
[238] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 47.
[239] VILLEY (M), *Le droit naturel d'Aristote, Philosophie du droit, Définitions et fins du droit*, Coll. Les moyens du droit, éd. Dalloz, t.2, 1984, réédition présentée par TERRE (F), 2001, p. 267.

observait que dans la cité et devant les juges, le citoyen n'est pas l'égal de l'étranger, le maître de l'esclave[240], ni le père de famille du fils. Droits et obligations furent ainsi parcimonieusement distribués. Certaines personnes étaient jugées inaptes à détenir la qualité de sujets de droit, d'autres en étaient jugées indignes. La société pouvait à titre de sanction, retirer à l'individu sa qualité de sujet[241].

Les exemples de l'esclavage et de la mort civile[242] illustrent tout à fait le propos. Bien qu'il fut une personne humaine, l'esclave n'était pas dans la vulgate juridique considéré comme une personne, mais comme une chose, un élément du patrimoine, une *res corporalis*, objet de droit plutôt que sujet du droit. Il partageait ainsi le sort de toutes les choses matérielles. En cela, il pouvait être acquis, par capture, achat ou parturition, et aliéné, par vente, don ou abandon noxal entre vifs ou par héritage, legs ou donation à titre de mort ; il pouvait encore être mis en gage, donné en usufruit, placé en dépôt, prêté, loué ou abandonné ; il pouvait aussi faire l'objet d'un délit ou d'un dommage donnant lieu à compensation ; il pouvait enfin faire l'objet de modifications physiques, par mutilation, scarification, marquage et tatouage. Alors que certaines personnes étaient *sui iuris*, d'autres étaient - quant à elles - soumises au droit d'autrui[243].

---

[240] GAIUS, *Institutes*, Livre 1. Titre 3. § 9, *« La division majeure en ce qui concerne le droit des personnes est que tous les hommes, ou sont libres, ou sont esclaves »*.

[241] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 34 ; *« En Europe, l'esclavage n'a été aboli qu'au siècle dernier. Si, à Rome, l'abolition de l'esclavage a été consécutive aux révoltes d'esclaves, il semble qu'en Europe l'abolition de l'esclavage est davantage une conséquence de la philosophie humaniste dérivant directement des principes de la Révolution française. En tout état de cause, dans les deux cas, le processus est le même. À partir de telle période, et suite à tel évènement, la société confère à un être un statut de sujet qu'il n'avait pas jusqu'alors »*.

[242] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 13-14 ; *« Le second exemple fut celui de la « mort civile » : intervenant comme une sanction, comme un accessoire à certaines condamnation pénale, elle consistait à enlever à un être humain sa qualité de personne juridique et ses droits. Plus exactement, elle privait l'individu de la jouissance de ses droits civils, politiques et civiques (ce que l'on appelle une incapacité de jouissance absolue) ainsi que de son patrimoine (ce qui entraînait l'ouverture de sa succession) emportait la dissolution de son mariage. La qualification de personne se trouvait en quelque sorte vidée de sa substance ou de la majeure partielle celle-ci (il restait à l'individu la nationalité française, la possibilité d'agir en justice, de « recevoir des aliments, et éventuellement [de] recouvrer une capacité de principe ») »*.

[243] AUBERT (J-J), « L'esclave en droit romain ou l'impossible réification de l'homme », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, Vol. 10, 2012, p. 20.

Paragraphe 2 - La formalisation de la personne juridique

26. Une pensée jusnaturaliste - D'une conception théologique de la loi, qui fait de la loi divine le mode de règlement de la conduite humaine a succédé une autre référence suprême ; l'homme s'est mis à la place de Dieu et aux commandements de Dieu se sont substitués ceux des hommes[244]. C'est notamment ainsi que s'est répandue l'idée suivant laquelle il existait un droit naturel, fondé sur la raison, commun à tous les hommes ; un droit supérieur d'où le droit positif tirerait lui-même sa validité. Dans la seconde partie du XVIIIème siècle, la liberté et la volonté humaines sont devenues les principales préoccupations des esprits « éclairés ».

Le Code civil est souvent présenté comme un « hymne à l'individu », réalisant le « triomphe de l'individualisme libéral », de cet esprit individualiste défendu par les philosophes du XVIIIème siècle[245]. Mais en réalité, l'individu n'est pas encore perçu comme il l'est aujourd'hui, à travers le prisme de l'idéologie des droits de l'homme. Contrairement à ce qui est souvent affirmé, l'individu n'était pas initialement au centre du Code civil. Le but des codificateurs n'était pas de consacrer ou d'exalter la liberté des individus, mais de tisser une toile sociale serrée afin de ramener l'ordre et la stabilité dans une société française bouleversée par la affres de la Révolution[246]. Si l'individu est au centre du Code civil, ce n'est pas en tant que personne humaine, mais comme personne juridique titulaire de biens, et dont il faut réglementer juridiquement les rapports sociaux et économiques[247]. S'il est au centre du Code civil, ce n'est pas en tant que personne humaine. Si rien ne s'oppose à ce que soit prise en compte l'« humanité » de la personne, il faut se garder de confondre personne humaine et personne juridique. La personne juridique est concrète (A), tout autant qu'elle est abstraite (B).

---

[244] OPPETIT (B), *Philosophie du droit*, Coll. Précis, éd. Dalloz, 1999, n° 29.

[245] GHESTIN (V-J), GOUBEAUX (G) et FABRE-MAGNAN (M), *Traité de droit civil, Introduction générale*, éd. LGDJ, 4ème éd, 1994, n° 146, p. 104 ; CORNU (G), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, éd. Montchrestien, 12ème éd., 2005, p. 106-107 et 122 ; WEIL (A) et TERRÉ (F), *Introduction générale au droit*, éd Dalloz, 1979, p. 98 ; CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 74.

[246] V. MARTIN (X), « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *Rev. d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1987 ; PORTALIS (J-E-M), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

[247] NIORT (J-F), « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature… Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Rev. Droit et cultures*, n° 48-49.

A - UNE PERSONNE CONCRÈTE

L'évolution du droit a largement privilégié la notion d'être humain. Dans une contamination du droit, cette évolution a donné naissance à un hiatus entre les notions de personne humaine et de personne juridique[248]. En contrepoint de la conception institutionnaliste classique, il a été admis que le droit reconnaît plutôt qu'il ne créé la personne, que la personne physique existe indépendamment de toute subjectivité juridique ; que la personne humaine est tout autant une réalité biologique (***1***) qu'elle est une réalité juridique (***2***)[249].

1 - La personne humaine : une réalité biologique

27. Une personnalité innée - Depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789[250], l'abolition définitive de l'esclavage[251] et la disparition de la mort civile[252], l'individualiste juridique a incité la majorité des juristes français du XIXème siècle à penser le droit à partir de l'individu, dans un renversement radical de la pensée institutionnaliste classique. L'illégitimité d'un système qui prive certains individus de leur qualité de sujet de droit est unanimement dénoncée[253]. Désormais toute personne humaine est une personne physique. Il n'y a plus aujourd'hui entre personne humaine et sujet de droit aucune différence de nature[254]. L'opposition des êtres « libres » et « non libres », qui a très longtemps dominé le droit des personnes est ainsi abandonnée. Désormais, du seul fait de son existence : *« Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa*

---

[248] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 1.

[249] BERTRAND-MIRKOVIC (A), *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, éd. Puam, 2003, n° 469 et s.

[250] V. Art. 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

[251] V. Décr. du 29 août 1793 proclamant l'émancipation des esclaves de la partie Nord de Saint-Domingue ; Décr. du 4 février 1794 portant abolition de l'esclavage dans les colonies françaises ; Loi du 20 mai 1802 portant rétablissement de l'esclavage ; Décr. du 27 avril 1848 portant abolition définitive de l'esclavage dans les colonies françaises.

[252] V. Loi n° 1854-05-31 du 31 mai 1854.

[253] TERRE (F) et FENOUILLET (D), *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, éd Dalloz, 6ème éd. 1996, p. 15.

[254] MARCADE (V-N), *Explication théorique et pratique du Code civil*, Livre 1, II, 8ème éd. 1884, n° 97-101 ; GLASSON (E), *Éléments de droit français*, 1884, n° 20 ; *« Dans la langue vulgaire, la personne, c'est l'homme physique. Pour la science du droit, la personne devient tout être considéré comme capable d'avoir des droits et des devoirs. Tout homme physique est une personne : l'esclavage n'existe plus ».*

personnalité juridique »[255]. Considérée comme une qualité intrinsèquement liée à la nature humaine[256], la personnalité juridique est reconnue non pas aux seuls hommes libres, mais aux êtres humains, à eux seuls[257] et à eux tous[258]. Tout être humain, sans distinction de sexe[259], de race, de couleur, de religion, de situation sociale ou de nationalité[260] est ainsi titulaire de la personnalité juridique, de droits et d'obligations.

Reliée au sujet moral libre et omnipotent, la personnalité juridique n'est pas une qualité qu'il est possible de considérer en elle-même, indépendamment de la personne concrète qui la reçoit. Sur ce point, le droit positif ne peut que s'aligner sur le droit naturel qui fait de la personnalité un attribut inhérent à la nature humaine[261]. Appartenant au genre humain, tous les êtres biologiquement vivants sont nécessairement des sujets de droit. Ils peuvent ainsi, du seul fait de leur existence, revendiquer des droits et assumer des obligations[262]. Si le fait d'être une personne présente, en droit, une telle spécificité, c'est parce que cette spécificité préexiste au droit qui ne fait que la prendre en compte en attribuant la personnalité juridique. Aude Bertrand-Mirkovic présente ainsi la personnalité juridique comme venant se greffer sur une personnalité humaine préexistante[263]. Dans le cas des personnes physiques, la personnalité juridique s'ajoute à une personnalité qui lui préexiste. Elle est utilisée comme une technique pour individualiser et rassembler des droits et des obligations, de telle sorte que la personne humaine est ici une réalité doublée en droit par la personne juridique.

---

[255] Assemblée générale des Nations unies, 10 décembre 1948, Paris.

[256] DURANTON (A), *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, 1825, n° 112 ; *« Par le mot personne on entend un homme considéré suivant l'état qu'il occupe soit dans la société où il a reçu le jour, soit chez un peuple étranger. Nous étendons beaucoup la définition que donne Heineccius d'après Théophile et Ulpien […] depuis que les étrangers sont aussi considérés comme des personnes ».*

[257] Sous réserve de la situation de certains groupements.

[258] V. Art. 1 et 6 de la Déclaration universelle des doits de l'homme du 10 décembre 1948 ; Art. 8 et 11 du Code civil.

[259] DELSOL (J-J), *Le code napoléon expliqué*, t. 1, 1854, p. 29.

[260] DECAUX (E), « Réciprocité », *Rép. intern.*, décembre 1998 (actualisation : mars 2009), n° 22.

[261] DEROUSSIN (D), *Personnes, choses, droit, Le corps et ses représentations*, Dir. DOCKES (E) et LHUILIER (G), éd. Litec, 2001, p. 39-42

[262] RIPERT (G) et BOULANGER (J), *Traité de droit civil*, t. 1, éd. LGDJ, 1956, n° 831 et 832.

[263] BERTRAND-MIRKOVIC (A), *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, éd. Puam, 2003, n° 470 ; *« Si le fait d'être une personne présente, en droit, une telle spécificité, c'est parce que cette spécificité préexiste au droit qui ne fait que la prendre en compte en attribuant la personnalité juridique. D'ailleurs, le fait pour une personne physique d'être une personne est d'une autre nature que ce même fait pour une personne morale, ce qui manifeste bien que la personnalité juridique n'est pas le tout de la personnalité. Dans le cas des personnes physiques, elle s'ajoute à une personnalité qui la précède, la personnalité humaine ».*

28. Une personnalité imposée - L'individu est premier et le droit ne peut lui nier cette qualité en lui refusant le titre de personne. Pour le Doyen Cornu : *« La personnalité juridique est un don de naissance, un droit inné, un bienfait originel. Tout homme vivant en ce monde devient sujet de droit civil. Le principe en droit civil ne souffre aucune exception »*[264]. Du seul fait qu'il existe, que la Nature l'a doté de la vie, il est un sujet de droit[265] : *« L'être humain, c'est la personne par excellence ; elle a une existence réelle et naturelle, par conséquent des droits qu'elle possède au même titre que l'existence, qu'elle tient de la nature même, des droits naturels »*[266]. Le Professeur Roberto Andorno l'a d'ailleurs bien remarqué : *« L'ordre juridique, loin de créer la personnalité juridique, ne fait que prendre le réel comme un point de départ, comme une « matière première » à travailler »*[267].

La personne est reliée au droit subjectif, droit inhérent à la nature d'un être humain volontaire, autonome, indépendamment du degré de conscience ou de volonté de l'être humain si faible, si déchu qu'il soit, tout être humain est, et demeure, une personne juridique[268]. C'est la question de la prise en compte de la spécificité de l'être humain. Il apparaît que la vie humaine est une valeur en soi, à laquelle le droit accorde d'emblée une certaine protection sans qu'il soit nécessaire de lui attribuer. À ce titre, le droit n'a pour objet que d'établir la théorie des droits appartenant ou pouvant appartenir aux particuliers[269]. Il ne lui appartient plus de distribuer les rôles aux acteurs qu'il souhaite voir

---

[264] CORNU (G), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, éd. Montchrestien, 12ème éd., 2005, p. 183 et s. ; *« La personnalité juridique est reconnue par la loi civile à tout être humain. Précisons : elle appartient à tout individu vivant. Elle lui vient avec la vie. Fondé sur la nature, sur la biologie, le droit civil répond ici aux exigences de la vie, il l'entérine : c'est la vie qui réclame -qui exige dès qu'elle existe et tant qu'elle dure -d'être reconnue. Fort de sa conformité à la nature (au droit naturel), ce principe positif gouverne l'acquisition et la perte de la personnalité juridique »*.

[265] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 36.

[266] BEUDANT (C), Cours de droit civil français, t. 2, 3ème éd. 1936, n° 1.

[267] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses, à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996, n° 111 ; *« Il est vrai qu'il peut ensuite modifier cette matière, comme l'artiste travaille le marbre, en lui donnant une forme qui ne correspond pas exactement à son état naturel. De même que la statue continue d'être en marbre une fois terminée, le travail d'abstraction du juriste ne conduit pas à un résultat complètement autonome par rapport à son point de départ. Nous ne nous plaçons pas devant deux réalités - avant et après - complètement détachées entre elles. La discordance n'est donc que partielle. Elle ne fait que mettre en évidence que le droit a besoin de « concepts » propres comme des instruments de travail, car il fait une « lecture juridique » du réel, sans pourtant le quitter totalement »*.

[268] DEROUSSIN (D), *Personnes, choses, droit, Le corps et ses représentations*, Dir. DOCKES (E) et LHUILIER (G), éd. Litec, 2001, p. 42.

[269] BEUDANT (C), *Op. cit.*, t. 1, 3ème éd. 1934, n° 111.

entrer sur la scène juridique, il se contente en effet de reconnaître les personnes physiques lorsqu'elles se présentent à lui. La personne existe par elle-même, comme une valeur en soi, indépendamment de ses manifestations[270]. Tous les hommes sont des personnes, et tant qu'ils vivent, il n'y a pas d'événements qui puissent leur enlever cette qualité, parce que le droit moderne la considère comme inhérente à la nature humaine. Le système juridique ne peut simplement prévoir que des incapacités de jouissance partielles ou des incapacités d'exercice.

2 - La personne humaine : une réalité juridique

29. Une création naturelle - Le droit est libre de donner aux concepts juridiques un sens tout à fait spécifique, parce que ce sont des instruments qu'il utilise pour remplir sa fonction. Mais la personne humaine n'est pas un moyen pour le droit[271]. Elle est la raison d'être du droit. L'humanisme l'a mise à sa place : au centre de la vie, de la société et du droit [272]. Le droit n'a pas lui-même été imaginé pour supplanter la réalité, mais pour la servir. Les normes sont dans leur ensemble faites pour les hommes et uniquement pour les hommes. Elles ne peuvent être considérées comme servant de près ou de loin la personnalité de l'homme[273]. La référence doit toujours rester la réalité. Sans cela, le système juridique devient artificiel, non pas en ce qu'il contient de l'artifice, mais parce que cet artifice en vient à supplanter la réalité[274].

---

[270] MARTIN (R), « Personne et sujet de droit », *RTD. civ.*, 1981, p. 786 ; *« Antérieure au droit, celui-ci est tenu comme une de ses émanations. Elle existe par elle-même, comme une valeur en soi, indépendamment de ses manifestations »*.

[271] BERTRAND-MIRKOVIC (A), *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, éd. Puam, 2003, n° 498.

[272] MALAURIE (P) et AYNES (L), *Les personnes, les incapacités*, éd. Cujas, 1992, p. 7.

[273] NERSON (R), *De la protection de la personnalité en droit privé français, Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XIII, éd. Dalloz, 1963, p. 60.

[274] BERTRAND-MIRKOVIC (A), *Op. cit.*, n° 517 ; *« En effet le monde juridique n'est pas une fin en soi. Il n'est pas voulu pour lui-même, mais comme moyen au service d'une fin, l'organisation des rapports des hommes en société. Le système juridique n'est pas imaginé pour supplanter la réalité mais au service de celle-ci : « les lois sont faites pour les hommes et toutes les règles juridiques peuvent donc être considérées comme servant de près ou de loin la personnalité de l'homme ». C'est pourquoi le contenu du droit, et du concept de personne juridique, n'est ni arbitraire ni indifférent. Le doyen Gény explique que « les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personne morale, ne se rencontrent pas directement dans la nature des choses […] ; ces notions sont l'œuvre propre de l'esprit, constituent donc, en quelque mesure, un artifice humain, et doivent, par suite, être cantonnées au domaine de la technique ». La référence doit toujours rester la réalité au service de laquelle sont ces concepts techniques. Sinon le système juridique devient artificiel, non pas en ce qu'il contient de l'artifice, mais parce que cet artifice en vient à supplanter la réalité »*.

Pour le Professeur Atias, la personne humaine est une notion méta-juridique. Elle est le fondement essentiel de multiples règles de droit. Dans cette mesure, le droit ne peut la méconnaître. Toutefois, il ne peut ni ne doit prétendre la définir. La personne humaine est une réalité biologique, psychologique et sociale qui échappe au droit et le dépasse[275]. En effet, le terme de « personne » s'applique directement à l'être concret, sans avoir à faire le détour par sa qualité de sujet de droit. Et s'il n'appartient pas au droit de la définir, il ne lui appartient pas non plus de la redéfinir. L'existence de la personne n'est qu'une donnée dont le droit objectif tient compte. Elle n'est en aucun cas une création intellectuelle[276]. Il ne s'agit plus de considérer la personne de manière abstraite, mais dans son intégralité : corps et âme. Le corps est certes une matière, mais il n'est pas seulement cela. Il est une matière unie à une abstraction. Et cela précisément parce que la catégorie juridique des personnes physiques ne peut exister que si l'abstraction : la personne, est rattachée à un corps physique. C'est ainsi qu'une réalité concrète : le corps, et une idée abstraite : la personne fusionnent dans une seule et même perception. Le corps est donc une matière unie à la personne, puisqu'il forme avec elle la personne physique considérée. En ce sens, il est le *« substratum »* de la personne[277].

30. Une base matérielle - Entité corporelle, la personne physique est tout autant une forme qu'elle est une substance, la forme d'un visage et la silhouette d'un corps[278]. Formalisation d'une réalité par le droit[279], la personne physique ne saurait *a priori* exister sans la personne humaine pour la matérialiser, pas plus que l'individu lui-même ne saurait exister abstraitement. Alors certes, les personnes physiques sont des abstractions, mais ce sont des abstractions qui existent réellement[280]. Il ne pourrait en effet y avoir de désincarnation sans incarnation préalable. Pour le Doyen Cornu : *« Sur la terre des vivants, le Droit n'est pas le lieu des purs esprits. En aucune de ses parties, il n'est angélique.*

---

275 ATIAS (C), *Les personnes, les incapacités*, éd. Puf, 1985, p. 14.
276 GOUBEAUX (G), *Traité de droit civil, Les personnes*, t. 1, éd. LGDJ, 1989, p. 25.
277 CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 196.
278 ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 321.
279 ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Op. cit.*, n° 7.
280 Cette existence est ce que qui la distingue de la personne morale ; MOINE (I), *Les choses hors commerce, une approche juridique de la personne humaine juridique*, éd. LGDJ, 1997, p. 129

Quand il a fallu désigner ses sujets d'origine, il les a tout naturellement nommés personnes physiques : êtres qui viennent à la personnalité juridique en s'incarnant »[281].

Si la personne physique - comme la personnalité qui l'anime sur la scène du droit - donne une définition fonctionnelle de la personne humaine, elle n'aide d'aucune manière à distinguer cette dernière du reste de la Création[282]. En tant que force perceptible et sensible, la personne humaine est la substance qui sert, au sens littéral ou figuré, de base matérielle aux qualités propres à la personne physique. Ensemble des formes perçues comme unité, il est la représentation visible de cette même personne : celui par qui elle existe. La personne humaine est l'assiette de la personnalité juridique, celle qui incarne la personne. Ce n'est pas pour rien que le corps humain est posé comme une composante de la personne physique, voire même comme la personne elle-même ; que la doctrine française, bercée par l'individualisme moderne, identifie le corps et la personne[283].

B - UNE PERSONNE ABSTRAITE

Que le droit réponde à une exigence naturelle de l'homme en lui attribuant la personnalité juridique est une évidence. Nul ne prétend que la personnalité juridique est un luxe dont l'individu pourrait être privé. Néanmoins, il ne s'agit pas là d'une nécessité juridique[284]. La personne humaine, comme l'être humain, n'est pas un concept juridique. Le concept juridique, c'est la personnalité juridique. Par nature relative, elle n'existe que dans le contexte qui lui a été assigné. Le caractère technique du sujet de droit (***1***) supplante la condition corporelle. Elle est une construction en marge de la réalité biologique (***2***).

---

[281] CORNU (G), Préface à la thèse de Philippe Dubois, *Le physique de la personne,* éd. Economica, Coll. Droit civil, Etudes et documents, 1986.

[282] GALLOUX (J-C), *La personne physique entre réalité biologique et matérialité*, *L'identité politique*, éd. Puf, 1994, p. 170.

[283] V. MEMMI (D), GUILLO (D), et MARTIN (O), *La tentation du corps : corporéité et sciences sociales*, éd. de l'École des hautes études en sciences sociales, 2009 ; Presses Universitaires de Namur, Société d'Etudes morales, sociales et juridiques, 1982, p. 673-674 ; CABRILLAC (F), *Le droit civil et le corps humain*, Thèses, Montpellier, 1962, p. 271; DECOCQ (A), *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, éd. LGDJ, 1960, n° 7 ; GEORGEN (A), *Les droits de l'homme sur son corps*, Thèses, Nancy, 1957, p. 237 ; DOMAGES (R), *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse, Paris, 1956 ; EDDE (J-L), *Les droits extra-patrimoniaux relatifs au corps humain*, Thèse, Paris, 1954, p. 2 ; SAVORNAT (G), *Le principe de l'inviolabilité du corps humain en droit civil*, Thèses, Poitiers, 1951.

[284] BERTRAND-MIRKOVIC (A), *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, éd. Puam, 2003, n° 532 et s.

1 - Une construction de la technique juridique

31. Personne « naturelle » et « artificielle » - Du point de vue du droit classique, l'existence du sujet de droit ne relève que de l'ordre juridique. Le Professeur Jean-Pierre Baud avait d'ailleurs formulé une critique de la théorie du Professeur Villey[285] dont le défaut majeur était, selon lui, d'assimiler la notion de personne à celle d'individu et de ne pas voir qu'il s'agit en réalité d'une construction abstraite en marge d'un ordre naturel des choses qui voudrait que l'individu ne s'appréhende pas autrement que comme un corps hébergeant une âme. Or l'opération intellectuelle qui permit de concevoir la personne fut authentiquement une œuvre d'abstraction, à entendre dans son sens étymologique de ce qui est tiré hors de la réalité sensible, c'est-à-dire l'homme identifié par son corps. En tant que création du droit, la personne ne peut être autre chose que le sujet de droit. Elle a été inventée pour cela et pour fonder ainsi une conception subjective du droit. Pour le Professeur Jean-Pierre Baud : *« La civilité romaine ne néglige pas l'ordre naturel des choses, lequel fixe des limites au pouvoir du juriste. Mais à l'intérieur de ces limites, le juriste a sur les personnes un pouvoir authentique créateur qui, du fait même, ne peut être la simple reproduction de l'ordre naturel »*[286].

En droit, la notion de personne est une construction intellectuelle spécifique destinée à figurer une puissance créatrice de liens de droit, et le pôle auquel on impute activement et passivement des liens qui émanent ou qui se rattachent à cette source. En cela, elle n'est pas une qualité réservée aux seuls êtres humains. Cette fonction peut être remplie non seulement par l'homme, mais également par d'autres entités. Lorsque le titulaire de droits et d'obligations est un être humain, il est qualifié de personne physique. Lorsque ce sont d'autres entités, elles sont qualifiées, plus généralement, de personnes juridiques. La personne physique est une personne « naturelle », alors que la personne juridique est une personne « artificielle », c'est-à-dire construite par la science du droit, et non « réelle »[287].

---

[285] V. VILLEY (M), *Seize essais de philosophie du droit*, éd. Dalloz, 1969 ; VILLEY (M), *La formation de la pensée juridique moderne*, éd. Montchrestien, 1975.
[286] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 62 et s.
[287] KELSEN (H), *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN (C), éd. LGDJ, 1999, p. 173 et s.

32. Personnalité « civile » et « juridique » - Le droit est parfaitement libre de reconnaître la qualité de personne à toutes les entités auxquelles il souhaiterait accorder un intérêt particulier. C'est d'ailleurs ainsi que sociétés, associations, syndicats, États, collectivités territoriales, établissements publics ont pu jouir de la personnalité juridique ; nonobstant le fait qu'aucune d'entre elles ne soit faite de chair et d'os. Il est légitime de personnifier l'entité que fonde un ordre normatif, de la présenter comme une personne agissante. Parce qu'elles représentent un intérêt collectif, distinct des intérêts individuels de ses membres. Il faut bien comprendre que la communauté n'est pas ici la condition d'une personnification extra-humaine. Elle ne fait que la faciliter en dissociant nettement un intérêt distinct de celui des individus[288]. Dès lors que l'oeuvre est définie clairement et qu'une organisation instituée permet d'exprimer la volonté nécessaire à l'administration des biens en vue de sa réalisation, l'intérêt existe objectivement, ce qui est suffisant pour constituer une personne[289]. Pour la Cour de cassation : *« Il est de l'essence des sociétés civiles aussi bien que des sociétés commerciales de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun des membres ; aussi les textes du Code personnifient-ils la société, d'une manière expresse, en n'établissant jamais des rapports d'associé à associé, mais en mettant toujours les associés en rapport avec la société »*[290].

La personnalité civile n'est pas une création de la loi. *« Elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être reconnus et protégés par la loi »*. Et, *« si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits*

---

288 VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd., 2017, n° 170.

289 ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 2 ; *« De l'indivision à la société ou à l'association, il n'y a qu'un pas qui permet de transformer des biens appartenant en commun à plusieurs personnes en un patrimoine appartenant à une seule personne qui incarne leur intérêt commun »*.

290 Cass. req., 23 février 1891.

susceptibles d'être déduits en justice »[291]. La reconnaissance de la qualité de sujet de droit est une opération découlant du jeu du système juridique. En ce sens, on rapproche opportunément la personnalité juridique de la capacité de jouissance en observant : *« La personnalité morale, en définitive, ne se constate pas, elle s'affirme »*[292].

2 - Une construction en marge de la réalité biologique

33. Une humanité à circonscrire - En droit, la personne est artificielle. Elle est une invention qui lui est propre, et chercher à la définir par des moyens autres que juridiques relèverait forcément de la contradiction. En tant que création intellectuelle, la personne en droit va au-delà de la personne humaine ; chacune ayant finalement leur propre signification. Les critères biologiques ou scientifiques n'ont donc pas de coïncidence avec la notion de sujet de droit. La notion ne renvoie pas uniquement au fait d'avoir un corps. Elle s'établit sur des critères abstraits spécifiques au droit[293]. Le sujet est une forme tandis que le corps est matière[294]. Le Professeur Jean-Christophe Galloux défend l'idée que si le droit interprète certains aspects biologiques comme étant révélateurs de la personne, il les interprète suivant la conception qu'il a de cette même personne, une conception qui dépasse nécessairement leur simple enregistrement. La réalité juridique de la personne ne peut se ramener à sa seule réalité biologique, sous peine que la seconde absorbe totalement la première[295].

L'humanité est ce qui est propre à la nature humaine[296]. Elle désigne la « qualité d'humain », l'appartenance à l'espèce humaine. La Déclaration universelle des droits de

---

[291] Cass. civ. 2ème, 28 janvier 1954, n° 54-07.081.

[292] COULOMBEL (P), *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse, Nancy, 1950, p. 41.

[293] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 12 ; *« C'est à lui que revient le soin de déterminer quels êtres humains intègrent la catégorie des personnes juridiques et d'opérer ainsi, parmi eux, une sélection. Même si les distorsions sont rares et que la grande majorité des êtres humains intègrent la catégorie sans discussion, il n'a pas toujours existé de superposition entre être humain et personne juridique ».*

[294] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 275 ; *« Le corps en tant que support de la personne juridique déclenche la mise en oeuvre particulière du régime de la personnalité juridique, sans pour autant emprunter la nature du sujet de droit : le sujet est une forme tandis que le corps est matière. Le corps ne constitue pas une personne juridique par destination ».*

[295] GALLOUX (J-C), *La personne physique entre réalité biologique et matérialité*, *L'identité politique*, éd. Puf, 1994, p. 179-180.

[296] *Axis l'univers documentaire*, Dictionnaire, Vol. 3, éd. Hachette, 1993, p. 1487.

l'homme emploie dans son préambule l'expression de *« membre de la famille humaine »*. Les lois de bioéthique de 1994 érigent en principe législatif la protection de l'espèce humaine[297]. L'idée d'humanité s'appuie sur des traits communs, une commune appartenance, fondatrice d'identité et d'égalité pour tous les membres de l'espèce. Elle sert à désigner à la fois la totalité des individus appartenant à l'espèce humaine, mais également les caractéristiques spécifiques qui définissent l'appartenance à ce groupe. L'humanité insiste sur l'unité constitutive du groupe humain et prend une dimension morale[298] à prétention normative sur les visions tendant à créer une distinction entre ses membres[299].

Fondamentalement, la notion d'humanité s'est créée d'emblée par opposition à l'animalité et à la nature[300]. Elle passe par la délimitation de la frontière entre « l'humain » et « l'inhumain ». Aussi prégnante qu'ambiguë[301], elle n'a jamais été un pur fait. Attachée à des préjugés, elle est, comme celle d'espèce humaine, une notion nécessairement instituée.

L'humanité est une réalité impossible à « capturer »[302]. Déterminer l'essence de l'homme suppose de définir une nature propre, autonome vis-à-vis de celles des autres vivants. Le problème est que nul ne peut garantir que les particularités de la physiologie et du comportement humain sont véritablement partagées par l'ensemble des membres de l'espèce humaine, et par eux seuls[303]. Ces caractéristiques ne forment pas des critères de distinction absolus. En outre, il n'est pas rare que l'humanité cesse aux frontières de la tribu, du groupe linguistique, parfois même du village[304]. Par le passé, le recours à des « catégories raciales », a permis de justifier une hiérarchisation culturelle et ainsi une

---

[297] Art. 16-4 du Code civil.

[298] V. LEMASSON (A-T), « Justice internationale pénale : procédure », *Rép. pén.*, janvier 2014, n° 33 ; *« Le bourreau est en tout cas la victime de lui-même, car il perd la capacité de reconnaître sa propre humanité dans le visage de l'autre »*.

[299] BIOY (X), « Vers un statut juridique des androïdes ? », *Journal international de bioéthique*, Vol. 24, 2013, p. 89.

[300] V. DEWITTE (J), « Animalité et Humanité : Une comparaison fondamentale, Sur la démarche d'Adolf Portmann », *Revue européenne des sciences sociales*, t. 37, n° 115, 1999, p. 17 et s.

[301] V. ABIKHZER (F), *La notion juridique d'humanité*, Thèse, Aix-Marseille 3, 2004.

[302] LEJBOWICZ (M), *Philosophie du droit international : L'impossible capture de l'humanité*, éd. Puf, 1999, p. 165.

[303] La majorité de ses caractéristiques biologiques, ou alors, l'ensemble des caractéristiques peuvent être retrouvées sous une certaine forme chez d'autres espèces animales.

[304] LÉVI-STRAUSS (C), *Race et histoire*, éd. Gonthier, 1961, p. 21.

discrimination entre les hommes sur la base de différences physiques, intellectuelles ou culturelles. Suivant des intérêts d'ordre politiques et économiques, l'on déniait alors à certains groupes d'individus la qualité de personne. L'esclavage est sans doute le premier système d'exploitation fondé sur l'idée d'inégalité entre les groupes humains. Durant l'antiquité, cette pratique n'est pas spécifiquement fondée sur des caractères raciaux, elle vise le plus souvent « l'étranger » ou encore le « barbare »[305]. Au Moyen Âge, le nombre d'esclaves diminue, au profit d'autres rapports de dépendance tel que le servage[306]. Au XVème siècle, la catégorisation puis la hiérarchisation des groupes humains sert de justification aux colonisateurs. Les autochtones sont alors considérés comme des sous-hommes, inférieurs en tous points à « l'homme blanc » éduqué et civilisé. Décimés, ils seront successivement remplacés par des esclaves africains. Au début du XIXème siècle, l'anthropologie physique s'appuie sur l'anatomie comparée pour consolider une prétendue « hiérarchie des races »[307]. Celle-ci justifiera alors ségrégations et génocides. Parce qu'elle sert à désigner à la fois la totalité des individus appartenant à l'espèce humaine, mais également les caractéristiques spécifiques qui définissent l'appartenance à ce groupe, la notion d'humanité dépend finalement pour beaucoup de la volonté humaine et des intérêts qui pourraient la guider dans son entreprise.

34. Une normalité à définir - Il est tout à fait possible de penser l'attribution de la personnalité juridique suivant la définition d'une certaine normalité, d'une certaine norme corporelle[308]. Mais sur quels critères fonder une éventuelle normalité biologique ou génétique ? Le Professeur Jean-Christophe Galloux ajoute que : *« La normalité est une notion imprécise, nécessairement instituée, qui ne résulte pas d'une façon générale des faits biologiques »*[309]. En droit romain, au Moyen Âge, par exemple, et même dans certains

---

[305] V. WALLON (H) et DUMONT (J-C), *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, éd. Robert Laffont, 1988 ; ARISTOTE, *La politique*, I, 5 ; *« Les poètes ne se trompent pas en disant : Oui, le Grec au Barbare a droit de commander, puisque la nature a voulu que Barbare et esclave ce fût tout un »* ; EURIPIDE, *Théâtre complet*, éd. Gallimard, 1962, p. 1352 ; *« C'est au Barbare à obéir au Grec, ma mère, et non l'inverse. Car eux sont des esclaves et nous sommes des hommes libres ».*

[306] L'Église catholique condamne l'esclavage pour les chrétiens ; SAINT PAUL, *Lettre aux Galates*, 3:28 ; *« Il n'y a plus ni juif ni grec, il n'y a plus ni esclave ni homme libre, il n'y a plus l'homme et la femme, car tous, vous ne faites plus qu'un dans le Christ Jésus ».*

[307] V. GOBINEAU (A), *Essai sur l'inégalité des races humaines*, 1853.

[308] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 50-51.

[309] GALLOUX (J-C), *La personne physique entre réalité biologique et matérialité*, *L'identité politique*, éd. Puf, 1994, n° 24.

traités contemporains[310], il était parfois enseigné qu'un individu à l'apparence « monstrueuse » n'est pas une personne ; qu'en conséquence il faut lui refuser la jouissance des droits civils et notamment du droit de succéder[311]. Ce refus dans l'attribution de la personnalité juridique est alors justifié par une présomption de non-appartenance au genre humain.

En outre, la personnalité, au sens psychique, peut évoluer, ses caractères physiques peuvent changer , ne serait-ce que par l'effet du vieillissement ou de la maladie. Tous ces changements modifient les qualités intrinsèques de la personne. Dès lors, comment distinguer l'« anomal », qui rend compte de la variabilité individuelle au sein du *phylum*[312], de l'« anormal » ?[313] S'il s'agit de considérer que la personne physique est nécessairement conçue comme invariable, que celui qui naît demeure - toute sa vie durant - juridiquement identique à lui-même, la réalité juridique de la personne ne peut se ramener à la seule réalité biologique[314]. Poser des normes physiques et biologiques pour la reconnaissance de la personne est par ailleurs le meilleur chemin vers une généralisation et une institutionnalisation de l'eugénisme[315].

---

310 V. RAULIN (J), *Instructions succinctes sur les accouchements en faveur des sages-femmes des provinces, faites par ordre du ministère*, 1770, p17.

311 ESBACH (P-L-A), « Note sur les prétendus monstres », *Rev. de la Législation*, 1882, p. 167-168.

312 Le phylum désigne une série généalogique comportant l'ensemble des ascendants d'une espèce.

313 V. CANGUILHEM (G), *Le normal et le pathologique*, éd. Puf, 1966.

314 GALLOUX (J-C), *La personne physique entre réalité biologique et matérialité*, *L'identité politique*, éd. Puf, 1994, n° 28-29 ; *« Le concept de personne n'appartient pas au domaine des sciences de la nature. La notion de personne appartient au droit, à la philosophie, à la morale et à la théologie mais non à la biologie ou à la physique. En donner une définition biologique relève dès lors de la contradiction. La contradiction ne serait pas moins grande d'identifier la personne à l'aide des seuls éléments biologiques. Si le droit interprète certains signes biologiques comme révélant la personne, il interprète ces faits selon la conception qu'il a de la personne, conception qui dépasse nécessairement le simple enregistrement de ces faits ; il les choisit et les qualifie. La réalité juridique de la personne ne se peut ramener à la réalité biologique sous peine que celle-ci absorbe totalement celle-là. La personne physique est nécessairement un invariant. Celui qui naît est et demeure juridiquement identique à lui-même jusqu'à sa mort. Les accidents qui peuvent ponctuer son existence juridique, son état, les incapacités qui le peuvent frapper, les changements de nom ou de prénom dont il peut bénéficier, ne modifient pas son essence. Sa personnalité, au sens psychique du terme, peut changer, ses caractères physiques changent - ne serait-ce que par l'effet du vieillissement ou de la maladie - et pourtant la personne demeure : la personnalité, dans son sens juridique reste, comme son identité, constance de l'être à lui-même. Comment accorder alors une identité purement biologique à une personnalité - et donc une identité - invariante, donner foi à une identification exclusivement biologique et donc nécessairement variable et évolutive ? ».*

315 GALLOUX (J-C), *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Thèse, Bordeaux I, 1988, p. 492 et s.

SECTION II - LA PERSONNE PHYSIQUE : UNE INCARNATION

35. De la connaissance à la reconnaissance - La force du droit réside dans le succès de cet assemblage problématique entre le réel et la fiction, le tangible et l'abstrait. La personnalité s'adapte, telle une doublure, à la réalité corporelle même si elle ne se réduit pas à elle. Le droit est un instrument qui se sert lui-même d'instruments : les concepts juridiques. Certains de ces concepts sont des fictions, de pures créations du droit. D'autres, à l'inverse, sont tout simplement issus de la réalité. Bien que contraint par l'ordre naturel des choses, lequel fixe des limites au pouvoir du juriste, le droit dispose tout de même d'une certaine autonomie vis-à-vis de cet ordre qu'il n'hésite pas à transformer lorsqu'il l'intègre dans son monde conceptuel. En effet, le droit se réserve la possibilité de déformer la réalité, en donnant à ses contours un sens spécifique et une précision indispensable au rôle qu'il veut leur faire jouer en droit. Le droit peut ainsi modifier la compréhension d'un mot, en retenant qu'un sens précis et particulier, ou à l'inverse, en lui donnant un sens plus large que celui qui lui est lui est communément attribué. Ainsi que le relève Aude Bertrand-Mirkovic, il est assurément beaucoup plus pratique que les mots désignent exactement ce dont on a besoin dans le cadre de telle norme qui les emploie[316].

Si la personne humaine est une réalité, le droit dispose d'une certaine autonomie vis-à-vis de cette réalité. Quand bien même celle-ci préexisterait au droit, libre à lui en effet de la transformer lorsqu'il l'intègre dans son monde conceptuel. D'un point de vue purement technique, le droit peut déformer le réel à sa guise. Toutefois, il n'obéit pas aux seules exigences de la technique, et la manipulation utilitaire des concepts est en fait limitée[317]. La technique juridique peut donc déformer les réalités, mais avec prudence pour ne pas perdre de vue la finalité qu'il se fixe. Réalité et concepts coexistent ainsi en droit. En tant que concept, la personne physique prend appui sur la réalité qu'elle double. C'est en cela que le corps humain peut être considéré comme le support de la personne physique (**Paragraphe 1**) ; celui qui lui confère un statut (**Paragraphe 2**).

---

316 BERTRAND-MIRKOVIC (A), La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître), éd. Puam, 2003, n° 485.

317 BERTRAND-MIRKOVIC (A), *Op. cit.*, n° 486 et s.

Paragraphe 1 - Le corps humain, support de la personne physique

36. Le corps en guise de carcasse[318] - Le droit détermine les règles par lesquelles il attribue la personnalité juridique et celles par lesquelles il la retire. Définie comme étant l'aptitude à être sujet de droits et d'obligations, cette qualité a en droit français un début et une fin.

Dans la tradition juridique, la personne est liée à l'existence de l'individu. C'est elle qui détermine la personnalité juridique qui n'en est que le décalque[319]. Cette existence n'est autre que la vie humaine bornée par la naissance et la mort[320]. La personnalité juridique est octroyée à une entité qui est en mesure d'être titulaire de droits et d'obligations. Et sans corps pour la matérialiser, la personne n'existerait pas[321]. Parce qu'il en est le *substratum*[322], *« le corps humain fait la personne »*[323]. De par sa nature, le corps est l'une des données constitutives et évidentes de l'existence humaine. Il est le véhicule de l'être au monde, celui par qui nous subissons les torts ontiques tels que la maladie, le vieillissement ; *« l'expérience motrice de notre corps nous fournit la manière d'accéder au monde et à l'objet, une praktognosie qui doit être reconnue comme originale et peut-être originaire »*[324]. Le corps est celui qui situe la personne dans le monde visible, il est la marque de sa matérialité. Sous cet aspect, la personne physique, relativement à sa propre existence, est naturellement colloquée à son support sensible. Le corps a dès lors la propriété de déterminer les bornes de son existence, de situer l'acquisition de la personnalité juridique (A) ainsi que l'extinction de cette même qualité (B).

---

[318] DEKKERS (R), *Séance inaugurale des « Travaux Capitant »*, Journées Belges, 1975, t. XXVII, p. 2.

[319] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 7.

[320] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 57.

[321] Ce n'est pas sans raison que la doctrine s'est mise en tête que la réalité corporelle du sujet empêchait de considérer le corps comme un objet extérieur au sujet ; qu'elle obligeait le droit à reconnaître le corps comme partie du sujet ; V. BAUDOUIN (J-L) et LABRUSSE-RIOU (C), *Produire l'homme de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, éd. Puf, 1987 ; LABRUSSE-RIOU (C) et EDELMAN (B), *L'homme, la nature, et le droit*, éd. Bourgois, 1988.

[322] Le substrat.

[323] V. CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 196.

[324] MERLEAU-PONTY (M), *Phénoménologie de la perception,* éd. Gallimard, 1945, p. 402 ; DEJOURS (C), *Subjectivité, travail et action*, mai 2001, p. 3.

A - L'ACQUISITION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

Si l'existence de la personne juridique est liée à l'existence de l'individu[325], elle doit - pour être prise en considération par le droit - répondre à des caractères précis. S'il s'agit de considérer la personne dans sa dimension sensible et matérielle, de sorte qu'elle puisse concrètement être individualisée des autres acteurs du théâtre juridique, il faut nécessairement s'attacher à certaines exigences touchant tant à l'opportunité qu'à l'effectivité de ladite reconnaissance. Pour qu'un individu acquiert la personnalité juridique, il doit naître vivant (***1***) et viable (***2***).

1 - Naissance et reconnaissance de la personne physique

37. Le principe de simultanéité - La naissance marque traditionnellement le moment de l'apparition de la personne physique. C'est en effet par la naissance, par la séparation matérielle faisant suite à l'accouchement, que l'individu acquiert la personnalité juridique[326]. La personne doit ainsi naître physiquement avant de pouvoir naître juridiquement. Nul ne peut hériter[327] ou être gratifié[328] s'il n'est pas né[329]. La reconnaissance biologique est pour le droit une nécessité. C'est notamment pour cette raison que des motifs d'ordre public imposent que l'irruption de cette nouvelle personne soit rapidement connue de l'État[330]. Il est en effet exigé que les déclarations de naissance soient faites dans les cinq jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu ; sauf dans les cas où l'éloignement entre le lieu de naissance et le lieu où se situe l'officier de l'état civil justifie que ce délai soit porté à huit jours[331].

---

[325] RIPERT (G) et BOULANGER (J), *Traité de droit civil*, éd. LGDJ, 1956, n° 48, p. 183.

[326] ATIAS (C), *Les personnes, Les incapacités*, éd. Puf, Coll. Droit fondamental, 1985, n° 6 ; V. CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 205 ; *« C'est par la naissance et à la naissance que s'extériorise l'aptitude à être sujet de droit »* ; MALAURIE (P) et AYNES (L), *Les personnes, les incapacités*, éd. Cujas, 1992, n° 1.

[327] Art. 725 du Code civil.

[328] Art. 906, al.3, du Code civil.

[329] Il s'agit ici d'une d'une application de la théorie classique du patrimoine selon laquelle il n'y a pas de patrimoine sans personne.

[330] TEYSSIÉ (B), *Droit des personnes*, éd. Lexis Nexis, 19ème éd. 2017, n° 19.

[331] Art. 55 du Code civil.

38. L'enfant *pars viscerum matris* - L'adage *Infans conceptus* ne saurait être considéré comme un dogme, ni être transposé à des questions qui lui sont étrangères[332]. À aucun moment il n'a été question de lui donner une signification juridique créatrice de droits et d'obligations en faveur de l'embryon. Si l'on veut construire un tel principe, fort défendable moralement, il faut chercher ailleurs que dans le droit[333]. Juridiquement, la qualité juridique de sujet de droit ne peut, et ne doit, être reconnue qu'aux êtres humains vivants et autonomes, susceptibles d'agir comme acteurs juridiques. La raison est que l'enfant conçu n'est pas un être humain achevé. Avant la naissance, dans le ventre de sa mère, le fœtus est un être humain non autonome, et donc sans personnalité juridique. Seule importe ici la capacité à être titulaire de droits et d'obligations. Cette faculté consubstantielle à une existence indépendante explique notamment pourquoi, conformément à l'adage *« infans pars viscerum matris »*, l'enfant à naître n'est que *pars mulieris*[334]. Indissociable du ventre maternel et incapable d'exister indépendamment, l'enfant simplement conçu n'est en effet qu'une partie de sa mère et ne peut en conséquence bénéficier d'aucune protection particulière au titre du droit des personnes[335].

Finalement, il est assez inexact de prétendre que tout être humain est sujet de droit. La personnalité suppose un minimum d'existence physique. En effet, ainsi que le relève Aude Bertrand-Mirkovic : *« Il serait préférable de dire directement que, depuis l'abolition de l'esclavage et de la mort civile, tous les êtres humains nés vivants et viables ont la personnalité juridique »*[336]. « *S'il vit au sens biologique, l'être simplement conçu n'existera juridiquement que lorsqu'il sera vu par ses pairs. Nous sommes ici dans une*

---

[332] SAINTE-ROSE (J), *La condition juridique de l'enfant à naître*, Colloque sur la biomédecine et le droit, Chambéry, 8 janvier 2010.

[333] HAUSER (J), « Le commencement de la personnalité : *infans conceptus pro nato non habetur* », *RTD civ.*, 1994, p. 831 ; *« On nous permettra pour conclure d'emprunter la constatation de M. Goubeaux « elle (la maxime) ne fournit directement aucune solution certaine. Techniquement, elle n'impose pas plus la condamnation absolue de l'IVG que la liberté totale en ce domaine. Le problème ne se résoud pas par la logique juridique ». Le Conseil constitutionnel n'a pas dit autre chose ».*

[334] À ce stade, c'est en protégeant les intérêts de la mère que l'on protège ceux de l'enfant à naître.

[335] Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351 ; Cass. ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973 ; *« Mais attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le foetus »* ; Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359 ; Cass. crim., 2 décembre 2003, n° 03-82.344.

[336] BERTRAND-MIRKOVIC (A), *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, éd. Puam, 2003, n° 34.

logique de reconnaissance de l'autre »[337]. S'il peut être considéré comme une personne humaine, il ne peut encore être considéré comme une personne juridique.

39. L'adage *Infans conceptus* - La conception n'est cependant pas tout à fait dénuée de certains effets. La naissance n'est pas toujours la condition nécessaire de la personnalité. En effet, il est des situations où la naissance n'est pas nécessaire à l'acquisition, au moins partielle et conditionnelle, de la personnalité juridique. Si en France, l'enfant à naître n'est pas reconnu comme une personne juridique, il existe en effet des situations où la jurisprudence considère que l'enfant conçu doit être tenu pour né. Cette acquisition anticipée de la personnalité juridique pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance[338] est admise dès qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant[339]. Formulée par les articles 725 du Code civil, pour les successions, et 906, en matière de libéralités, cette règle est considérée par la Cour de cassation comme un principe général de droit[340].

Malgré cela, l'enfant conçu n'est nullement doté *ab initio* d'une personnalité qui anticiperait sa naissance. Les droits qui peuvent lui être conférés pendant ce laps de temps, dans les domaines de la filiation, des libéralités, des successions et des assurances, ne pourront rétroagir au jour de la conception qu'à une double condition, et dans ce cas uniquement. Cette personnalité n'est confirmée que si l'enfant naît vivant et viable ; dans le cas contraire, la personnalité n'est censée n'avoir jamais existé. Pour le Professeur Xavier Labbée : *« Bien qu'entendue, la règle n'en est pas moins littéralement une fiction. Elle n'est que l'anticipation de la naissance, laquelle demeure le fait générateur de la personnalité »*[341].

---

[337] DAVER (C), « L'interruption involontaire de grossesse sur un foetus de cinq mois et demi ne constitue pas un homicide involontaire », *RGDM*, 1999, n° 2, p. 5.

[338] Art. 311 du Code civil.

[339] *« Infans conceptus pro nato habetur quoties de comodis ejus agitur ».*

[340] Cass. civ. 1ère, 10 décembre 1985, n° 84-14.328 ; TGI de Niort, 17 septembre 2012, n° 11.1855 ; Cass. civ. 2ème, 14 décembre 2017, n° 16-26.687 ; MAZEAUD (D), « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur », *RTD civ.*, 2018, p. 72.

[341] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 119 ; *« Tant que l'enfant n'est pas venu au monde, la reconnaissance ne constitue qu'une preuve. Elle n'emporte pas de conséquences sur le terrain de la filiation ».*

2 - Vie et viabilité de la personne physique

40. Un développement suffisant - Conformément aux dispositions des articles 318 et 725 du Code civil, il ne suffit pas de naître vivant pour acquérir la personnalité juridique. Encore faut-il en effet naître vivant et viable. Pour la doctrine la viabilité suppose la *vitae habilis* : l'enfant doit être physiologiquement capable de survivre[342]. Elle supposerait donc une maturité et une conformation relevant de données biologiques et médicales et non pas juridiques[343]. Avant la loi du 8 janvier 1993, l'enfant n'était ainsi réputé viable qu'après un minimum de 180 jours, ou six mois de gestation[344]. Cette instruction a été ensuite été précisée par la circulaire n° 50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveau-nés décédés à l'état civil. Se référant à la définition de la viabilité donnée par l'Organisation mondiale de la santé, elle a fixé le seuil de viabilité à vingt-deux semaines d'aménorrhée ou un poids du foetus de plus de 500 grammes[345].

Pour autant, il faut garder à l'esprit que la loi ne subordonne la viabilité ni au poids du foetus, ni à la durée de la grossesse. Il n'existe par ailleurs aucune présomption légale de viabilité. La jurisprudence et la doctrine considèrent simplement que lorsque l'enfant est né vivant le juge peut fonder sur cet état une présomption simple, car la viabilité est l'état ordinaire et normal des nouveau-nés vivants. Le 6 février 2008, la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé que la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 qui régit la question des enfants mort-nés, n'a elle-même prévu aucun seuil particulier et que les critères retenus par les autorités sanitaires, fondés sur la notion de viabilité potentielle de l'enfant et sur le fondement d'une simple circulaire, ne sont pas opposables aux familles[346].

---

[342] CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 205 ; CORNU (G), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, éd. Montchrestien, 12ème éd., 2005, n° 464 ; PHILIPPE (C), « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, p. 29.

[343] GALLMEISTER (I), « État et capacité des personnes », *Rép. civ.*, juin 2016 (actualisation : mars 2018), n° 39 ; LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 21.

[344] Cass. crim., 7 août 1874 ; *« L'être qui vient au monde avant ce terme, privé non seulement de la vie mais des conditions organiques indispensables à l'existence, ne constitue qu'un produit innomé et non un enfant dans le sens que le législateur a attaché à cette expression »*.

[345] La motivation de ce choix est précisée à l'article 1.1. de l'instruction générale selon lequel ce seuil permet : *« d'une part, d'éviter la déclaration de fœtus de terme très bas qui auraient pu présenter quelques signes de vie et, d'autre part, d'obtenir des données cohérentes pour l'analyse épidémiologique de la mortalité néonatale »*.

[346] Cass. civ. 1ère, 6 février 2008, n° 06-16.498, n° 06-16.499 et n° 06-16.500.

La notion de viabilité est pour l'heure toute relative, parce qu'elle est dépendante du progrès scientifique[347]. En permettant d'observer *in utero* son développement ainsi que celui de l'embryon, les techniques d'imagerie médicale ont influencé les mentalités et les comportements des futurs parents, lesquels manifestent naturellement un attachement plus précoce à l'être prénatal[348]. À l'heure actuelle, la visualisation de l'embryon ou du fœtus grâce à l'imagerie contribue à donner une réalité et une autonomie à l'être en devenir[349]. Elle amène à considérer la potentialité de plus en plus comme une certitude. Or, personne n'ignore que la reconnaissance de l'existence de l'être conçu est importante psychologiquement pour les parents. Être témoin de son évolution, de son développement, favorise une appréhension hautement personnalisante de l'être en devenir. Celui-ci est d'une certaine manière déjà un membre de la famille.

41. Une existence indépendante - Tout le monde s'accorde plus ou moins pour considérer que la vie ne commence pas à la naissance, mais bien dès la conception[350]. L'enfant existe avant la naissance et le droit ne peut, ni ne doit, faire semblant d'ignorer cette réalité[351]. Pour le Professeur Atias, par exemple : *« L'enfant conçu est, en droit positif français, une personne comme les autres et un enfant comme les autres ; c'est sa nature qui impose sa loi »*[352]. Le Professeur Roberto Andorno ajoute que la fiction serait alors de penser sa non-existence[353]. Du seul fait de son existence, l'enfant conçu aurait droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique[354].

---

[347] SALVAGE (P), « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *RTD civ.*, 1976, p. 725 ; PHILIPPE (C), « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, p. 29 ; ROUJOU DE BOUBÉE (G) et VIGNEAU (D), « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *D.* 2008, p. 1862.

[348] SAINT-ROSE (J), « Un foetus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *D.* 2001, p. 2917 ; *« Le temps n'est plus où le foetus était un être mystérieux dont on ignorait le sexe jusqu'à la naissance et que Dieu seul pouvait nommer ».*

[349] GALLOUX (J-C), *La personne physique entre réalité biologique et matérialité*, *L'identité politique*, éd. Puf, 1994, p. 176 ; MEMENTEAU (G), « La situation juridique de l'enfant conçu. de la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ.*, 1990, p. 611 et s.

[350] BAILLON-WIRTZ (N), « L'enfant simplement conçu », *RLDC*, 2011 ; *« La vie ne commence pas à la naissance mais bien dès la conception. Le législateur français n'en doute heureusement pas dans la mesure où l'article 1er de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975, dite loi Veil (JO 18 janv. 1975), dispose que « la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie » ».*

[351] V. VIGNEAU (D), *L'enfant à naître*, thèse, Toulouse,1987.

[352] ATIAS (C), *La situation juridique de l'enfant conçu, dans la vie prénatale, biologie, morale et droit*, éd. Téqui, 1986, p. 124.

[353] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses, à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996, n° 208.

[354] Assemblée générale des Nations unies, 10 décembre 1948, Paris.

Mais la notion de personne humaine n'appelle pas en droit de précision dans son extension. Il s'agit d'une notion totalement étrangère au droit qui n'appelle aucune définition.[355]. Il n'y a pas nécessairement adéquation entre la vie et la personne. Ce qui est vivant n'est pas nécessairement une personne[356]. Qu'importe que l'existence du futur enfant soit appréhendée dès sa conception - que le développement humain s'inscrive dans une certaine continuité, sans heurt ni césure - puisqu'il ne s'agit pas de définir l'apparition de la personne humaine.

Le critère d'autonomie ne sert en rien à distinguer la personne juridique du reste de la Création[357]. La personne se définit en droit par une existence individuelle et indépendante[358], comme un être complet, et non simplement comme un être recelant seulement les potentialités de l'être complet. Quel que soit la maturation, ou le développement de l'embryon, la possibilité d'une personne potentielle dans le fœtus importe peu. Le droit ne refuse plus l'établissement d'un acte d'enfant sans vie suivant des critères de viabilité[359], et donc suivant l'accession à un stade de développement suffisant résidant dans l'espoir d'une vie autonome[360]. Mais si elle permet de donner un prénom au foetus, de l'inscrire dans une généalogie, ou de procéder à son inhumation, la reconnaissance de la qualité d'enfant sans vie n'ouvre aucunement la reconnaissance d'une personnalité juridique au foetus ou à l'embryon considéré. L'être précocement décédé n'est investi d'aucun droit propre ni ne l'a été dans sa courte existence : il est, irrémédiablement, un « non-sujet de droit ».

---

[355] BERTRAND-MIRKOVIC (A), La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître), éd. Puam, 2003, n° 491 ; *« La prétention du droit de redéfinir la personne humaine se heurterait à une objection de fond qui tient à ce que la personne humaine est la finalité même du droit, lequel ne peut donc pas la réduire à n'être qu'un instrument juridique, aussi utile soit-il ».*

[356] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 43.

[357] V. LOISEAU (G), *L'embryon In Vitro : qui ou quoi ?*, Conférence, Paris, 17 mars 2008 ; *« Certains silences sont avant tout prudents et celui de la loi pourrait bien être une marque de sagesse pour n'avoir pas à se soumettre à la dictature d'un concept ».*

[358] AUBRY (C) et RAU (C-F), *Cours de droit civil français* par ESMEIN (P), 6ème éd. t. 1, p. 179.

[359] Décr. du 4 juillet 1806 contenant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie. ; Cass. crim., 7 aout 1874 ; Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant. ; Circulaire n° 50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveaux-nés décédés à l'état civil. ; Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 ; Circulaire n° 2001-576 du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance ; Instruction générale relative à l'état civil du 29 mars 2002 ; Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

[360] Cass. civ. 1ère, 6 février 2008, n° 06-16.498.

B - L'EXTINCTION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

Le destin de la personnalité juridique est intimement lié à celui du corps humain. La personnalité disparaît en même temps qu'est constaté le décès (***1***). Pour autant, il est des situations où la mort est litigieuse, où, du fait de l'absence de certitudes, elle doit être déclarée judiciairement. En pareil cas, le droit se contente de présumer le décès de la personne physique (***2***) ; notamment lorsque la personne a disparu dans des conditions rendant son décès probable, ou lorsque la personne ne donne plus aucun signe de vie à son entourage.

1 - Le décès constaté de la personne physique

42. Une mort biologique - Juridiquement, la mort se définit - d'un point de vue technique - par un état d'arrêt cardiaque et respiratoire persistant desquels doivent ressortir l'absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée, l'abolition de tous les réflexes du tronc cérébral, et enfin l'absence totale de ventilation spontanée[361]. Après avoir été médicalement constatée et administrativement déclarée[362], elle emporte la disparition de la personnalité juridique, et dans son sillage l'extinction de la personne physique. L'acte indiquant le décès est dressé, la succession du défunt est ouverte[363], et le permis d'inhumer est délivré. Le corps et ses démembrements sont mis en terre, incinérés ou placés dans des collections scientifiques de personnes morales de droit public[364]. Le décès est en cela l'occasion de vérifier avec une particulière acuité la distinction de la personne humaine et de la personne juridique. Ainsi que le précise les Professeurs Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet : *« Ces deux instances ne s'éteignent pas de la même manière : la première disparaît purement et simplement alors que la seconde survit à son extinction grâce à l'emprunt, par les héritiers, de la personnalité juridique du défunt »*[365].

---

[361] Art. R.1232-1 du Code de la santé publique.
[362] Art. 78 à 91 du Code civil.
[363] Art. 720 et s. du Code civil.
[364] Art. L.2223-1 et s. du Code général des collectivité territoriales ; TGI de Paris, 21 avril 2009, n° 09/53100. ; CE, 12 mai 2004, n° 253341, *Association du Vajra triomphant c/ Commune de Castellane* ; Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire.
[365] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 19.

43. Une mort juridique - La dépouille du défunt est une chose particulière[366], vis-à-vis de laquelle les hommes sont tenus de se comporter d'une certaine manière[367]. La dépouille obéit ainsi non seulement à des règles précises concernant sa destination, mais aussi à des impératifs de conduite. Comme le précise l'article 16-1-1 du Code civil : *« Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence »*[368]. Tout élément du corps humain est digne de protection, même lorsqu'il n'est plus que débris d'un corps désagrégé[369].

Certains auteurs qui se sont penchés sur un droit de la mort ont émis l'hypothèse que les morts pourraient être considérés comme étant titulaires d'une demi-personnalité[370]. Constatant en effet que le droit prend en considération le phénomène de la mort, mais aussi la dépouille mortelle, Demogue pensait pouvoir affirmer que les morts sont des demi-personnes juridiques, qu'ils sont sujets de droit, dans une mesure à déterminer, comme celle de leurs intérêts moraux personnels[371]. Mais le fait que la dépouille soit prise en considération par le droit, s'il le retire du néant juridique, ne lui confère pas pour autant la qualité de sujet[372], ou de demi-sujet. La personnalité ne subsiste pas après la mort. Avec celle-ci intervient la déchéance du droit de vote et d'éligibilité, la perte de la nationalité, l'impossibilité de bénéficier de legs. Le droit civil marque ainsi nettement son rejet de toute personnification de la dépouille. Et même si rien n'infirme ou ne confirme la

---

366 LOISEAU (G), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015 ; LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 357.

367 Le droit romain avait pour habitude de classer la sépulture et donc la dépouille parmi les *res religiosae ;* V. POPU (H), *La dépouille mortelle, chose sacrée : à la redécouverte d'une catégorie oubliée*, éd. l'hamattan, 2009 ; CORNU (M), « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *D.* 2009, n° 28, p. 1907.

368 Cass. civ. 1ère, 29 octobre 2014, n° 13-19.729.

369 TGI de Lille, 5 décembre 1996 ; Cass. civ. 1ère, 16 septembre 2010, n° 09-67.456 ; Art 225-17 du Code pénal.

370 TIMBAL (G), *La condition juridique des morts*, Thèse, Toulouse, 1902, p. 132 ; *« Nous pensons qu'ils sont des personnes car les facultés que nous leur avons reconnues empêchent évidemment de les assimiler au néant. Mais comme ils ne présentent pas tous les caractères ordinaires qui appartiennent aux vivants, nous leur attribuerons que la demi-personnalité, ayant d'ailleurs plus de droits que les animaux, et occupants dans la hiérarchie des êtres, un rang plus élevé ».*

371 DEMOGUE (R), « La notion de sujet de droit, Caractères et conséquences », *RTD civ.*, 1909, p. 639.

372 LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 170 ; *« La démonstration menée par Démogue nous semble procéder plus par voie d'affirmation que par voie de justification. Nous avons vu que la définition du sujet de droits suppose - sans pour autant que la qualité de sujet soit réservée aux seuls individus personnes physiques - l'existence d'un patrimoine, et plus généralement l'existence de droits subjectifs dont est titulaire le sujet ».*

continuité de la personne hors de son enveloppe corporelle ou au travers d'autres formes vivantes, l'existence en droit doit être certaine. La volonté peut certes s'exprimer par delà la mort, fondant ou préservant des liens à titre posthume ou réglant le sort de la dépouille mortelle et des biens de celui qui n'est plus[373]. Mais cela ne signifie pas pour autant que celle-ci puisse valablement être considérée comme une personne, ou comme une demi-personne[374]. Faire corps, c'est ne faire qu'un, et lorsque cesse la corporéité, l'organisé s'évanouit avec l'organisation. Lorsque la mort survient, il ne reste qu'une matière qui, laquelle n'est plus un corps, bien qu'elle en conserve provisoirement l'apparence[375].

La personne physique laisse des traces de sa personnalité[376]. Ces traces permettent aux héritiers meurtris d'agir pour le souvenir de leur proche disparu, et cela aussi bien sur le fondement du respect dû au défunt que sur celui de leur propre vie privée[377]. Mais de la reconnaissance de ce respect dû au mort, il ne saurait en aller jusqu'à l'attribution à lui d'une dignité[378]. S'il s'agit de respecter la mémoire du défunt, il s'agit surtout de protéger la considération des vivants, et donc de veiller à ce que les héritiers, époux ou légataires universels vivants puissent se défendre des éventuels outrages que pourrait subir la mémoire du défunt et qui pourraient leur causer préjudice[379]. Les héritiers agissent en vertu d'une action qui leur est propre et aucunement au nom du défunt. On ne saurait ainsi dire du défunt qu'il bénéficie d'un droit subjectif au respect de son corps[380].

---

[373] TEYSSIÉ (B), *Droit des personnes*, éd. Lexis Nexis, 19ème éd. 2017, n° 242.

[374] LOISEAU (G), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015 ; DELAGE (P-J), « Respect des morts, dignité des vivants », *D.* 2010, p. 2044.

[375] FABRE-MAGNAN (M), *introduction générale au droit. Cours et méthodologie*, Coll. Licence Droit, éd. Puf, 2009, p. 149.

[376] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd., 2017, n° 105 ; V. PETIT (F), « La mémoire en droit privé », *RRJ,* 1997.

[377] Cass. civ. 2ème, 4 novembre 2004, n° 03-15.397.

[378] DELAGE (P-J), *Ibid.*

[379] Art. 34 de la loi du 29 juillet 1881 ; Cass. civ. 1ère, 1er juillet 2010, n° 15-09.479 ; Trib. civ, Le mans, 13 juillet 1886.

[380] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 187 ; *« Ainsi, les héritiers d'une personne ne sauraient-ils agir, au nom du mort « victime » de diffamations ou d'injures. Seule une action en responsabilité relative aux diffamations dont a été victime leur auteur de son vivant peut être reprise ou intentée par des successeurs universels, à condition toutefois que le défunt n'ait pas entendu y renoncer. L'action civile accessoire à l'infraction de violation de sépulture appartient à la famille, elle n'appartient pas au défunt lui-même ».*

2 - Le décès présumé de la personne physique

44. Une disparition physique - La définition de la mort est toutefois une question délicate. Le droit français a longtemps connu l'institution de la mort civile qui, du vivant de l'individu, le privait de sa personnalité juridique. Elle frappait sous l'ancien régime, les religieux prononçant des voeux perpétuels[381]. Jusqu'à la loi du 31 mai 1854[382], elle fut également appliquée aux condamnés à mort ou à des peines afflictives perpétuelles. Aujourd'hui, seule la mort physique marque la fin de la personnalité juridique[383].

La mort de la personne est la mort cérébrale. Mais il ne faut pas confondre les personnes en état végétatif avec celles en état de coma dépassé. Dans l'état végétatif, une partie du cerveau est intacte, bien qu'il y ait eu destruction ou inactivation des structures supérieures du cerveau, parfois de façon prolongée. La personne est ici alternativement dans des périodes de veille et de sommeil[384]. Bien que ces états soient souvent irréversibles, le retour à une santé normale, à une conscience normale n'est pas tout à fait impossible. La personne en état végétatif chronique, qui est hors d'état de manifester sa volonté, est donc considérée par le droit comme un grand handicapé devant bénéficier de mesures de protection. Elle ne perd pas la personnalité juridique, mais est considérée comme un incapable[385]. Quelle que soit l'affection dont elle souffre[386], la personne n'est pas morte pour autant. Elle reste à ce titre présente sur la scène du droit.

45. Une disparition juridique - Il existe des situations où nul ne sait si une personne est encore vivante ou est déjà décédée. Lorsque la personne a simplement cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que personne en ait eu de nouvelles, elle est considérée comme absente[387]. Dans un tel cas, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption

---

[381] V. LANDRY (C), « La mort civile du religieux dans l'ancien droit français, étude historique et critique », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Vol. 26, 1902, p. 205 et s.
[382] Loi n° 1854-05-31.
[383] TEYSSIÉ (B), *Droit des personnes*, éd. Lexis Nexis, 19ème éd. 2017, n° 232.
[384] RAVILLON (L), « Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique », *RDSS*, 1999, p. 191.
[385] BAUDOUIN (J-L), *Vie et personne : La personne en droit comparé : apparition et disparition, La personne humaine, sujet de droit*, Journées René Savatier, éd. Puf, 1994, p. 73-97.
[386] Cass. civ. 2ème, 22 février 1995, n° 92-18.731.
[387] V. Loi n° 77-1447 du 28 décembre 1977 portant réforme du titre IV du livre Ier du Code civil.

d'absence[388]. Bien que cela ne soit nullement une obligation, la présomption d'absence peut être constatée en justice lorsque cela s'avère nécessaire, notamment pour protéger les intérêts de l'absent et la gestion de son patrimoine[389]. Ce statut ne présume pas immédiatement le décès. La présomption d'absence est une présomption de vie. Le présumé absent est présumé vivant. Aucun élément ne permettant de suspecter la mort de la personne, l'idée est qu'il peut, et qu'il va revenir. La personnalité juridique du présumé absent ne s'éteint pas du seul fait que l'on ignore le lieu où il se trouve. Néanmoins, si l'absence se prolonge, la mort devient probable. Le tribunal de grande Instance peut alors prononcer un jugement de déclaration d'absence[390].

Dans certains cas, une personne biologiquement vivante peut être considérée comme morte par le droit. C'est aussi le cas lorsque la disparition d'une personne a lieu dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger. Sa mort peut là aussi être judiciairement déclarée[391]. Si le tribunal estime que les circonstances rendent suffisamment probable la mort du disparu[392], il rend en effet un jugement déclaratif de décès, en fixant la date de la mort d'après les indices connus, et à défaut, au jour de la disparition[393].

Le Professeur Xavier Labbé compare l'absent et le disparu à des acteurs qui, bien que non présents sur scènes, restent présents en coulisses[394] : *« N'étant pas présents sur scène, ils n'ont pour l'instant aucun rôle, aucune fonction »*[395]. Dans le cas de l'absent, il est impossible de savoir si la personne est morte ou vivante. Dans le cas du disparu, il existe une certitude ou une quasi-certitude que la personne est décédée même si on n'a pas retrouvé sa dépouille. Mais dans les deux cas, c'est tout de même leur absence physique qui conditionne la présomption de décès.

---

388 Art. 112 du Code civil.

389 Art. 113 et s. du Code civil ; Art. L.353-2 du Code de la sécurité sociale ; Cass. soc. 19 février 1998, n° 96-17.574 et n° 96-17.821.

390 V. Art. 122, 128 et 129 du Code civil.

391 Art. 88 du Code civil.

392 Cass. civ. 1ère, 14 mars 1995, n° 92-21.226.

393 Art. 90 et 91 du Code civil.

394 V. Art. 92 et 130 et 132 du Code civil.

395 LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 45 ; *« La vie juridique n'est donc peut être pas un élément nécessaire dans la recherche d'une définition de la personnalité. Le droit n'attribue la qualité qu'aux acteurs, présents sur la scène juridique »*.

Paragraphe 2 - Le corps humain, statut de la personne physique

46. Le corps en guise de signalisateur[396] - De la représentation à la figuration, le corps humain est la première « chose » que tout individu donne à voir à ceux qui l'entourent. Il est l'image que la personne va donner à voir d'elle-même et par laquelle elle sera premièrement considérée et jugée. Point fixe dans un monde mouvant, le corps est une manière nécessaire d'assigner une identité[397]. Il est la forme socialement instituée d'une individualité biologique qui assure la constance et l'unité à travers le temps et les espaces sociaux des différents agents sociaux qui sont la manifestation de cette individualité dans les différents champs possibles où il intervient en tant qu'agent, c'est-à-dire dans toutes ses histoires de vie possibles[398]. Pour cette raison, il est un élément important de la construction des individus, qu'elle soit personnelle ou qu'elle s'inscrive de manière globale dans le champ social, économique ou juridique[399].

Au fond, l'un des phénomènes propres à l'être humain est sa capacité de nommer, caractériser et classifier tout ce qu'il connaît, voit ou entend. L'identification entre dans cette catégorie de l'activité humaine et la grande question : Qui ? de tout temps, s'est posée et se posera. Seules les manières d'y répondre ont changées[400]. Dans une logique d'identification et de reconnaissance de l'autre[401], la dimension sensible de la personne a toujours été celle qui permettait de lui conférer un état (A). Mais avec le temps, de nouveaux moyens d'identifications se sont développés. D'une forme sociale, le corps est devenu une forme. Le corps est ainsi devenu la forme de la personne physique (B).

---

396 DAVID (A), *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses*, Thèse, Paris, 1953, p. 49 et s.

397 GALLOUX (J-C), *La personne physique entre réalité biologique et matérialité*, *L'identité politique*, Ed Puf, 1994, p.172 et s.

398 BOURDIEU (P), « *L'illusion biographique »*, *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 62-63, juin 1986, p.70.

399 Dans les cultures primitives, par exemple, le culte du corps était souvent intégré par les rituels et pratiques quotidiennes du monde symbolique et sacré. Les marques corporelles outre leurs caractères esthétiques, représentaient parfois le statut social, l'appartenance à un groupe communautaire et avaient ainsi une dimension protectrice.

400 LAVERGNE (L), *Données scientifiques, méthodes d'évaluation et vision d'ensemble de l'utilisation du profil génétique, L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme, Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, éd. Bruylant, 1997, p. 21.

401 DAVER (C), « L'interruption involontaire de grossesse sur un foetus de cinq mois et demi ne constitue pas un homicide involontaire », *RGDM*, 1999, n° 2, p. 5.

A - L'ÉTAT DE LA PERSONNE PHYSIQUE

L'état d'une personne - autrement dit son état civil - est constitué par l'ensemble des règles qui définissent la personnalité juridique d'une personne physique. Véritable statut civil de la personne, cet état atteste de sa situation en droit privé. À mi-chemin entre identité objective (***1***) et identité subjective (***2***), il regroupe tous les traits caractéristiques servant à identifier une personne.

1 - L'identité objective de la personne

47. Identification et immatriculation - Du temps où l'État ne s'était pas encore affirmé, c'est l'Église qui se préoccupait de conserver des traces des moments clés de la vie[402]. Jusqu'en 1792, c'est ainsi au prêtre qu'il revenait de tenir, dans chaque paroisse, un ou plusieurs registres réunissant les caractéristiques essentielles de l'existence sociale des individus[403]. Modèles des registres modernes d'état civil, ces registres - encore forts utiles aujourd'hui - consignaient les actes de baptêmes, de mariages et de sépultures, parfois les testaments, plus rarement les actes de fiançailles ou les bans de mariage, les messes anniversaires pour le repos de l'âme des défunts ou les listes de confirmands. Avec la Révolution, l'état civil est sécularisé, laïcisé. Depuis 1792 c'est à l'État, dans un souci d'organisation sociale, qu'il appartient de disposer d'un inventaire précis de ses ouailles et des unions d'où naissent les familles. La commune remplace la paroisse et la tenue des registres paroissiaux est confiée aux municipalités. Les actes de l'état civil sont désormais établis par les officiers de l'état civil, lesquels exercent leurs fonctions sous le contrôle du procureur de la République[404].

L'identification de la personne physique s'opère par l'intermédiaire d'un procédé d'immatriculation lui-même axé autour d'instruments empruntés aux éléments caractéristiques du corps humain[405]. Il est fait référence à un ensemble d'éléments de droit

---

402 TEYSSIÉ (B), *Droit des personnes*, éd. Lexis Nexis, 19ème éd. 2017, n° 477.
403 V. Ordonnance de Villers-Cotterêts, août 1539 ; Ordonnance de Blois, mai 1579.
404 Art. 35 et s. du Code civil.
405 TEYSSIÉ (B), *Op. cit.*, n° 331.

privé[406], de caractéristiques biologiques, mais aussi sociales caractérisant l'existence juridique et la situation juridique de la personne au plan individuel, au plan familial et au plan politique, de nature à permettre d'identifier celle-ci dans la société dans laquelle elle vit[407]. À l'heure actuelle, les modes principaux d'identification des personnes physiques tiennent tantôt à de simples faits : naissance, accès à la majorité, tantôt à des actes juridiques : mariage, divorce, transmission de la parenté[408]. Il s'agit essentiellement de recueillir le nom de famille, les prénoms, le sexe, le lieu et la date de naissance, la qualité de Français ou d'étranger, la capacité civile, la filiation, la situation matrimoniale et le domicile de l'individu considéré. En tant que mode de constatation, les actes de l'état civil permettent d'en faire la preuve. Ils permettent l'enregistrement des actes et faits qui commandent l'état des personnes.

48. Indisponibilité, immutabilité et imprescriptibilité - Dans toute société, chacun doit pouvoir être distingué de ses semblables. Chacun doit ainsi être individualisé afin qu'il soit permis de l'identifier dans la société et de le rendre concrètement titulaire de droits et d'obligations. S'il s'agit de différencier les individus, il est aussi question de ne pas confondre une personne avec une autre et donc de ne pas appeler l'une d'entre elles par erreur pour répondre aux droits et aux obligations d'une autre[409].

Connaître, informer, prouver sont trois impératifs d'ordre public. Placés sous la bannière de l'intérêt général, ils imposent que soient assurées l'identification et l'individualisation de toute personne juridique, indifféremment physique ou morale. En cela, l'état civil des personnes est considéré comme une base essentielle de l'ordre social[410]. Celui-ci peut fournir d'inestimables services à tous ceux qui ont besoin d'obtenir des renseignements sur la condition juridique d'une personne ou de fournir la preuve

---

[406] Art. 34 et s. du Code civil.

[407] CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, p. 420.

[408] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd. 2017, n° 134.

[409] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Op. cit.*, n° 93 ; *« La personne doit pouvoir être identifiée, c'est-à-dire distinguée de ses semblables, mais aussi située dans le temps, l'espace et son milieu familial. Il y a là un profond besoin des individus eux-mêmes et une exigence de l'organisation sociale »*.

[410] Cass., 14 juin 1858, DP, 1858, 1, p. 247 ; *« La constatation régulière de l'état civil des personnes est une base essentielle de l'ordre social ; qu'il importe en effet pas moins qu'à la bonne police de l'État qu'aux intérêts privés et de famille, qu'en ce point, toutes les situations soient nettement fixées et clairement définies »*.

d'évènements les concernant[411]. *« La constatation régulière de l'état civil des personnes est une base essentielle de l'ordre social »*[412]. Qu'il s'agisse de défense nationale, d'ordre public, de fiscalité, les instruments d'identification de la personne physique méritent la plus vigilante protection[413]. En cela, l'« état » d'une personne est intimement attaché à elle, à tel point qu'elle ne peut s'en dépouiller[414] ou en être dépouillée[415]. Pour d'évidentes raisons d'ordre public, la jurisprudence a consacré directement ou indirectement plusieurs principes fondamentaux et, notamment, les principes de l'indisponibilité de l'état des personnes[416], de l'immutabilité[417] et de l'imprescriptibilité[418] de cet état.

2 - L'identité subjective de la personne

49. La mutabilité des éléments d'identification - L'identité ne se réduit pas à une image ou à une représentation de soi-même que l'on trouverait pour ainsi dire préexistante. Chacun construit et façonne sa propre identité. L'idée est que le plein épanouissement de la personne passe aussi au travers de la promotion de cette même identité ; que de ce fait, il peut être porté atteinte au principe d'indisponibilité et d'immutabilité de l'état des personnes. L'identité en droit implique désormais autant le droit à une identification par l'État que celui d'acquérir une certaine maîtrise sur l'établissement de cette identification en agissant sur ses fondements réels ou sur la souplesse de l'état civil[419].

En France, l'état civil d'une personne a vocation à être mis à jour tout au long de la vie des citoyens. Les éléments de l'état civil sont en effet soumis à un régime de

---

411 CHEVALIER (P), *LAMY Droit des personnes et de la famille, Partie 2 : Les personnes physiques, Titre 4 : L'individualisation de la personne, Etude 264 : L'état civil*.

412 Cass, 14 juin 1858.

413 TEYSSIÉ (B), *Droit des personnes*, éd. Lexis Nexis, 19ème éd. 2017, n° 331

414 Art. 99 et s. du Code civil.

415 TERRE (F) et FENOUILLET (D), *Droit Civil*, *Les personnes*, *Personnalité-Incapacité-Protection*, Dalloz, 8ème éd. 2012, p. 144.

416 Cass. civ. 1ère, 19 juin 1961 ; Cass. civ. 1ère, 16 décembre 1975, n° 73-10.615 ; Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 ; Cass. ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373.

417 Cass. civ. 1ère, 12 novembre 1986, n° 85-10.183 ; Cass. civ. 1ère, 20 novembre 1990, n° 89-13.726.

418 Cass. civ. 1ère, 1er juillet 1968 ; Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1978, n° 75-13.011 ; Cass. civ. 1ère, 25 mai 1992, n° 90-13.613 ; Cass. civ. 1ère, 30 septembre 2003, n° 01-02.065 ; Cass. civ. 1ère, 10 mai 2005, n° 02-19.738 ; Cass. civ. 1ère, 17 décembre 2008, n° 07-10.068.

419 BIOY (X), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, éd. Montchrestien, 5ème éd., Coll. Cours, 2018, p. 344.

mutabilité contrôlée. Un acte de l'état civil peut en effet être entaché de quelque irrégularité[420]. Il peut souffrir d'omissions ou d'erreurs[421]. Il peut aussi ne plus rendre compte de la réalité ou plus largement ne plus correspondre à l'image que la personne se fait d'elle-même.

50. Des éléments relevant de la vie privée - La licéité du changement de sexe a obligé le droit a penser l'identité autrement qu'en termes d'identification. Longtemps réfractaires à cette idée, les juges considéraient : *« Qu'il n'était pas admissible qu'un individu puisse se prévaloir d'artifices provoqués par lui-même pour prétendre avoir changé de sexe, ce qui serait violer la règle de l'indisponibilité de l'état des personnes ; que ces artifices ne transformaient pas un homme en femme, mais en créaient seulement l'illusion plus ou moins réussie ; que la seule conviction intime de l'appelant ne pouvait suffire à considérer que l'intéressé était devenu femme »*[422].

Après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme[423], la jurisprudence a toutefois opéré un revirement. L'identité sexuelle est alors reconnue comme un droit attaché à la vie privée et donc protégée par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[424]. Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes a ainsi été redéfini de manière à harmoniser l'état civil de la personne avec son apparence sexuelle extérieure. Le Doyen Cornu a écrit à ce sujet que : *« Le sexe d'arrivée est un sexe de conviction, enraciné dans le psychisme, non un sexe d'élection, de convenance, de caprice ou d'emprunt. Le transsexuel n'agit pas, il « est agi », il subit et c'est précisément pourquoi, dans la logique de cette vision, le transsexualisme échappe au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Le principe existe, mais il est sauf. Il n'est pas offensé »*[425].

---

[420] Art. 99 et s. du Code civil.

[421] Cass. civ. 1ère, 26 janvier 1983, n° 81-16.795 ; Cass. civ. 1ère, 14 mai 1985, n° 84-10.437; Cass. civ. 1ère, 2 juin 1987, n° 85-16.381.

[422] Cass. ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900.

[423] CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, n° 13343/87.

[424] CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; CEDH, 11 juillet 2002, *I. c/ Royaume-Uni*, n° 25680/94 ; CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, n° 35968/97 ; CEDH, 23 mai 2006, *Grant c/ Royaume-Uni*, n° 32570/03 ; CEDH, 8 janvier 2009, *Schlumpf c/ Suisse*, n° 29002/06 ; CEDH 10 mars 2015, *Y.Y. c/ Turquie*, n° 14793/08 ; CEDH, 6 avril 2017, *A. P. Garçon et Nicot c/ France*, n° 79885/12, n° 52471/13, n° 52596/13.

[425] CORNU (G), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, éd. Montchrestien, 12ème éd., 2005, p. 262.

Avec la loi dite de « modernisation de la justice du XXIème siècle » du 18 novembre 2016, un pas de plus est franchi. Désormais : *« Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification »*[426]. Le changement de sexe n'est donc plus nécessairement subordonné à la chirurgie puisque *« le fait de ne pas subir des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande »*[427]. L'identité n'est donc plus réduite à une simple image ou à la seule représentation de soi-même. Plus spécifiquement, l'identité est ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre. On ne naît plus homme ou femme, on le devient, ou pas[428]. C'est suivant un raisonnement analogue que le tribunal de grande instance de Tours[429], après avoir constaté que ni les médecins, ni l'entourage, pas plus que la personne elle-même, n'étaient en mesure d'affirmer la nature du son sexe réel ou ressenti, a ordonné que la mention de « sexe masculin », soit remplacée par la mention de « sexe neutre »[430]. Cette initiative fut néanmoins rejetée par la Cour d'appel[431] puis par la Cour de cassation au motif : *« Que la reconnaissance par le juge d'un « sexe neutre » aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination »*[432].

---

[426] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, Art. 61-5 du Code civil et s.

[427] Art. 61-6 du Code civil.

[428] V. LABBÉE (X), « L'homme qui a accouché d'un enfant », *D.* 2018, p. 1085 ; *« On aurait pu penser également que le fait de devenir homme puisse constituer un obstacle à l'accouchement. Et, tout en admettant le principe posé par Simone de Beauvoir selon lequel « on ne naît pas femme », on aurait pu penser « qu'on le devient » définitivement quand on accouche, et qu'en conséquence, jamais un médecin ne pourrait transformer une femme en homme en lui laissant cependant les organes nécessaires pour porter un enfant. Mais force est de dire que cette manière de voir les choses n'est plus vraie aujourd'hui. Et tant pis pour toutes les représentations artistiques qui, depuis que le monde existe et que l'humanité est apparue, célèbrent la maternité par la représentation d'une femme tenant dans ses bras un enfant ».*

[429] TGI de Tours, 20 août 2015.

[430] V. VIALLA (F), « Substitution à l'état civil de la mention « sexe neutre » à celle « de sexe masculin » », *D.* 2015, p. 2295 ; COUSTET (T), La justice reconnaît la mention « sexe neutre » sur l'état civil, Dalloz actualité, 16 octobre 2015.

[431] CA d'Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281.

[432] Cass. civ. 1ère, 4 mai 2017, n° 16-17.189 ; V. HAUSER (J), « Intersexuation : pas de sexe neutre, pour l'instant... ! », *RTD civ.*, 2016, p. 318 ; ROUVIÈRE (F), « La difficulté d'exister du sexe neutre », *RTD civ.*, 2017, p. 947 ; MORON-PUECH (B), « Rejet du sexe neutre : « Une « mutilation juridique » ? » *D.* 2017, p. 1404 ; COUSTET (T), *Pas de sexe neutre à l'état civil pour la Cour de cassation*, Dalloz actualité, 5 mai 2017.

B - LE SUBSTRAT DE LA PERSONNE PHYSIQUE

À l'heure actuelle, la reconnaissance de l'individu par son nom, sa filiation, et éventuellement par sa photographie n'est plus considérée comme suffisante. Au fil du temps et de l'évolution des moyens et des besoins, l'identification des personnes est en effet devenue plus exigeante. Aux critères traditionnels d'identifications, se sont donc substitués de nouveaux critères biologiques et technologiques, plus fiables[433]. Au-delà de l'identification traditionnelle, se sont développés de nouveaux moyens d'identifications aussi bien biométriques (***1***) que génétiques (***2***).

1 - L'identification biométrique de la personne

51. La mesure du vivant - Dès la fin du XIXème, le criminologue français Alphonse Bertillon[434] rationalise des méthodes d'identification reposant sur des caractéristiques physiques et biologiques : mesures des membres et des crânes, relevé des marques particulières. Cette méthode basée sur l'analyse des données biométriques va rapidement s'installer comme une technique d'identification de référence. À la fin du XXème siècle, l'utilisation et le traitement numérique des caractéristiques individuelles ainsi que la constitution de bases de données autorisées par l'informatique et les techniques associées viendront permettre la mise en œuvre de procédés automatisés. Qu'il s'agisse des empreintes digitales, de l'empreinte vocale, de l'empreinte rétinienne ou de l'iris[435], de la géométrie du doigt et de la main ou de la cartographie des veines et des vaisseaux sanguins, l'idée est que le corps de chacun comporte des données uniques et permanentes qui lui sont spécifiques. Suivant cet aspect, le recours aux nouvelles technologies a permis d'apporter une réponse adaptée à certaines situations dans lesquelles l'identification des personnes devait être parfaitement assurée. Rapide et fiable, la biométrie s'est rapidement distinguée comme la plus pertinente pour identifier et authentifier les personnes.

---

[433] CCNE, *Biométrie, données identifiants et droits de l'homme*, Avis n° 98, 26 avril 2007.

[434] Il est par ailleurs le fondateur du premier laboratoire de police d'identification criminelle.

[435] L'image de l'iris est très complexe mais pratiquement unique pour chaque individu ; elle n'est modifiée ni par l'âge ni par les maladies, ni par les activités professionnelles, et elle n'est pas effaçable.

Ce type d'identification et d'authentification jouit à l'heure actuelle d'un engouement général. Encore largement méconnue du grand public il y a à peine dix ans, la biométrie s'est imposée, en l'espace de quelques années, comme un standard d'identification. Autrefois réservée à des fins de lutte contre la criminalité[436], elle a été transposée à d'autres usages plus communs. La biométrie est désormais présente au quotidien, des transports aux entreprises, en passant par les communications ou les transactions bancaires. La seule différence est que ce ne sont plus seulement les États ou les gouvernements[437] qui enregistrent visages ou empreintes, mais de grandes entreprises privées. Cette généralisation de l'identification biométrique a de fait posé la question d'un juste équilibre entre droits et intérêts légitimes[438]. Si au nom du paradigme sécuritaire chacun s'habitue à l'usage de ces marqueurs, les caractéristiques physiques, biologiques ou comportementales font figure de données sensibles, comme les données de santé ou celles relatives à l'orientation sexuelle[439].

Le recours aux caractéristiques physiques et biologiques est souvent considéré comme la panacée, la parade à l'insécurité et à l'incertitude créées par la société d'information elle-même. Contrairement à un mot de passe, ou à une clé traditionnelle, ces données ne peuvent - par principe - être ni subtilisées ni contrefaites. Seulement, comme toutes les informations numériques, les données biométriques sont stockées dans des bases de données. Elles peuvent en conséquence être dérobées et exploitées à des fins frauduleuses.

---

436 SCHWENDENER (M), « Police technique et scientifique » , *Rép. pén.*, octobre 2016, n° 111 ; *« Son utilisation par la puissance publique, couplée aux dispositifs de vidéo-protection, a été préconisée de longue date, à l'instar de ce qui se pratique en Angleterre depuis plusieurs années, ou à New York, via le « Domain Awareness System » ou DAS qui permet, grâce à des caméras installées dans la ville, d'observer les citoyens et de pouvoir effectuer une analyse biométrique de leur visage, afin de le comparer à une base de données dans un but de protection contre le terrorisme. ».*

437 Par un décret publié fin octobre 2016, le gouvernement français s'est vu accordé l'autorisation de créer une base de données regroupant les données biométriques avec comme objectif affiché, la simplification des démarches administratives ainsi que la lutte contre leur falsification et contrefaçon.

438 GALLOUX (J-C) et GAUMONT-PRAT (H), « Droits et libertés corporels », *D.* 2010, p. 604 ; *« Ces nouvelles formes d'identification sont porteuses de risques et d'atteintes aux libertés individuelles tout comme au droit au respect de la vie privée, engendrant un questionnement des institutions (CNIL, OPECST) sur les formes de protection juridique à mettre en place et le rôle grandissant qui pourrait être conféré à la CNIL. […] Les origines anciennes de la biométrie montrent qu'il s'agit d'une technique connue d'identification de toute personne vivante à partir de ses caractéristiques physiques. Toutefois l'évolution importante de la biométrie résulte du double processus d'informatisation et de miniaturisation des techniques d'identification ainsi que de son déploiement à grande échelle ».*

439 Règlement n° 2016/679 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.

En dehors de cette hypothèse, chacun laisse des traces physiques plus ou moins visibles, dans beaucoup de circonstances de la vie courante. Elles sont alors plus ou moins exploitables et peuvent même, dans certains cas, être utilisées à l'insu des personnes pour usurper leur identité[440]. Une empreinte digitale peut être reproduite ou copiée. Une empreinte faciale peut être créée grâce à une imprimante 3D, ou à partir d'une photo de profil. Une empreinte vocale peut être falsifiée grâce à un enregistrement. Or, s'il est toujours possible de changer de mot de passe ou de clé, il est difficile de changer de main, de visage ou de voix. En outre, la biométrie présente un autre inconvénient majeur. Si l'idée est que le corps de chacun comporte des données uniques et permanentes, ce dernier caractère n'est pas totalement exact. Le corps change, ne serait-ce que par l'effet du vieillissement. En effet, les individus vieillissent, changent, subissent des traumatismes plus ou moins importants. Tout cela impacte nécessairement les mesures biométriques.

2 - L'identification génétique de la personne

52. La structure du vivant - En 1984, alors qu'il travaillait aux variations de l'acide désoxyribonucléique, le Professeur Jeffreys découvre ce que l'on appelle communément « l'empreinte génétique »[441]. Celle-ci repose sur le fait que bien que deux individus aient une large majorité de leur patrimoine génétique en commun, un certain ensemble de séquences reste spécifique à chacun[442]. L'empreinte génétique d'une personne permet ainsi d'identifier cette dernière de manière extrêmement précise. Elle procure à celui qui la consulte l'ensemble des informations sur la structure du matériel génétique[443]. En cela, et même si elle ne donne aucune information sur l'activité cellulaire de l'individu à qui elle appartient, cette empreinte va bien au-delà d'une simple mesure biométrique. Pour cette raison, il a été prévu que *« l'identification d'une personne par ses empreintes*

---

440 V. GRÉCO (M), *La biométrie : enjeux et risques des nouvelles techniques d'identification*, éd. Presses universitaires de Perpignan, 2011, p. 107 et s. ; Art. 226-4-1, 433-19 et 434-23 du Code pénal ; Art. 781 du Code de procédure pénale ; Art. 2 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

441 JEFFREYS (A-J), WILSON (V) et THEIN (S-L), « Hypervariable minisatellite regions in human DNA », *Nature*, t. 314, 1985, p. 67-73.

442 Ce matériel génétique singulier est constitué de vingt trois paires de chromosomes. Chacun de ces chromosomes est formé d'une double hélice d'ADN composée de millions de nucléotides A, C, G et T.

443 ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 125.

génétiques ne peut être recherchée que : dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ; à des fins médicales ou de recherche scientifique ; aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées »[444].

Du système anthropométrique mis au point par le criminologue français Alphonse Bertillon au premier fichier d'empreintes digitales, l'identification des personnes a toujours été une des préoccupations principales du droit, et notamment pénal. Dans le cadre d'une procédure pénale, elle peut contribuer de manière déterminante à l'établissement d'un fait ou à la présence d'un individu déterminé sur les lieux d'une infraction[445]. Par l'identification qu'elle permet, la technique des empreintes génétiques est devenue la nouvelle martingale de l'enquête pénale[446]. Elle a conduit à la constitution de nouveaux outils et à la transformation conjointe des pratiques ; créant un bouleversement important au sein du milieu scientifique et judiciaire. Lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un prélèvement biologique sur une personne, l'identification de son empreinte génétique peut être réalisée à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps du ou des intéressé(s).

Concrètement, l'empreinte génétique seule s'avère d'un intérêt assez limité. C'est en effet la comparaison entre cette même empreinte et une autre qui rend possible l'identification d'une personne[447]. Elle requiert donc l'existence préalable d'un point de comparaison. C'est à cet effet qu'a été créé le Fichier national automatisé des empreintes

---

444 Art. 16-11 du Code civil.

445 SUPIOT (E), *Le procès pénal à l'épreuve de la génétique*, Rapp., juin 2017, p. 1 et s. ; Hantée par le fantôme de l'erreur judiciaire, la preuve revêt dans le procès pénal une importance qu'elle n'a dans aucune autre matière. Parmi les preuves scientifiques, la preuve génétique est bien souvent qualifiée de « reine des preuves ». Cette qualification doit parfois être nuancée. La capacité de l'ADN à se transporter ou à être transporté, notamment par simple contact, peut en effet être à la source d'innombrables erreurs judiciaires. Par ailleurs, en tant qu'élément matériel manipulé par des humains, l'erreur n'est jamais exclue ; V. Aff. du « fantôme d'Heilbronn » ; En mars 2009, un même ADN avait été retrouvé sur 40 scènes de crime, allant de meurtres aux cambriolages. À la fin du mois de mars 2009, les enquêteurs ont conclu que l'ADN récupéré sur les scènes de crime était déjà présent sur les cotons-tiges utilisés pour prélever des échantillons d'ADN : ils appartenaient à une femme qui travaillait à l'usine où ils avaient été fabriqués.

446 Art. 706-56 du Code de procédure pénale ; Art.16-12 du Code civil.

447 GIRAULT (C), « Faut-il légiférer sur le portrait-robot génétique ? » *AJP*, 2018, p. 63 ; *« Initialement limitée à la recherche d'une empreinte génétique aux fins d'identification, l'analyse ADN connaît une nouvelle utilisation depuis que la Cour de cassation, par un arrêt du 25 juin 2014, a autorisé, à partir des traces biologiques retrouvées sur la victime ou sur les lieux de l'infraction, la recherche des caractères morphologiques apparents d'un suspect afin d'en dresser un portrait-robot génétique ».*

génétiques (FNAEG)[448]. Mis en place par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998[449] relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles[450], le FNAEG a d'abord été conçu comme un instrument de répression de la récidive en matière de délinquance sexuelle[451]. Les lois du 15 novembre 2001[452] et du 18 mars 2003[453] ont ensuite considérablement élargi le champ des infractions susceptibles de donner lieu à un enregistrement[454] ainsi que la catégorie des personnes dont l'empreinte peut être recherchée[455]. En 2007, le FNAEG a aussi connu plusieurs développements, notamment en matière de lutte contre la criminalité transfrontalière. Avec la ratification du traité de Prüm[456], les résultats des analyses d'identification transmis par les organismes de coopération internationale en matière de police judiciaire ou par les services de police étrangers peuvent désormais être enregistrés dans le fichier national[457], lequel est d'ailleurs susceptible d'être consulté par ces mêmes autorités étrangères[458]. Le FNAEG, au-delà d'un simple *« outil d'investigation au service de l'élucidation des affaires policières »*[459], est devenu un véritable outil de fichage généralisé[460]. Il répond aujourd'hui à une logique de maximalisation des informations qui y sont placées[461].

---

448 V. Aff. du « tueur de l'est Parisien » ; Guy Georges, tueur en série est confondu par son ADN, il est arrêté en 1998. C'est ce parcours macabre, qui, la même année, a conduit à la création du Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG).

449 Décr. 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.

450 V. Le Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et violentes (FIJAIS) été créé par la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité est lui aussi un outil destiné à la prévention des infractions sexuelles commises sur des mineurs et à la recherche et l'identification de leurs auteurs ; Art. 706-53-1 du Code de procédure pénale.

451 GIRAULT (C), « Identification et identité génétiques », *AJP*, 2010, p. 224

452 Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

453 Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

454 Art. 706-55 du Code de procédure pénale.

455 Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 ; Art. 706-54, al. 2 et R.53-10 du Code de procédure pénale.

456 Loi n° 2007-1160 du 1er août 2007 autorisant la ratification du traité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche, relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale.

457 Art. R.53-12 du Code de procédure pénale.

458 Art. R.53-19-1 du Code de procédure pénale.

459 PADOVA (Y) et MOREL (C), « Droits des personnes », *Gaz. Pal.*, 9 janvier 2004, p. 29.

460 Suivant la CNIL, le FNAEG contenait, au 1 septembre 2013, les profils génétiques de 2 547 499 individus dont 1 911 675 personnes mises en causes, 430 298 personnes condamnées et 149 097 traces non identifiées ; Au 1er janvier 2016, il comptait 3 422 786 profils génétiques de personnes dûment identifiées, ainsi que 254 038 traces non identifiées ; V. Art. R.53-14 du Code de procédure pénale.

461 V. CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04 ; Cons. const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC ; CEDH, 22 juin 2017, *Aycaguer c/ France*, n° 8806/12 ; V. GAUTRON (V), « FNAEG : l'inertie gouvernementale sanctionnée par la CEDH », *AJP,* 2017, p. 391.

* * *

53. Conclusion du Chapitre I du Titre I - Lorsque Blaise Pascal s'est interrogé sur ce qu'est l'homme dans la nature, celui-ci a répondu : *« Un néant à l'égard de l'infini, un tout à l'égard du néant, un milieu entre rien et tout »*[462]. La réponse que le droit apporte à cette même question pourrait finalement et sensiblement être résumée en des termes sensiblement identiques.

Entre construction juridique et réalité physique, positivisme et jusnaturalisme, la personne physique est aux confins de deux natures, toutes deux indissociables. Entité corporelle, elle est tout autant une forme qu'elle est une substance. Formalisation d'une réalité par le droit, la personne physique ne saurait *apriori* exister sans la personne humaine pour la matérialiser, pas plus que l'individu lui-même ne saurait exister abstraitement. Néanmoins, cela ne veut pas dire que personne humaine et personne physique sont synonymes. Il ne faudrait pas tomber dans ce que le Professeur David appelait justement le *« piège de la cohésion entre la personne et son corps »*[463]. Il faut en effet de garder à l'esprit que la notion de personne a consciemment été élaborée en marge de celle de personne humaine, telle qu'on la connaît dans le domaine religieux ou philosophique.

Quand bien même elle en serait venue - dans un renversement de la pensée et du sentiment collectif - à en être rapprochée, la personne juridique dispose de sa propre signification. Malgré tout, l'existence de la personne juridique demeure liée à celle de la personne humaine, en ce sens qu'elle est la substance qui sert, au sens littéral ou figuré, de base matérielle aux qualités propres à la personne physique. En tant que support physique, le corps humain est celui qui permet de circonscrire son existence sur la scène du droit. Point fixe dans un monde mouvant, il se contente principalement de permettre la reconnaissance de la personne physique.

---

[462] PASCAL (B), *Pensées*, éd. Guillaume Desprez, 2ème éd., 1670, p. 173.

[463] DAVID (A), *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses*, Thèse, Paris, 1953, p. 49.

CHAPITRE II - LE CORPS HUMAIN ENTRE ÊTRE ET AVOIR

54. Personne physique et corps humain - Si la force du droit réside effectivement dans un assemblage entre le corps et la personnalité, le réel et la fiction, le concret et l'abstrait, sa faiblesse est d'avoir été rattrapé par les incertitudes propres aux matériaux utilisés. L'être humain, de par sa nature, ne peut être réduit à sa seule enveloppe corporelle, pas plus qu'il ne peut être réduit à une conscience pensante. Il n'est pas uniquement un corps, parce que nul ne peut être réduit à sa seule matérialité ou à la fonctionnalité de ses organes. À l'inverse, il ne peut pas non plus se résumer à sa seule conscience, à moins de supposer qu'il est une entité totalement désincarnée qui habiterait et conduirait un corps comme un pilote en son navire. Chacun est à la fois un corps psychique qui renvoie au « dedans » de l'être : être vivant, c'est être un corps, un corps par lequel il est possible d'agir ; et un corps physique projeté dans le monde du « dehors » : être vivant, c'est avoir un corps à soi, un corps sur lequel il est possible d'agir[464].

Dans l'imaginaire, cette représentation a donné aux juristes la possibilité de proposer une visualisation schématisée : le dessin d'un homme dont la tête contient le mot « personne », les épaules le mot « identification », la poitrine le mot « nom », le bras gauche le mot « nationalité », le bras droit le mot « domicile », le ventre les mots « droits extrapatrimoniaux », la jambe gauche le mot « passif », la jambe droite le mot « actif » et le sexe le mot « patrimoine »[465]. Ce symbolisme permet d'appréhender la personne physique comme un être charnel. La personnalité serait l'esprit juridique qui permettrait au corps d'exister et d'agir en tant que tel. Mais inversement, le corps humain serait la matière organique qui, à son tour, permettrait à l'esprit juridique d'exister et d'agir en tant que tel. Il existe en cela un lien étroit entre cette qualité physique et le droit qui s'y réfère ; de telle sorte que le corps humain relèverait non seulement de l'être (**Section I**), mais aussi de l'avoir (**Section II**).

---

[464] MARZANO (M), *La philosophie du corps*, éd. Puf, 4ème éd. 2017, p. 7-8.
[465] HUE (J-P), *Introduction élémentaire au droit*, éd. Seuil, 1997, p. 17.

SECTION I - UN CORPS RELEVANT DE L'ÊTRE

55. Du droit d'user et de jouir de son corps - Le corps, condition matérielle de la venue au monde, est aussi celle de l'être au monde. Dans ses *Méditations métaphysiques*, Descartes remarque que nous ne sommes pas seulement logés dans notre corps, ainsi qu'un pilote en son navire, mais qu'outre cela, nous sommes conjoints, très étroitement et tellement confondus et mêlés, que nous composons comme un seul tout avec lui[466]. Dans une logique similaire, la tradition juridique française assimile fréquemment personne physique et corps humain ; de telle sorte qu'elle considère bien souvent ce dernier comme une composante de cette première. La raison tient au fait que la majorité des juristes ont démontré qu'il était indispensable d'associer étroitement le corps humain à la personnalité pour préserver la valeur éminente de la personne elle-même. Aussi, quand bien même la personne s'entendrait, dans le langage juridique, de l'entité à laquelle se rattache l'intérêt - soit sous la forme d'un droit ou d'un bien, soit sous la forme d'une obligation[467] - la doctrine dominante estime tout de même que le corps et la personnalité ne doivent faire qu'un. Parce qu'il est la personne elle-même, le corps est supposé échapper au monde des objets, au droit des choses même vivantes[468]. La corporéité de la personne et du corps se fonde conformément à la vision aristotélicienne sur leur identité substantielle, en ce sens qu'il n'y a pas à rechercher si la personne et le corps sont une seule chose, pas plus qu'on ne le fait pour la cire et l'empreinte, ni d'une manière générale, pour la matière d'une chose quelconque et ce dont elle est la matière. L'idée étant que ce serait avilir le premier que de considérer le second comme un simple moyen[469].

Cette particularité implique que les prérogatives reconnues au sujet de droit par le droit objectif lui confèrent non seulement le droit d'agir en son corps (**Paragraphe 1**), mais aussi celui d'être protégé en son corps (**Paragraphe 2**).

---

466 DESCARTES (R), *Méditations métaphysiques*, éd. Gallimard, 2009, p. 326.

467 ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 1.

468 CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 196.

469 LOISEAU (G), « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, p. 2252.

Paragraphe 1 - Du droit d'agir en son corps

56. Les droits de la personne en son corps - Suivant la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la liberté est un droit naturel et imprescriptible. Pour le Conseil constitutionnel, elle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République ; proclamé par le Préambule de la Constitution de 1946 et confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958[470]. Pouvoir inaliénable que chacun a de décider et d'agir, la liberté est définie positivement comme une réalisation volontaire. Par opposition aux liens de détermination qui sont propres au monde naturel, la liberté est puissance d'autodétermination qui n'est pas seulement spontanéité, mais capacité de choix des fins et des moyens de l'action[471]. Négativement, elle se définit par une absence de contrainte. Sans pouvoir être entravé par autrui, chacun est bénéficiaire d'un accès inconditionné aux situations juridiques qui se situent dans le cadre de cette liberté.

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »[472]. En cela, chacun naît avec la même capacité de penser, de réfléchir, d'imaginer, de s'évader intellectuellement, mais aussi de bouger et de découvrir. Toutes ces caractéristiques font que l'homme a non seulement une liberté intellectuelle (A) mais aussi physique (B). Libertés siamoises, ces libertés ne constituent rien d'autre, à mieux y regarder, que les deux faces d'une seule et même liberté, dont le respect conditionne lui-même l'existence de toutes les autres.

A - UNE LIBERTÉ INTELLECTUELLE

La liberté intellectuelle est strictement personnelle, donc liée au seul individu. Il s'agit de celle que possède tout individu de déterminer lui-même le contenu de ses représentations intellectuelles, morales, politiques et religieuses, et plus globalement celui par lequel il est libre de choisir son destin. Elle est le signe de l'autonomie propre à chacun : celle de la pensée (***1***) et de la volonté (***2***).

---

[470] OBERDORFF (H), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, éd. LGDJ, 3ème éd., 2011, n° 242.
[471] *Axis l'univers documentaire*, Dossiers, Vol. 4, éd. Hachette, 1993, p. 1786.
[472] Art. 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

1 - L'autonomie de la pensée

57. Une liberté de conscience - *« Cogito ergo sum »* : la célèbre formule cartésienne[473] insiste sur le fait que l'homme est avant tout un être pensant ; qu'il n'existe que dans la mesure où il est conscient de son existence pensante. Mais la conscience n'est pas seulement immédiate et spontanée. La conscience a aussi une capacité réflexive et intellectuelle. Elle est un savoir accompagnant la vie, les pensées, les actes des individus. Elle permet de porter un jugement critique sur ses propres actes et sa propre manière d'être. C'est notamment grâce à elle que nous formulons idées, opinions, ou concepts. La conscience est en cela celle qui confère à l'homme son originalité, son libre arbitre. Elle l'arrache à l'inertie du monde et l'élève à la liberté de l'initiative.

Immatérielle, intérieure et subjective, la conscience est une donnée immédiate de la vie. Il est impossible de se représenter la conscience : elle n'est pas un objet jeté devant soi comme une quelconque chose. La conscience est hors d'atteinte. C'est la liberté de choisir sa vérité dans le secret de sa pensée. L'on peut très bien forcer quelqu'un à dire que le soleil tourne autour de la terre, mais nul ne peut l'empêcher de penser en son for intérieur le contraire. Lorsque l'inquisition condamna Galilée pour avoir dénigré le géocentrisme et soutenu l'héliocentrisme[474], celui-ci fut obligé de se rétracter par une abjuration. Sa publication du *Dialogue sur les deux grands systèmes du monde* démontre toutefois qu'en son for intérieur, sa pensée était demeurée inchangée.

58. Une liberté d'opinion et d'expression - La République assure la liberté de conscience[475]. *« Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi »*[476]. *« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi »*[477]. Se nourrissant entre elles, les

---

[473] Initialement formulée par le philosophe espagnol Gómez Pereira.
[474] L'Église catholique romaine a aussi mis à l'index les travaux de Copernic pendant 3 siècles.
[475] Art. 1 de la loi de séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905.
[476] Art. 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
[477] Art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

libertés de conscience, d'opinions et d'expression sont des libertés constitutionnelles fondamentales. La démocratie repose sur le débat et l'échange, sur la compétition électorale et sur des choix éclairés. Toute personne est libre de penser comme elle l'entend, d'affirmer des opinions contraires à celle de la majorité et de les exprimer. L'article 4 de la Constitution précise - depuis sa révision du 23 juillet 2008 - que : *« La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation »*. La liberté d'expression alimente les courants d'expression socioculturels et leur pluralisme. Si le fond de la pensée ne peut s'exprimer dans l'espace social, il n'est point de libertés. Pour le Professeur Xavier Bioy, ces libertés ont pour origine une protection de l'espace public lui-même : car affirmer que l'État ne peut être livré à des convictions privées et qu'il ne peut donc se prononcer à leur sujet, ce serait en conséquence se priver d'emprise sur les opinions privées pourtant potentiellement nuisibles au lien social. Mais à l'inverse, lorsque l'espace social s'ouvre à tous, l'État conforte son rôle de protecteur[478].

En mettant son pouvoir expressif au service de certaines valeurs, l'État n'est pas indifférent à la pensée. Mais la liberté d'opinion, comme liberté du sujet, implique que l'État n'ait pas ou peu d'opinion officielle incontestable et qu'il considère toute opinion comme relevant d'une « information » protégée par la liberté d'expression. Cela suppose une neutralité de l'État et de ses représentants face à la diversité des opinions. Il s'agit par principe d'une neutralité passive, même si l'État doit parfois veiller au respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion, par exemple dans le droit de la communication audiovisuelle[479]. Il lui incombe aussi de veiller à ce que la liberté d'opinion ne porte atteinte à la démocratie elle-même. Il est en effet important de pouvoir limiter cette liberté lorsque son utilisation abusive aboutit à violer d'autres exigences tout aussi fondamentales. La liberté d'opinion ne peut notamment aller jusqu'à développer des thèses négationnistes qui nieraient l'existence de faits historiques afin de développer des opinions visant à déstabiliser la démocratie[480].

---

[478] BIOY (X), « Conv. EDH, art. 10 : Liberté d'expression et de la presse », *Rép. eur.*, juillet 2017 (actualisation : janvier 2018), n° 9-11.
[479] Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC ; Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC ; Cons. const., 21 janvier 1993, n° 93-333 DC ; Cons. const., 1er juillet 2004, n° 2004-497 DC.
[480] OBERDORFF (H), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, éd. LGDJ, 3ème éd., 2011, n° 459-460.

2 - L'autonomie de la volonté

59. Une liberté contractuelle - Originellement, l'être humain ne pense que pour agir. L'action est alors la conséquence plus ou moins directe de la pensée. Elle procède ainsi de ses décisions, mais aussi de sa propre volonté ; en se déterminant par des motifs ou des raisons, et non sous l'impulsion de forces considérées comme irrésistibles. Présenté comme un être libre dans l'état de nature, il ne peut se lier que par une décision effective conforme à son intention[481]. Dans la mesure où il nait libre, il est naturellement autonome et sa volonté individuelle est toujours supérieure à toute autre volonté[482]. Comme l'idéologie libérale de la propriété, l'autonomie de la volonté trouve sa justification dans l'existence de droits naturels[483].

En raison de son utilité sociale, cette conception s'est ensuite développée au cours des XVIIIème et XIXème siècles, corrélativement aux progrès industriels et à l'essor des échanges commerciaux. Conférant au consensualisme une portée générale, l'autonomie de la volonté devient alors l'explication causale universelle des institutions sociales, des droits et obligations, de l'idée de justice. Pierre angulaire de tout l'édifice juridique[484], elle s'impose comme la source unique des rapports tant de droit public que de droit privé[485]. La volonté est alors l'expression de la maîtrise que les individus possèdent sur eux-mêmes[486]. Ainsi que le notait Grotius : *« La mère du droit civil est l'obligation que l'on s'est imposée par son propre consentement »*[487]. Le consentement apparaît alors comme l'expression d'une soumission à autrui et comporte une aliénation d'une fraction de liberté.

---

[481] LOCKE (J), Traité du gouvernement civil, 1690, Chap. IV, § 23 ; *« No body can give more power than he has himself; and he that cannot take away his own life, cannot give another power over it »*.

[482] RENAUT (M-H), *Histoire du droit des obligations*, éd. Ellipse, 2007, p. 67.

[483] BURGE (A), « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.* 2000, p. 1 ; *« L'autonomie de la volonté et l'idéologie libérale de la propriété sont les fruits d'une réorientation de la doctrine sous l'influence décisive de l'école historique allemande, qu'on ne doit pas séparer de son fond idéaliste, imprégné de la philosophie de Kant. Cette réception était loin d'être un acte stérile : il exigeait un examen critique de la méthode. Le résultat qui nous est si familier fait souvent oublier qu'il est issu d'un processus quelquefois révolutionnaire et qu'il suppose un changement complet de mentalité »*.

[484] GOUNOT (E), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Arthur Rousseau, 1912, p. 28.

[485] RENAUT (M-H), *Ibid*.

[486] FRISON-ROCHE (M-A), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

[487] GROTIUS (H), *Le droit de la guerre et de la paix*, éd Puf, 2ème éd. 2012.

La volonté humaine est à elle-même sa propre loi, se crée sa propre obligation[488]. Il est donc admis que quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, alors qu'à l'opposé toute injustice est impossible dans ce qu'il décide pour lui-même. Considéré comme étant transparent à lui-même - guidé par l'amour de lui-même - et présumé apte à effectuer des choix l'engageant, à définir ce qui est bon pour son plaisir et nécessaire à son épanouissement, le sujet est généralement considéré comme le meilleur juge de ce qui ne regarde que lui-même[489]. Uniquement contraint par la volonté qui est la sienne, nul ne serait ainsi limité que par le seul devoir visant à travailler à son bonheur et à sa perfection[490].

60. Une liberté d'action - Pour les stoïciens, la nature a animé chaque être d'un amour de soi, qui conduit à aimer ce qui sert à sa conservation et à son maintien tout en répugnant ce qui menace de le détruire[491]. En cela, ils donnent l'impression d'apprécier les choses selon les principes absolus du bien et du mal, sans nuances et sans état intermédiaire. Mais en réalité, les stoïciens n'ignorent pas la complexité du quotidien. Ils s'accoutument des malheurs et des contraintes. À leurs yeux, le bonheur ne peut être assuré par aucune circonstance extérieure, corporelle, financière ou sociale. Chacun ne contrôle absolument que sa propre volonté pensante. C'est donc elle seule qui doit pouvoir lui permettre d'être heureux, dans toutes les situations, même les pires.

Malgré cela, n'y a aucune passivité. S'il est vrai qu'il faut se soumettre au destin, cette soumission est elle-même un acte volontaire, qui en inclut beaucoup d'autres. Se soumettre au destin, c'est certes accepter tout ce qui arrive, mais c'est aussi y jouer son rôle au mieux. Entre liberté et fatalité, il n'y a aucune opposition. Toute action est fatale, qu'elle soit libre ou serve ; l'action libre n'est pas celle qui échappe au destin, mais celle qui s'y soumet en connaissance de cause et y participe activement. Le destin conduit qui y consent, disait Sénèque, il entraîne qui résiste[492].

---

[488] CARBONNIER (J), Droit civil, Les biens, Les obligations, t. 2, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 931 ; *« Si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu ; le contrat est le principe de la vie juridique ; la volonté individuelle, le principe du contrat »*.
[489] TOCQUEVILLE (A), *De la démocratie en Amérique*, Livre I, partie I, chap. V.
[490] MALEBRANCHE (N), *Traité de morale*, 1684, Chap. XIV, I.
[491] CICERON, *De finibus*, III, 5 ; SÉNÈQUE, *Lettres à lucilius*, 89, 15 : *« Vita sibi concors »*.
[492] *« Dacunt volentem fata, nolentem trahunt »*.

B - UNE LIBERTÉ PHYSIQUE

Les libertés physiques concernent la personne en tant qu'être charnel. S'inscrivant dans la juste continuité des libertés intellectuelles, elles concrétisent la pensée et la volonté exprimées par la personne dans ses relations avec son environnement. Il s'agit alors d'envisager l'action à proprement parler ; autrement dit, cette faculté propre à la personne qui lui permet de revendiquer la maîtrise de sa vie (***1***), comme de sa mort (***2***).

1 - La maîtrise de sa vie

61. Un droit à l'autodétermination - La liberté réside dans le pouvoir qu'un être intelligent a de faire ce qu'il veut, conformément à sa propre détermination[493]. La personne, toute raison, est liberté d'action. En tant qu'agent rationnel, et conformément à la loi qu'elle se donne, elle est libre de mener sa vie comme elle l'entend. Cette liberté lui confère un espace d'autodétermination, une sphère d'intimité lui permettant de se réaliser sans avoir à subir d'ingérences. La vie dit-on est une « affaire privée ». En cela, elle relève de la seule appréciation de l'individu, de sa seule volonté[494]. Dans l'ordre privé, cette liberté revêt de multiples formes, chacune ayant pour but l'épanouissement personnel du sujet[495]. Il est notamment libre d'aller et de venir[496], de choisir son domicile[497], de l'utiliser à sa convenance, de choisir sa vie sexuelle[498], ou encore d'exercer librement toute activité économique et professionnelle[499].

---

[493] DIDEROT et D'ALEMBERT*, Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers,* Liberté (morale), t. IX, 1765, p. 462.

[494] ROMAN (D), « « À corps défendant », La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284.

[495] PETIT (B), *Les personnes*, éd. Puf, 3ème éd., 2003, p. 37.

[496] Art. 2 du protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; Art. 20 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

[497] La notion de résidence, et plus globalement de domicile est elle-même intimement liée à la vie privée ; Cass. civ. 1ère, 6 novembre 1990, n° 89-15.246 ; Cass. civ. 1ère, 19 mars 1991, n° 89-19.960.

[498] *« Considérant, d'une part, qu'il résulte des principes généraux droit et notamment du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, que les nationaux ont le droit de mener une vie familiale ; que les relations sexuelles entre époux sont une manifestation de ce droit »* ; TA de Paris, 20 décembre 1990, *Époux B c/ Ministère de la défense*, *RFDA*, 1992, p. 550 ; Le droit de choisir sa vie sexuelle comprend aussi celui de se prostituer ; CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, GAJA, éd. Dalloz, 15ème éd., p. 210.

[499] Art. 7 de la Loi des 2 et 17 mars 1791.

La Cour européenne des droits de l'homme, depuis son arrêt Pretty c/ Royaume-Uni du 29 avril 2002[500], est allée jusqu'à consacrer un « droit à l'autodétermination »[501]. Il s'agit d'un droit de décider pour soi-même, un droit de faire ses propres choix. Il permet à la personne, à la fois de décider sans entrave des choix à opérer pour la construction de sa personnalité, de son identité[502], et de les revendiquer afin qu'ils soient reconnus et protégés juridiquement dans le cadre de ses relations à autrui. Ce droit à « l'auto-institution »[503] offre à la personne en quête d'identité subjective la possibilité d'établir, de manière durable, une identité voulue plutôt que subie. Dans la confusion entre la liberté et le droit, la Cour renvoie à la primauté de la volonté individuelle, à la supériorité du « vouloir » sur l'« être » ; un état qu'il est finalement possible de résumer en ces termes : *« je veux, donc je suis »*[504].

62. Un droit d'opérer des choix sur son corps - Un aspect important est que cette maîtrise ne se manifeste pas uniquement envers le monde extérieur, elle inclut toute la personne et même essentiellement son corps. Le droit consacré par Cour européenne des droits de l'homme est en effet un droit d'opérer des choix concernant son propre corps. Ainsi qu'elle le précise : *« 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 dommageable ou dangereuse 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 »*[505].

---

[500] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02 ; *« Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »*.

[501] FABRE-MAGNAN (M), « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973 ; *« La qualification de liberté eût pourtant été plus adaptée que celle de « droit » à l'autodétermination. Pouvoir décider pour soi-même de mener sa vie privée comme on l'entend est, au sens juridique précis, une liberté, c'est-à-dire une faculté d'agir (ou de ne pas agir), de décider (ou de ne pas décider), de choisir (ou de ne pas choisir). Il n'y a pas de « droit » à l'autodétermination, car on ne pourrait par hypothèse poursuivre aucune personne devant les tribunaux afin de revendiquer qu'elle nous « autodétermine » (comme on pourrait par exemple forcer quelqu'un à « respecter » notre vie privée, ce qui constitue bien un « droit » au respect de la vie privée) »*.

[502] CEDH, 11 juillet 2002, *I. c/ Royaume-Uni*, n° 25680/94.

[503] WACHSMANN (P) et MARIENBURG-WACHSMANN (P), « La folie dans la loi. Considérations critiques de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *RTDH,* 2003, n° 56, p. 1178.

[504] HURPY (H), « L'identité et le corps », *Revue des droits de l'homme*, août 2015, n° 21.

[505] CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99.

Il s'agit d'un droit de frapper, de blesser, qui ne trouvera plus pour seule limite que le respect de la volonté de la victime consentante. Ici, le corps est réservé à la personne, laquelle définit souverainement l'usage qu'elle entend en faire. Martine - femme de Sganarelle - ne disait-elle pas dans l'oeuvre de Molière : *« Je veux qu'il me batte, moi […] Il me plait d'être battue […] Et vous êtes un sot, de venir vous fourrer où vous n'avez que faire »*[506].

2 - La maîtrise de sa mort

63. La circonscription du droit à la mort - Le consentement est considéré dans de nombreux domaines comme un sésame[507]. Dans le domaine de la santé, aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne, et ce consentement peut être retiré à tout moment. *« Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité »*[508]. Chacun est libre de consentir aux soins médicaux, y compris de les refuser même dans des situations désespérées[509]. Si toute personne a le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés[510], elle a *a contrario* le droit de les refuser. Toute personne apte à consentir peut en cela refuser des soins, quand bien même son refus serait susceptible d'entraîner sa mort. Elle peut en outre demander à éviter toute souffrance et de se voir épargner tout acharnement thérapeutique. D'ailleurs, dans la lignée de la loi du 22 avril 2005 dite loi Leonetti[511], la loi de 2016[512] interdit « l'obstination déraisonnable », à partir de laquelle le médecin doit engager une procédure collégiale en vue de limiter les traitements devenus *« inutiles, disproportionnées ou n'ayant comme seule finalité que le maintien artificiel de la vie »*[513].

---

506 POQUELIN (J-B), *Le médecin malgré lui*, Acte 1, Scène 2.
507 V. FABRE-MAGNAN (M), « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973.
508 Art. L.1111-4 du Code de la santé publique.
509 CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02 ; CEDH, 20 janvier 2011, *Haas / Suisse*, n° 31322/07.
510 Art. L.1110-5 du Code de la santé publique.
511 Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.
512 Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.
513 Art. L.1110-5-1, al. 1, du Code de la santé publique.

Parce que toute personne a le droit d'avoir une fin de vie digne et accompagnée du meilleur apaisement possible de la souffrance[514], le malade peut, afin d'éviter toute souffrance ou obstination déraisonnable, quérir une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès[515]. Le médecin peut ainsi mettre en place l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abréger la vie[516]. Si ce dispositif valide une forme d'euthanasie plutôt active, le suicide assisté, demeure interdit. La France se refuse en effet à aller au-delà d'une sédation profonde et continue des patients en fin de vie. Il n'est donc pas permis de disposer de sa vie en concédant à un tiers le droit de l'interrompre. Le consentement de la victime ne supprime pas l'homicide[517].

Dans son rapport du 5 juin 2018, le Comité national d'éthique rappelle néanmoins que : *« Les progrès de la médecine, à l'origine d'un allongement inédit de l'espérance de vie, engendrent paradoxalement et concomitamment des situations de survie difficiles, caractérisées par une perte d'indépendance et d'autonomie, voire par un sentiment de relégation sociale. Jugées parfois indignes et insupportables, ces situations nouvelles alimentent une demande en faveur d'un droit et d'une aide à mourir et, plus largement, sont la source de riches débats relatifs à la prise en charge de la fin de vie »*[518].

La Cour européenne des droits de l'homme a refusé de faire du suicide assisté un droit de l'homme. Elle a notamment précisé que : *« L'article 2 de la Convention consacre d'abord et avant tout une prohibition du recours à la force ou de tout autre comportement*

---

[514] Art. L.1110-5, al. 2, du Code de la santé publique ; *« Toute personne a le droit d'avoir une fin de vie digne et accompagnée du meilleur apaisement possible de la souffrance. Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour que ce droit soit respecté »*.

[515] Art. L.1110-5-2 du Code de la santé publique ; *« 1° Lorsque le patient atteint d'une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements ; 2° Lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable »*.

[516] Art. L.1110-5-3 du Code de la santé publique.

[517] ZENATI -CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 309.

[518] *« La question de la fin de vie reste une problématique à laquelle ni la médecine, ni le législateur ne seront tout à fait en mesure de répondre, les problématiques éthiques en fin de vie ne se réduisant pas aux seules questions de l'euthanasie et de l'aide active à mourir. Sur cette question, au-delà des oppositions qui se sont exprimées à propos d'une aide active comme seule solution pour une maîtrise de la fin de vie, la diversité thématique des arguments et la nuance dans l'appréciation des problèmes ont également constitué un point fort du débat public »*.

susceptible de provoquer le décès d'un être humain, et il ne confère nullement à l'individu un droit à exiger de l'État qu'il permette ou facilite son décès »[519]. L'article 2 de la Convention ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir. La Cour ne pouvait en déduire une obligation positive à la charge de l'État, l'obligeant *« à cautionner des actes visant à interrompre la vie* ». Le droit subjectif confère à son titulaire une prérogative qu'il peut opposer à autrui. Faire de la mort l'objet d'un tel droit, conduirait à reconnaître à la personne la faculté de disposer de sa vie en concédant à un tiers le droit de l'interrompre[520]. Cette solution ménage, de fait, un juste équilibre entre les droits de l'individu et l'intérêt général, dans la mesure notamment où elle respecterait comme il se doit le caractère sacré de la vie, et poursuivrait un but légitime, à savoir la protection des personnes vulnérables[521].

64. L'expression d'une liberté de mourir - Pénalement admis en France, le suicide, tout comme sa tentative, est un attribut de la liberté physique. S'agissant d'une souffrance morale intense qui conduit à l'auto-annihilation, le suicide n'est pas une infraction. Un meurtre, un assassinat est toujours dicté, soit par la colère, soit par la vengeance, soit par la cupidité : aucun de ces sentiments coupables n'anime le suicidé, le désespoir seul l'a guidé. Conséquence de la Révolution et de la sécularisation du droit, on ne fait plus, comme sous l'ancien droit, des procès aux dépouilles de suicidés ou à la mémoire de suicidés[522].

La liberté qui permet à chacun de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin - à condition bien évidemment qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence - est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde

---

[519] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02 ; *« L'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie »*.

[520] MARAIS (A), *Droit des personnes*, éd. Dalloz, 3ème éd., 2018, n° 67.

[521] LE BAUT-FERRARESE (B), « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *AJDA*, 2003, p. 1383.

[522] BEIGNER (B), « Respect et protection du corps humain- la mort, La mort, acte volontaire, Le suicide », *J-Cl. civ.*, Fasc. 70, 1er octobre 2007.

des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans l'arrêt *Hass contre Suisse*, la Cour estime que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée[523].

Le suicide apparaît dès lors comme la manifestation du droit de chacun sur sa vie[524]. L'interdiction de la pratique du suicide assisté par le droit pénal d'un État peut en cela constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie privée des personnes concernée par cette interdiction[525]. *« La mort confirme le caractère exclusif du droit reconnu à l'homme sur son être physique : il est seul à pouvoir mettre volontairement fin à sa vie »*[526]. Le Professeur François Terré, de son côté, ajoute que : *« Si le suicide n'est pas interdit, ce n'est pas parce que la personne humaine a un droit sur son corps, semblable à celui d'un propriétaire pouvant détruire sa maison ; c'est parce que son acte est l'expression ultime et irremplaçable de la liberté individuelle »*[527]. Droit de l'homme qui n'est pas organisé[528], le suicide participe aux pouvoirs de la personne sur son corps[529]. Mort choisie contre mort subie, il est l'expression de l'idée selon laquelle il n'est de liberté que dans le choix. Comme dans *La vie des Douze Césars* de Suétone, où la mort apparaît sans mièvrerie aucune, le suicide n'est qu'une manière de suivre son chemin même pour s'arrêter, un geste technique - et très certainement égoïste - de stoïcien[530].

---

[523] CEDH, 20 janv. 2011, *Haas c./ Suisse*, n° 31322/07 ; *« Le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention ».*

[524] TERRE (F), *Le suicide en droit civil*, Mélanges Weill, 1983, p. 523 et s.

[525] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02 ; *« D'après la jurisprudence constante de la Cour, la notion de nécessité implique que l'ingérence corresponde à un besoin social impérieux et, en particulier, qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi. Pour déterminer si une ingérence est « nécessaire, dans une société démocratique », il y a lieu de tenir compte du fait qu'une marge d'appréciation est laissée aux autorités nationales, dont la décision demeure soumise au contrôle de la Cour, compétente pour en vérifier la conformité aux exigences de la Convention. Ladite marge d'appréciation varie selon la nature des questions et l'importance des intérêts en jeu ».*

[526] RIVERO (J), *Les libertés publiques, Le régime des principales libertés*, t. 2, éd. Puf, 4ème éd., 1989, p. 111.

[527] TERRÉ (F), *L'enfant de l'esclave, Génétique et droit*, éd. Flammarion, 1987, p. 117.

[528] OBERDORFF (H), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, éd. LGDJ, 3ème éd., 2011, n° 432 ; *« Le droit de choisir où de décider de sa mort est l'expression ultime de sa liberté individuelle. C'est un attribut de la liberté physique, donc un droit de l'homme qui n,'est évidemment pas juridiquement organisé. Le suicide ne fait pas non plus l'objet d'une incrimination. Le droit au suicide ou la liberté de se suicider est donc implicitement reconnue ».*

[529] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 288 ; V. FABRE-MAGNAN (M), « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.

[530] *Supra.* n° 60.

Paragraphe 2 - Du droit d'être protégé en son corps

65. La défense de la personne - Le pouvoir que chacun a de décider et d'agir en son corps implique que nul ne puisse en être arbitrairement privé. Les libertés, qu'elles soient intellectuelles ou physiques sont en cela bien souvent doublées par des droits. Il s'agit d'appréhender ces mêmes libertés comme des intérêts juridiquement protégés.

Traditionnellement, notre droit refuse de considérer le corps humain comme un moyen. Il existe en effet une défiance, voire une opposition, à traiter le corps dans son ensemble comme un simple assemblage de cellules et d'organes. Il est le support de la personne en tant qu'être[531]. En cela, il se doit d'être traité comme elle, autrement dit, par l'entremise du droit des personnes, puisque toute atteinte à l'endroit du corps constitue finalement une atteinte envers la personne elle-même[532]. L'incarnation donne des droits et impose des droits aux tiers. Ainsi, chaque personne a la maîtrise exclusive de son corps, ce qui lui donne des droits en son corps, mais ce qui impose aussi le droit au respect de celui des autres. Érigée au rang des intérêts les plus forts du sujet, l'intégrité de la personne commande que celle-ci ne soit en aucun cas traitée comme un moyen[533]. À cet effet, le droit a, très tôt, voulu conférer une protection quasiment absolue à l'intégrité tant physique (A) que morale (B) de la personne.

A - LE DROIT AU RESPECT DE SON INTÉGRITÉ PHYSIQUE

Dans certaines hypothèses, l'atteinte portée au corps peut être telle qu'une fonction vitale s'en trouve affectée et que l'existence même de la personne est remise en cause. Dans d'autres hypothèses, l'atteinte ne conduit pas à un tel résultat, mais affecte tout de même l'intégrité physique de la personne. Il convient donc de distinguer les atteintes mortelles, des atteintes non mortelles, lesquelles confèrent respectivement à la personne un droit à la vie (***1***) et un droit à l'inviolabilité (***2***).

---

[531] HAUSER (J) et LEMOULAND (J-J), « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, janvier 2015 (actualisation : juin 2016), n° 91.
[532] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 56.
[533] FENOUILLET (D), « Respect et protection du corps humain », *JCP*, Fasc. 10, n° 50.

1 - Un droit à la vie

66. La condamnation de l'homicide - La sixième parole[534] du Décalogue reçu par Moïse sur le mont Horeb introduit une loi naturelle et essentielle qui défend quiconque de faire couler le sang : *« Tu ne commettras point de meurtre ou d'homicide »*[535]. Personne en aucune circonstance ne peut revendiquer pour soi le droit d'attenter volontairement ou par négligence à la vie d'un autre être humain. Nul n'a le droit de décider, en dehors du cadre de la loi, de prendre la vie de quelqu'un d'autre. La vie humaine est précieuse, sacrée et inviolable. Chacun a le droit de vivre et d'exister. Droit fondamental, ce « droit à la vie » a été repris par la Déclaration universelle des droits de l'homme[536], puis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[537]. Le droit français précise que la loi garantit *« le respect de tout être humain dès le commencement de la vie »*[538]. Il s'agit d'un droit universellement reconnu à tous les êtres humains. Dès sa naissance, chaque individu est considéré comme un être vivant qui doit être protégé[539]. Il vaut pour tout âge, en toute situation, y compris carcérale[540] ou précarcérale[541]. Le droit à la vie est inconditionnel à tout être humain. En ce sens, il fait l'objet d'une protection contre toute exécution arbitraire. Il est le premier droit substantiel proclamé dans la Convention et certainement l'un des plus essentiels : *« Le droit humain le plus fondamental de tous »*. C'est un droit fondamental qui gouverne tous les autres droits existants. S'il n'y a pas de vie, les autres droits fondamentaux n'ont plus de raison d'exister.

---

534 Le cinquième commandement pour les catholiques.

535 *Exode*, 20:13

536 Art. 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; *« Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne »*.

537 Art. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; *« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »*.

538 Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 ; Art. 16 du Code civil.

539 La question s'est posée de savoir à partir de quel instant s'exerçait le droit à la vie ; Pour la Cour européenne des droits de l'homme, cette question, en l'absence d'un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, relève de la marge d'appréciation des États ; CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, n° 5392/00 ; CEDH, 11 octobre 2016, *Sayan c/ Turquie*, n° 81277/12 ; LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 96 ; *« Il faut se rappeler qu'il n'y a peut être pas nécessairement adéquation entre la vie et la personne. Ce qui est vivant n'est pas nécessairement une personne »*. Le droit à la vie ne serait pas une prérogative de l'enfant à naître ; V. REGOURD (S), « Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort », *RDP*, 1981.

540 CEDH, 26 octobre 2008, *Renolde c/ France*, n° 5608/05.

541 CEDH, 9 octobre 2007, *Saoud c/ France*, n° 9375/02.

La revendication d'un droit à la vie apparaît comme le revers d'une demande d'égalité accordée à une nouvelle exigence de justice[542]. C'est sur la base des fondements des libertés individuelles, posés par le droit à la vie, que se déclinent les droits de l'homme. Ils ne confèrent aucune obligation aux hommes les uns vis-à-vis des autres, si ce n'est s'abstenir de porter atteinte aux prérogatives juridiquement reconnues à leurs semblables.

Au sens strict, le droit à la vie protège la personne contre les atteintes extérieures visant son intégrité corporelle. Il s'agit donc principalement de l'interdiction du meurtre, condition indispensable à la vie en société. Priver volontairement autrui de la vie est un crime[543]. Au-delà, sauf circonstances exceptionnelles, mettre en péril la vie d'autrui appelle sanction. Tout comme est sanctionné le fait de s'abstenir de porter assistance à une personne faisant face à un péril grave et imminent[544]. Si le droit à la vie revêt principalement la forme d'une obligation négative, il lui arrive aussi de prendre la forme d'une obligation positive. Les États doivent veiller à la sécurité de leurs ressortissant et donc prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction, notamment par la mise en place d'une législation pénale concrète s'appuyant sur un mécanisme d'application[545]. Les obligations de l'article 2 de la Convention doivent toutefois être interprétées de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif[546].

---

[542] Toutefois, il n'est point de principe qui ne souffre d'exception. Et il n'est point de droit, même fondamental qui ne puisse céder au nom d'intérêts supérieurs à ceux de son bénéficiaire. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, admet que la mort puisse être infligée en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. La mort peut donc légitimement frapper l'être humain mais sous certaines conditions. Le droit à la vie tel que protégé par l'article 2 de la Convention encadre le *« recours à la force meurtrière par l'État »* en précisant les conditions dans lesquelles l'État est autorisé à enlever la vie. La mort n'est pas ainsi considérée comme infligée en violation du droit à la vie dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : *« Pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection »*. L'article 2 n'admet des exceptions au droit à la vie que si le recours à la force est rendu « absolument nécessaire ». L'emploi de ces termes « indique qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'État est « nécessaire dans une société démocratique » au titre du paragraphe 2 des articles 8 à 11 » de la Convention européenne des droits de l'homme.

[543] Art. 221-1 et s. du Code pénal.

[544] Art. 223-6 du Code pénal.

[545] CEDH, 9 juin 1998, *L.C.B c/ Royaume-Uni*, n° 23413/94 ; CEDH, 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, n° 23452/94.

[546] CEDH, 11 janvier 2011, *Berü c/ Turquie*, n° 47304/07 ; CEDH, 17 janvier 2012, *Chroreftakis et Choreftaki c/ Grèce*, n° 46846/08 ; CEDH, 10 avril 2012, *Ilbeyi Kemalogu et Meriye Kemaloglu c/ Turquie*, n° 19986/06 ; CEDH, 10 juillet 2012, *Kayak c/ Turquie*, n° 33401/02.

67. La condamnation des traitements inhumains - Dans la continuité du droit à la vie, l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit que : *« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »*. Cet article, comme l'article 222-1 du Code pénal ne définit pas les actes dont il organise la répression. C'est la jurisprudence qui en précise les contours. De manière générale, l'appréciation dépend de l'ensemble des données de l'espèce, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime[547]. Pour qu'une peine ou un traitement puisse être qualifié d'inhumain ou de dégradant, la souffrance ou l'humiliation doivent aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitime[548]. Le traitement dégradant est celui qui *« humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience »*[549]. Il est celui qui inspire à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir[550]. Le traitement inhumain est celui qui provoque volontairement des souffrances mentales ou physiques d'une intensité particulière. La qualification de torture, quant à elle, est réservée à *« des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances »*[551].

L'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. L'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants est une valeur de civilisation étroitement liée au respect de la dignité humaine. Il pèse alors sur l'État une double obligation, substantielle et procédurale[552]. Tout d'abord, il doit s'abstenir de provoquer volontairement la mort, et est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction. Il s'agit pour l'État de ne pas faire subir de mauvais traitements aux personnes relevant de sa

---

547 DOURNEAU-JOSETTE (P), « Convention européenne des droits de l'homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », *Rép. pén.*, juin 2013 (actualisation : novembre 2018), n° 94.

548 CEDH, 18 mars 2014, *Öcalan c/ Turquie*, n° 24069/03, n° 197/04, n° 6201/06 et n° 10464/07.

549 CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, n° 5856/72.

550 CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, n° 30210/96 ; CEDH, 4 février 2003, *Van Der Ven c/ Pays-Bas*, *Lorsé et autres c/ Pays-Bas*, n° 50901/99 et n° 52750/99.

551 CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, n° 5310/71.

552 SUDRE (F) et SURREL (H), « Droits de l'homme », *Rép. intern.*, juillet 2017 (actualisation : novembre 2018), n° 58 et s.

juridiction[553]. C'est aussi une obligation positive, en ce sens qu'il lui faut prendre toutes les mesures nécessaires afin de protéger l'individu contre autrui ou contre lui-même[554]. L'obligation procédurale est celle de procéder à une enquête en vue de l'identification et de la punition des responsables. Lorsqu'un individu allègue de manière défendable avoir subi des traitements contraires à l'article 3, cette disposition combinée avec l'article 1 requiert par implication qu'il y ait une enquête officielle effective.[555].

2 - Un droit à l'inviolabilité

68. Des atteintes illégitimes - La personne bénéficie à l'égard de sa corporalité d'une protection plus générale ayant trait à toutes les atteintes touchant à son intégrité physique. Parce que la personne ne se résume pas à la vie, il s'agit non plus seulement de la protéger contre toute exécution arbitraire, mais plus globalement contre toute forme de violence, sans que celle-ci n'entraîne nécessairement son décès.

L'État détient le monopole de la violence légitime[556]. Cela fait partie de ses prérogatives légales. Que ce soit pour des raisons d'ordre, de sécurité et de santé publique, il est le seul autorisé à porter atteinte, et de manière justifiée, à l'intégrité physique des personnes[557]. Toute violence autre que celle de l'État est nécessairement illégitime.

---

553 CEDH, 9 juin 1998, *L.C.B c/ Royaume-Uni*, n° 23413/94 ; CEDH, 8 juillet 1999, *Çakici c/ Turquie*, n° 23657/94.

554 CEDH, 6 avril 2000, *Labita c/ Italie*, n° 26772/95 ; CEDH, 16 novembre 2000, *Tanrıbilir c. Turquie*, n° 21422/93 ; CEDH, 27 juillet 2004, *Slimani c/ France*, n° 57671/00 ; CEDH, 16 décembre 2008, *Levinta c/ Moldavie*, n° 17332/03 ; CEDH, 4 février. 2016, *ISENC c/ France*, n° 58828/13 ; CEDH, 23 septembre 1998, *A. c/ Royaume-Uni*, n° 25599/94 ; CEDH, 10 mai 2001, *Z. et autres c/ Royaume*, n° 29392/95 ; CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie*, n° 33401/02.

555 CEDH, 28 octobre 1998, *Assenov et autres c/ Bulgarie*, n° 24760/94 ; CEDH, 26 juillet 2007, *Cobzaru c/ Roumanie*, n° 48254/99.

556 WEBER (M), *Le Savant et le politique*, 1919.

557 OBERDORFF (H), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, éd. LGDJ, 3ème éd., 2011, n° 435 ; *« La plus forte de ces atteintes légale fut pendant longtemps la peine de mort comme châtiment suprême […] De manière plus modeste, la pratique de la fouille sur une personne et sur ses effets personnels effectuée par des policiers ou des douaniers dans la catégorie des atteintes légales, avant de monter dans un avion […] Les détenus ne peuvent être fouillés que par des agents de leur sexe et dans les conditions qui, tout en garantissant l'effectivité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine (art. D.275 du CPP) […] Elles apparaissent, par exemple en matière de circulation routière, afin de lutter contre « l'alcoolisme au volant » avec les vérifications, destinées à établir la preuve de l'état alcoolique du conducteur, faites, soit au moyen d'analyses et examens médicaux, cliniques et biologiques, soit au moyen d'un appareil permettant de déterminer la concentration d'alcool par l'analyse de l'air expiré (art. L.234-4 du Code de la route) […] Des atteintes légales à l'intégrité physique sont possibles aussi en matière de vaccinations obligatoires (art. L.3111-1 à L.3111-11 du Code de la santé publique) ».*

Comme pour la prohibition de l'homicide, cette protection du sujet est historiquement l'apanage du droit pénal. En témoignent les très nombreuses dispositions du Code pénal visant les atteintes à l'intégrité physique des personnes, comme les tortures et les actes de barbarie[558], mais aussi les agressions commises avec violences[559], l'administration de substances nuisibles[560]. Cette protection des personnes est l'une des raisons d'être du droit pénal contemporain, car aucune société ne saurait prospérer sans une législation visant à sanctionner les comportements violents. Il s'agit de favoriser le respect de l'espace commun, de l'ordre public et des relations entre les citoyens. Chacun est pour cette raison tenu de répondre de ses actes délictueux en subissant une sanction pénale dans les conditions et selon les formes prescrites par la loi[561]. Tout manquement, tout acte de violence verbale ou physique doit faire l'objet d'une sanction juste, mais ferme. Cette sanction est voulue exemplaire, dissuasive : c'est là le prix de la paix sociale.

En droit civil : *« Chacun a droit au respect de son corps »*[562]. Ce respect est construit autour du droit commun de la responsabilité. Alors certes, il existe des régimes plus ou moins autonomes qui appréhendent certains aspects spécifiques[563], mais tous se greffent sur le droit de la responsabilité dont ils empruntent certaines techniques et sa finalité indemnitaire[564]. Pour le Professeur Mazeau, le principe général de responsabilité civile délictuelle *« est l'une de ces grandes règles d'équité qui peuvent, à elles seules, résumer le droit tout entier. Le droit ayant pour but de permettre à chacun d'exercer son activité sans nuire à la sphère d'activité de ses voisins, il va de soi qu'un législateur*

---

558 Art 222-1 et s. du Code pénal ; Art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, n° 25803/94 ; Le traitement dégradant est celui qui pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience, ou encore, oui l'abaisse à ses propres yeux ; CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, n° 5856/72.

559 Art. 22-7 et s. du Code pénal.

560 Art. 221-5 et 222-15 du Code pénal.

561 CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, p. 828 ; *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, 2017-2018, p. 994.

562 Art. 16-1, al. 1, du Code civil.

563 Responsabilité relative aux accidents de la circulation ; Responsabilité du fait des produits défectueux, etc.

564 VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd., 2017, n° 1150 ; *« Le « droit commun » de la responsabilité distingue donc la responsabilité extra-contractuelle (responsabilité délictuelle et quasi délictuelle) et la responsabilité contractuelle. Cependant, cette distinction est abolie dans le cas des accidents de la circulation, qui depuis la loi du 5 juillet 1985, font l'objet de règles spécifiques. Il en est de même dans le cas de la responsabilité du fait des produits défectueux, qui fait l'objet d'un régime particulier, établi par la loi du 19 mai 1998. On voit ainsi se développer des régimes plus ou moins autonomes, comme l'a encore fait la loi du 4 mars 2002 en matière médicale, qui se greffent sur le droit de la responsabilité dont ils empruntent certaines techniques et sa finalité indemnitaire ».*

paresseux pourrait se contenter de rédiger un code dont l'article unique serait ainsi conçu : « Chacun doit réparer le dommage qu'il cause, par sa faute, à autrui » »[565]. Principe à valeur constitutionnelle[566], la responsabilité délictuelle est un outil d'évolution du droit. Elle permet en effet aux tribunaux de réagir aux besoins nouveaux de la société, dans l'attente d'une éventuelle intervention du législateur[567].

69. Des atteintes légitimes - Suivant l'alinéa second de l'article 16-1 du Code civil : *« Le corps humain est inviolable »*. Pourtant, l'illicéité des atteintes portées à l'intégrité physique d'une personne s'évanouit parfois en considération de quelques intérêts supérieurs : celui de la victime agissant en état de légitime défense, celui de l'ordre public ou de la sécurité publique, lorsque sont notamment imposés à la suite de crimes et délits, ou d'accidents, des prélèvements biologiques[568], ou encore celui de la santé publique, lorsque des vaccinations sont par exemple rendues obligatoires[569]. En dehors de ces situations, nul ne peut être contraint de subir une atteinte à sa chair sauf en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui d'une part, avec son consentement de l'autre. Il s'agit seulement ici de justifier légalement la possibilité de réaliser des actes médicaux qui sans ce texte dérogeraient au principe d'inviolabilité du corps humain. Il est à noter que ces dérogations se sont peu à peu élargies. Ainsi, la notion de nécessité médicale s'est substituée via la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 à celle de nécessité thérapeutique , et la loi du 6 août 2006 a ajouté l'intérêt thérapeutique d'autrui à celui de la personne elle-même. Ces modifications correspondent à une adaptation du droit aux réalités des progrès de la médecine et des pratiques médicales.

---

565 MAZEAUD (H), *L'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, éd. Dalloz 1935, p. 7 et s.

566 Cons. const., 22 octobre 1982, n° 82-144 DC ; Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC ; Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-522 DC ; *« Considérant, en premier lieu, que si la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par les dispositions de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes desquelles : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée »*.

567 VINEY (G), *Pour ou contre un « principe général » de responsabilité civile pour faute ?, Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à Pierre Catala, éd. Litec, 2001, p. 555, n° 95 et s.

568 Art. L.3354-1 du Code de la santé publique.

569 Art. L.3111-1 et s. du Code de la santé publique.

Les Professeurs Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet estiment néanmoins qu'il ne faut pas interpréter ce texte comme une interdiction faite au sujet autant qu'aux tiers de porter atteinte à son intégrité corporelle en dehors de toute nécessité médicale[570]. D'où la nécessité systématique du consentement de l'individu en cause[571]. Il doit être libre et éclairé, son expression claire, il doit répondre à une nécessité médicale ou dans l'intérêt thérapeutique d'autrui[572]. Ce droit confère à son titulaire le pouvoir de s'opposer à toute atteinte à son intégrité physique, lui permettant de faire sanctionner toutes les atteintes physiques ou morales auxquelles il n'aurait préalablement consenti[573]. Cela lui permet de s'opposer à toutes les atteintes dont « son corps » pourrait faire l'objet.

B - LE DROIT AU RESPECT DE SON INTÉGRITÉ MORALE

Le droit ne se contente pas de protéger la personne dans sa dimension physique. Il la protège aussi dans ses expressions sensibles et quotidiennes. Certains aspects du corps constituent des intérêts qui peuvent en effet être envisagés séparément et donc faire l'objet d'une protection distincte. Il n'en demeure pas moins qu'elles sont indissociables matériellement du corps[574]. Il s'agit de penser au droit au respect de son intimité (***1***), et *a fortiori* au droit au respect de sa personnalité (***2***).

---

570 ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 281 ; *« Une telle lecture serait contredite par le droit positif, qui permet des actes d'autoconsommation ou en tout cas ne les interdit pas. Ainsi en va-t-il des sports de combat, des tatouages et autres piercing, ou encore des relations sadomasochistes (la chirurgie esthétique ressortit à la « nécessité médicale » selon l'art. 16-3 C. civ.). Leur licéité résulte exclusivement du consentement donné par la personne qui s'y prête, chaque fois que l'atteinte projetée n'est pas contraire à l'ordre public ».*

571 Art. L.1211-2 du Code de la santé publique ; *« Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment. L'utilisation d'éléments et de produits du corps humain à une fin médicale ou scientifique autre que celle pour laquelle ils ont été prélevés ou collectés est possible, sauf opposition exprimée par la personne sur laquelle a été opéré ce prélèvement ou cette collecte, dûment informée au préalable de cette autre fin. Lorsque cette personne est un mineur ou un majeur sous tutelle, l'opposition est exercée par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur. Il peut être dérogé à l'obligation d'information lorsque celle-ci se heurte à l'impossibilité de retrouver la personne concernée, ou lorsqu'un des comités consultatifs de protection des personnes mentionnés à l'article L.1123-1, consulté par le responsable de la recherche, n'estime pas cette information nécessaire. Toutefois, ces dérogations ne sont pas admises lorsque les éléments initialement prélevés consistent en des tissus ou cellules germinaux. Dans ce dernier cas, toute utilisation pour une fin autre que celle du prélèvement initial est interdite en cas de décès de l'intéressé […] ».*

572 Art. 16-3 du Code civil.

573 Art. 16-2 du Code civil.

574 ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Op. cit.*, n° 258 ; *« L'image n'est pas un objet séparable de la personne, elle n'en constitue qu'un aspect, celui qui est visible ».*

1 - Un droit au respect de son intimité

70. En droit interne - Toute personne, quel que soit son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions, présentes ou à venir a droit au respect de sa vie privée[575]. Introduit par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970[576], ce droit est aujourd'hui un principe essentiel, porté au rang de principe à valeur constitutionnelle[577]. C'est un droit subjectif auquel le Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle, en le rattachant à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789[578]. Il est un des attributs essentiels de la liberté que chacun a de mener sa vie ; un droit naturel, inaliénable et sacré de l'homme.

Si l'intimité fait partie des besoins essentiels de chacun, la notion de vie privée n'a en revanche jamais été expressément définie. Elle a été précisée peu à peu par la jurisprudence et peut être considérée comme incluant la protection du domicile[579], l'état de santé[580], la vie affective et sentimentale[581], l'image[582], la pratique religieuse[583], la situation patrimoniale[584]. La vie privée conditionne une sphère privée d'habitudes, de croyances, de pensées, de désirs, et de projets indispensables à l'épanouissement individuel. Elle recèle des éléments essentiels, tels que la personnalité, l'histoire, les valeurs. Le droit au respect de la vie privée est ainsi le pendant de cette liberté d'action qui permet à chacun de faire ses propres choix et d'agir en circonstance. Ce droit est celui que chacun a d'être libre et

---

575 Cass. civ. 1ère, 23 octobre 1990, n° 89-13.163.

576 Art. 9 du Code civil.

577 Cons. const., 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC ; Cons. const., 24 juillet 2015, n° 2015-478 QPC.

578 Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC.

579 Cass. civ. 1ère, 19 mars 1991, n° 89-19.960 ; Cass. civ. 1ère, 6 mars 1996, n° 94-11.273 ; Cass. civ. 2ème, 5 juin 2003, n° 02-12.853 ; Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, n° 02-18.081 ; Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2006, n° 05-12.788.

580 Cass. civ. 1ère, 6 juin 1987, n° 86-16.185 ; Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-40.209 ; Cass. civ. 2ème, 19 février 2009, n° 08-11.959.

581 Cass. civ. 2ème, 5 janvier 1983, n° 81-13.374 ; Cass. civ. 1ère, 3 avril 1984, n° 82-15.849 ; Cass. civ. 1ère, 16 octobre 1984, n° 83-11.786 ; Cass. civ. 1ère, 6 octobre 1998, n° 96-13.600 ; Cass. civ. 2ème, 24 avril 2003, n° 01-01.186 ; Cass. civ. 1ère, 4 novembre 2010, n° 09-15.302 ; Cass. civ. 1ère, 21 mars 2018, n° 16-28.741.

582 Cass. civ. 1ère, 13 avril 1988, n° 86-15.524 ; Cass. crim., 20 octobre 1998, n° 97-84.621.

583 Cass. civ. 1ère, 6 mars 2001, n° 99-10.928 ; Cass. civ. 1ère, 19 novembre 2014, n° 13-25.156 ; Cass. civ. 1ère, 21 mars 2018, n° 16-28.741.

584 Cass. civ. 1ère, 20 novembre 1990, n° 89-13.049 ; Cass. civ. 1ère, 30 mai 2000, n° 98-14.610 ; Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, n° 06-18.488.

de mener sa propre existence avec le minimum d'ingérences de la part de tiers. Il protège cette sphère privée des intrusions dont elle pourrait être victime, quel que soit leur aspect.

La vie est une affaire privée, et nulle pratique ne peut venir bafouer ce droit essentiel à valeur constitutionnelle. Toute atteinte au droit au respect de la vie privée ouvre à la victime la possibilité de saisir la justice sur le fondement civil et/ou pénal, au choix selon les situations. Sur la base de l'article 9 du Code civil : *« 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 »*. La victime peut donc obtenir du juge civil non seulement la réparation du préjudice, mais des mesures tendant à limiter ou à faire cesser l'atteinte qu'elle subit[585].

71. En droit conventionnel - Le droit au respect de la vie privée est également protégé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans le cadre de la Convention, la protection de la vie privée s'opère sous la bannière de deux articles, l'article 8 et l'article 12, qui énoncent respectivement que *: « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »*, et qu'*« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »*. Bien que similaires en apparence, les notions de vie privée nationale et européenne diffèrent. La jurisprudence européenne a une conception plus extensive. Elle fait entrer dans cette notion de vie privée tout ce qui relève d'un droit à l'autodétermination. Ce n'est plus la sphère de l'intimité, mais des questions sur lesquelles l'individu fait ses choix. Le domaine de la protection de l'article 8 s'est grandement complexifié au fil de la jurisprudence. Ainsi que la Cour le rappelle souvent : *« La notion de vie privée est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive »*[586]. Elle recouvre tout aussi bien l'identité physique et sociale de l'individu, le droit au développement ou à

[585] Cass. civ. 1ère, 17 novembre 1987, n° 86-13.413 ; Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1997, n° 96-12.762 ; Cass. civ. 1ère, 12 décembre 2000, n° 98-17.521 et n° 98-21.161 ; Cass. civ. 2ème, 18 décembre 2003, n° 00-22.249.

[586] V. CEDH, 12 septembre 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, n° 35968/97.

l'épanouissement personnel[587], que le droit d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur[588].

2 - Un droit au respect de sa personnalité

72. Les droits de la personnalité - Le droit au respect de la vie privée est assez communément rattaché aux droits dits de la personnalité. Ces droits n'ont pas, en tant que tels, été envisagés par les rédacteurs du Code civil[589]. Initialement décelés par la doctrine allemande et suisse au XIXème siècle, ces droits se sont ensuite amplifiés dans les années 1950 sous l'influence de facteurs technologiques et philosophiques. Ils ont ensuite poursuivi leur évolution pendant les années 1960, concurremment au développement des moyens de captation et de reproduction de la vie privée, pendant les années 1990 avec l'apparition des biotechnologies, puis pendant les années 2000 avec à l'apparition d'internet[590].

Les droits de la personnalité évoquent ainsi - selon les branches du droit - le droit au respect de la vie privée, mais aussi le droit à l'image, le droit à l'honneur, le droit au respect de la présomption d'innocence, le droit moral de l'auteur, le droit de réponse, les droits sur les données à caractère personnel en matière de traitements, voire les droits de la personne sur son corps[591]. Suivant cette perspective, la personnalité dont ils découlent est difficile à analyser. Elle est plutôt perçue intuitivement. Attachés aux évolutions de la société et aux potentielles atteintes morales, les droits de la personnalité sont en extension constante[592]. Il y a aujourd'hui une tendance à faire entrer presque tout le droit civil dans

---

587 CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; CEDH, 23 juin 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, n° 10454/83 ; CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99.

588 CEDH, 3 septembre 2003, *Cotley c/ Roumanie*, n° 33343/96.

589 TEYSSIÉ (B), *Droit des personnes*, éd. Lexis Nexis, 19ème éd., 2017, n° 54 ; *« Supposant que l'individu se soit détaché du groupe, les droits qui expriment les aspects divers de la personnalité n'ont pas, en tant que tel, été envisagés par les rédacteurs du Code civil »*.

590 BRUGUIERE (J-M), « Droits patrimoniaux » de la personnalité », *RTD civ.*, 2016, p. 1.

591 V. BRUGUIÈRE, (J-M), « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais … », *D.* 2011, p. 28.

592 LEPAGE (A), « Droits de la personnalité », *Rep. civ.*, septembre 2009, (actualisation : avril 2017), n° 8 ; *« Le développement spectaculaire des droits de la personnalité ces dernières décennies peut s'expliquer par la conjonction de plusieurs facteurs. Le souci croissant de la protection de la vie privée n'est sans doute pas étranger à la montée en puissance des droits de la personnalité, à telle enseigne qu'aujourd'hui, le droit au respect de la vie privée fait quelque peu figure d'archétype des droits de la personnalité. La vie privée est fragilisée par le développement des techniques de communication. »*.

les droits de la personnalité : le mariage, la liberté contractuelle, le droit de propriété, la filiation, le droit de succession, le droit moral de la propriété littéraire et artistique mettent en cause la personnalité. Il est difficile d'en dresser une liste, car les définitions sont souvent imprécises[593]. Les droits de la personnalité font la synthèse de l'individualité et de l'autonomie[594]. Ils désignent le corps humain vivant et tous les prolongements qui en sont originellement ou fonctionnellement indissociables. C'est l'idée concrète de personnalité telle qu'elle s'exprime à travers différents attributs, corporels ou incorporels[595].

73. La maîtrise des aspects de sa personnalité - Allant de pair avec la reconnaissance d'un « droit à », les droits de la personnalité protègent - avec le soutien de la responsabilité civile - tous les intérêts matériels et moraux de la personne physique[596]. Défendus sur le modèle de l'article 9 du Code civil[597], ils présentent la nature d'un droit de contrôle ; une nature qui permet, par exemple, de distinguer le droit au respect de la vie privée de la maîtrise dont chacun est titulaire sur sa vie. En tant que tels, les droits de la personnalité permettent à la personne d'exercer la maîtrise des différents aspects de sa personnalité. Sous l'angle de l'intégrité morale, ils permettent en effet à la personne d'imposer aux tiers le respect de l'image sociale qu'elle entend donner d'elle et de la limite, intellectuelle ou physique, qu'elle veut instaurer entre elle et autrui. L'individu a la maîtrise de ce qu'il entend laisser filtrer de sa personnalité, de ce qui fait qu'il est cette

---

[593] GOUBEAUX (G), *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens, Aspects actuels du droit commercial français*, Études dédiées à ROBLO (R), éd. LGDJ, 1984, p. 199 et s. ; *« Le développement considérable, et sans doute encore inachevé, de ce qu'il est devenu usuel d'appeler les « droits de la personnalité » correspond à un effort du droit pour prendre en compte l'existence concrète des personnes physiques, comme une donnée de fait imposant par elle-même de régler certains rapports sociaux »*.

[594] LEPAGE (A), MARINO (L) et BIGOT(C), « Droits de la personnalité », *D. 2007*, p. 2771 ; LEPAGE (A), « Droits de la personnalité », *Rep. civ.*, septembre 2009, (actualisation : avril 2017), n° 11 ; *« Les droits de la personnalité font la synthèse de l'individualité et de l'autonomie. Ainsi, un premier élément fédérateur des droits de la personnalité réside dans leur fondement, le respect de la personnalité. Outre cela, ils présentent une nature commune, celle d'un droit de contrôle »*.

[595] V. DREYER (E), « Image des personnes », *J-Cl. Communication*, Fasc. 3750, spéc. n° 1.

[596] KAYSER (P), *La protection de la vie privée*, Economica, éd. Pum, 1984, n° 18 ; PERREAU (H-E), « Les droits de la personnalité », *RTD civ.*, 1909, p. 505 et 506 ; CORNU (G), *Droit Civil, Introduction au droit*, t. 1, éd. Montchrestien, 13ème éd., 2007, n° 488 ; ZENATI-CASTAING (F), « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445 ; *« Lorsque le juge ou le législateur veulent protéger un attribut de la personne, ils se décident à conceptualiser la protection en termes de droit subjectif et ce mot produit les effets de l'appropriation, exclusivité et disposition, avec ses corollaires, absence de preuve nécessaire de la faute et du préjudice. Le critère de la source formelle du droit de la personnalité n'est pas inexact, mais il est pauvre, car il ne rend pas compte de la montée en puissance des nouveaux droits de la personnalité avant leur consécration définitive par une source formelle »*.

[597] La jurisprudence a par la suite initié une reconnaissance de l'autonomie de certains droits par rapport à la matrice du droit au respect de la vie privée ; Cass. civ. 1ère, 12 décembre 2000, n° 98-17.521 ; Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2009, n° 07-19.758 ; Cass. civ. 1ère, 24 septembre 2009, n° 08-11.112.

personne en particulier et non pas une autre. Ainsi envisagés, les droits de la personnalité peuvent apparaître comme « des droits au respect d'informations identifiantes »[598], dans la mesure où ils constituent l'ensemble des prérogatives juridiques portant sur des intérêts moraux et le corps humain ou les moyens de leur réalisation.

Par leur qualité de droits moraux, les droits de la personnalité sont dotés d'une opposabilité absolue. Ils constituent un pouvoir universel d'exclusion ; un droit absolu et exclusif[599]. Permettant de défendre les attributs de sa personnalité contre tout usage qu'il n'aurait pas approuvé[600], les droits de la personnalité constituent pour leur titulaire un avantage spécialement réservé. Être investi d'un droit au respect, c'est avoir la faculté juridique d'imposer à quiconque de ne pas « toucher » à la chose qui en est l'objet, ce qui n'est jamais qu'une façon de présenter le pouvoir d'exclusion[601]. Ils vont lui assurer la réservation de ses attributs moraux et physiques. Aussi, qu'il s'agisse de son image, de sa voix ou encore de sa vie, l'intéressé en est le seul maître[602]. Comme l'a précisé le doyen Ripert, si la justice consiste à donner à chacun le sien, l'exclusivité est le caractère essentiel de tout droit subjectif[603]. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il n'est pas permis à autrui de leur porter atteinte, mais qu'une des qualités qui s'attache à la personnalité est de ne pouvoir être l'objet de comportements visant à lui porter atteinte. Cette maîtrise peut donc aussi bien s'incarner dans une rétention, une révélation, une mise au point ou une rectification[604].

---

[598] LEPAGE (A), MARINO (L) et BIGOT (C), « Droits de la personnalité », *D.* 2007, p. 2771 ; *« Et si l'on comprend bien ce critère d'inutilité de l'identification, la solution nous paraît transposable à tous les droits de la personnalité, qui sont des droits au respect d'informations identifiantes ».*

[599] Cass. civ. 2ème, 30 juin 2004, n° 02-19.599 ; *« Mais attendu qu'après avoir rappelé qu'en principe toute personne a sur son image un droit exclusif et absolu et peut s'opposer à sa fixation, à sa reproduction ou à son utilisation sans autorisation préalable mais que ce droit doit se combiner avec l'exercice de la liberté de communication des informations, ce dont il résulte qu'une personne ne peut s'opposer à la réalisation et à la divulgation de son image chaque fois que le public a un intérêt légitime à être informé, l'arrêt retient que la photographie incriminée permettait seulement l'identification du visage de M. Y... et que les informations données dans l'article qu'elle illustrait constituaient un fait d'actualité ».*

[600] PETIT (B), *Les personnes*, éd. Pug, 2003, 3ème éd., p. 37.

[601] REVET (T), « L'image de la personne est un bien », *RTD civ.*, 2009, p. 342 ; *« La formule « droit au respect » est d'ailleurs parfaitement énonciatrice du rapport de propriété, lequel, en effet, se constitue par un pouvoir universel d'exclusion - jus exluendi alios - : être investi d'un « droit au respect » c'est avoir la faculté juridique d'imposer à quiconque de ne pas « toucher » à la chose qui en est l'objet, ce qui n'est jamais qu'une façon de présenter le pouvoir d'exclusion ».*

[602] V. FABRE-MAGNAN (M), « Propriété, lien social et patrimoine », *RTD civ.*, 1997, p. 583.

[603] RIPERT (G), *Le déclin du droit*, éd. LGDJ, 1949, p. 195.

[604] LEPAGE (A), « Personnalité (Droits de la) », *Rep. civ.*, septembre 2009, (actualisation : avril 2017), n° 21-22.

SECTION II - UN CORPS RELEVANT DE L'AVOIR

74. Du droit d'user de son corps - Rejetant l'idée d'un quelconque droit de la personne sur le corps, la majorité des auteurs s'est accordée pour dire que les droits subjectifs patrimoniaux ne peuvent porter que sur des choses ou des biens. Ainsi que l'a justement relevé le professeur François Terré : *« Comment pourrais-je […] avoir un droit sur mon corps, puisque mon corps, c'est moi ? »*[605]. Pour le Professeur Xavier Dijon : *« C'est la nature et non le droit, qui fait que l'homme est et doit rester lui même en son propre corps. Le lien juridique lie le sujet à autrui ; il ne le lie pas à son propre corps : cela, la nature l'a déjà fait pour lui »*[606]. Successivement, cet argument a été repris afin de préciser la nature du lien qui unit la personne physique à son corps et la disposition que cette personne peut en avoir[607]. Cela explique pourquoi, les droits de la personne sur son corps se traduisent, tant en doctrine qu'en jurisprudence, par de grandes locutions latines, telles que *« jus in se ipsum »*[608] *ou « dominus membrorum suorum nemo videtur »*[609].

Nonobstant cet état, il existe entre la personne et son corps, un jeu, au double sens du terme. Ainsi que le note justement Michela Marzano, nous vivons une tension continuelle par rapport à notre existence physique : nous sommes complètement liés à notre corps tout en étant loin de lui[610]. Le corps demeure ainsi dans une zone frontalière entre « être » et « avoir » : il est la personne tout en lui étant extérieur, il est autre tout en étant soi. L'association du corps à la personne ne permet pas seulement à celle-ci d'exister en tant que telle, elle lui confère également celui d'en faire un objet d'activités juridiques[611]. Le corps est nécessairement quelque chose que la personne a. Pour exister, elle est en effet amenée à l'utiliser (**Paragraphe 1**), à l'administrer (**Paragraphe 2**).

---

605 TERRÉ (F), *Génétique et sujet de droit*, APD, t. 35, p. 161.
606 DIJON (X), *Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Thèse, Presses universitaires de Namur, Societe d'Études morales, sociales et juridiques, 1982, n° 916.
607 ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 147.
608 VON SAVIGNY (K), *System des heutigen Romischen Rechts*, éd. Vert, 1840, t. 1, §4.
609 ULPIEN, *Digeste*, 9, 2, 13 : *« Nul n'est regardé comme propriétaire de son corps ».*
610 MARZANO (M), *La philosophie du corps*, éd. Puf, 4ème éd. 2017, p. 49.
611 ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, p. 261.

Paragraphe 1 - La libre utilisation de son corps

75. Un corps laborieux - Tout engagement de la personne physique implique obligatoirement un engagement du corps lui-même. Il est la médiation de l'individu et de la personne face au monde qui l'entoure. Il agit en interface, à la fois parce qu'il se situe concrètement dans un environnement qui, à son tour, le situe, et à la fois parce qu'il est l'agent de la modification concrète de cet environnement qui, en retour, le modifie également[612]. La faculté d'agir en son corps - en âme et conscience - permet bien souvent d'user de son corps. La frontière est particulièrement inconsistante. Lorsque la personne décide pour elle-même d'agir, il n'est pas rare en effet qu'elle se livre à des actes d'autoconsommation. Mais ces actes revêtent en premier lieu une portée ontologique. Et s'il arrive parfois que l'« être » passe par l'« avoir », l'inverse est tout aussi valable. Ce n'est ici qu'une question de nuances et de dominantes. L'exemple le plus probant, et le plus courant, est celui du travail ; lorsqu'une personne met à disposition, moyennant salaire, son activité professionnelle au profit d'une autre.

Suivant l'article 15 de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen du 22 août de 1795 : *« Tout homme peut engager ses services, son temps »*. Dans l'esprit de l'article 7 du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, il est libre de se livrer à toute activité qui demande de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier. Cette liberté est, en France, considérée par tous comme un principe bien établi, indiscutable[613]. Partant du principe qu'il s'appartient sur ce point, la validité de certains actes juridiques portant sur la mise à disposition de ses facultés morales et physiques est donc parfaitement admise. Chacun a le droit de travailler comme il l'entend, là où il veut, pour le compte de qui il veut, dans les conditions qu'il a bien voulu accepter[614]. Chacun est libre de travailler à sa survivance - à son existence - en usant de son corps et en usant son corps comme un instrument obligé ; qu'il s'agisse de louer ses services (A) ou de s'attacher à la concession de ses attributs moraux (B).

---

612 DÉTREZ (C), *La construction sociale du corps*, éd Seuil, 2002, p. 75.
613 Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC ; Cons. const., 26 juin 1986, n° 86-207 DC.
614 PÉLISSIER (J), « La liberté du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 19.

A - LE LOUAGE DE SERVICES

Le louage de services[615], héritier direct de la *locatio operarum* romaine[616], organise des aliénations provisoires ou définitives d'énergies et des locations en temps partagé du corps. Ces locations ont pour effet d'entraîner une usure physique (***1***) et psychique du corps (***2***). Mais l'on ne saurait empêcher l'employeur d'user le corps de ses salariés, pas plus que ne saurait contraindre la personne de ne pas user de son propre corps.

1 - L'usure physique du corps

76. Une contrainte nécessaire - Le terme viendrait du bas latin *« tripalium »*, un instrument de torture à trois pieux utilisés par les Romains. Le terme a ensuite été amené à désigner une vive douleur, un effort important ou la grande fatigue en résultant[617]. Peu à peu, l'idée de souffrance véhiculée par le terme s'est affaiblie. Travailler a pris le sens courant de l'activité professionnelle régulière[618], tout en continuant à désigner un engagement sensible du corps. Le travail engage celui qui le réalise. Il suppose une mobilisation physique, cognitive et subjective de celui ou celle qui l'exerce. Employé pour les mouvements les plus exigeants en termes de nuances et de variations dans les degrés de pression, de vitesse et de direction, le corps se plie à de nombreuses formes et à une infinité de positions. Christine Détrez relève notamment que le corps s'adapte aux exigences et aux contraintes, et se déforme au fur et à mesure qu'il s'exerce par sa mise en jeu. Cela est aussi vrai dans le monde du travail que dans le domaine sportif. Dans les deux cas, des limites sont dépassées, des performances atteintes. Comme pour le travail des ouvriers, le corps du sportif est son instrument, son outil[619].

---

[615] Art. 1779, al.1, du Code civil.

[616] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 296.

[617] SUPIOT (A), *Critique du droit du travail*, éd. Puf, 2007, p. 3 ; *« Dans la langue française, le premier sens attesté au mot travail désigne ce qu'endure la femme dans l'enfantement. Il désigne cet acte où ce mêlent par excellence la douleur et la création, acte où se rejoue à chaque fois, comme dans tout travail, le mystère de la condition humaine ».*

[618] DIDEROT et D'ALEMBERT*, Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Travail, t. XVI, 1765, p. 567 ; « *Occupation journalière à laquelle l'homme est condamné par son besoin, et à laquelle il doit en même temps sa santé, sa subsistance, sa sérénité, son bon sens et peut-être sa vertu* ».

[619] DÉTREZ (C), *La construction sociale du corps*, éd Seuil, 2002, p. 86-87.

C'est une réalité laborieuse à laquelle il est nécessairement soumis. Tant à l'usine, qu'à la mine, qu'en atelier, le travail au quotidien s'imprime dans le corps. Les membres tordus et noués du jeune Étienne Lantier[620], et les conditions imposées par l'industrialisation des *Temps modernes*[621] donnent le modèle d'un corps émietté, fragmenté. Ce sont autant de machines forcenées qui, selon le degré de pénibilité, sont déformées par le labeur accompli[622]. Quoique l'intelligence de l'homme lui fasse économiser quelques forces, modérer son travail[623], il n'en reste pas moins qu'il faut bien souvent risquer sa santé, voire même sa vie pour tenter de la gagner.

77. Une pénibilité à prévenir - Pour prévenir ces risques, la loi fait obligation à l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique de ses travailleurs[624]. Pour autant, il est des situations où le risque pour la santé est inhérent à l'activité elle-même, sans que l'employeur ne puisse réellement y remédier. Il lui appartient néanmoins d'identifier les postes de travail et les salariés concernés par l'exposition à un facteur de risque. Appréhendée par la loi du 9 novembre 2010[625], la question a elle-même connu plusieurs évolutions réglementaires, notamment par l'intermédiaire de la loi du 20 janvier 2014[626] et les décrets d'application du 9 octobre 2014. Il s'agissait d'inciter les entreprises à réduire au maximum l'exposition de leurs salariés à des situations de pénibilité. Toute entreprise a ainsi été appelée à prévenir la pénibilité au travail, quelles que soient sa taille et ses activités. Étroitement liée aux mutations scientifiques, économiques, sociales et structurelles opérées à partir de la seconde moitié du XXème siècle, la pénibilité au travail s'est en ce sens accompagnée d'une montée en puissance de l'obligation de sécurité, de résultat, mise à la charge de l'employeur[627]. Lorsqu'un salarié est soumis à une contrainte physique marquée, un

---

620 ZOLA (E), *Germinal*, 1885.
621 CHAPLIN (C), *Temps modernes*, Film, 24 septembre 1936.
622 LONDON (J), *Martin Eden*, éd. Hachette, 2014, p. 193 et s.
623 COULOMB (C-A), *Théorie des machines simples. En ayant égard au frottement de leurs parties et à la froideur des cordages*, éd. Imprimerie de Huzard-Coursier, 1821, p. 256.
624 Art. L.4121-1 et s. du Code du travail.
625 Loi n° 2010-1330 portant réforme des retraites, laquelle met notamment à la charge de l'employeur la prévention des expositions (Art. L.4121-1 et s. du Code du travail) et fixe une méthodologie précise à la négociation.
626 Loi n° 2014-40 garantissant l'avenir et la justice du système des retraites, laquelle fixe notamment des seuils d'exposition et crée le compte personnel de prévention de la pénibilité.
627 PEROT (M), *La pénibilité au travail*, thèse, Paris II, 2013, p. 417 et s.

environnement physique agressif, ou certains rythmes de travail susceptibles de laisser des traces durables, identifiables et irréversibles sur la santé[628], il bénéficie alors d'un compte personnel de prévention de la pénibilité (C3P) sur lequel il va tout au long de sa carrière accumuler des points afin de bénéficier de l'ouverture de droits à la formation professionnelle, au temps partiel ou à un départ anticipé à la retraite[629]. Depuis le 1er janvier 2017, ce compte fait partie du compte personnel d'activité (CPA)[630]. Il a ensuite été transformé en compte professionnel de prévention (C2P)[631].

Cette prise en compte des risques professionnels et l'adoption de mesures visant à informer le travailleur puis plus concrètement à prévenir le mal inhérent au travail, demeure néanmoins ancrée dans une logique de réparation que n'épuise pas notre droit contemporain[632]. Même réduite à son maximum, l'usure est l'inévitable conséquence de l'usage. Nous ne pouvons nier cette réalité. Le corps est un élément consommable qui se détruit ou se dénature par l'usage. Ce n'est donc que lorsque le mal est fait, et que la pénibilité a altéré la santé de l'individu, du travailleur, que la législation ne peut se montrer efficace ; le plus souvent en permettant le départ anticipé de celui-ci à la retraite.

2 - L'usure psychique du corps

78. Une préoccupation patronale - La fatigue est une réaction normale à l'effort, suscitée par l'organisme pour protéger les muscles, le cerveau y compris. Dans un monde du travail qui les met en concurrence, les évalue et les déprécie s'ils ne sont pas à la hauteur d'objectifs de plus en plus exigeants, les salariés sont placés dans une situation de vulnérabilité psychologique. Il s'agit d'une dimension qui apparaît comme le résultat d'une

---

628 V. Art. 60 de la Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

629 GAUTIER (M), HEAS (F), BAGLIO (O) et CERVANTES (M-H), *La pénibilité au travail*, Conférence, Avignon, 18 mars 2016.

630 Issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite « loi El Khomri », ce compte personnel d'activité poursuit l'objectif *« de renforcer l'autonomie et la liberté d'action de son titulaire et de sécuriser son parcours professionnel en supprimant les obstacles à la mobilité »* ; V. SEUROT (L), « Le mode d'emploi du compte personnel de formation » dans la fonction publique se précise », *AJFP*, 2017, p. 220.

631 Ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention.

632 V. BELMAS (E) et NONNIS-VIGILANTE (S), *La santé des populations civiles et militaires*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2010, p. 311.

accumulation de « *trop* » : trop de décisions, trop d'obligations, trop de responsabilités. Jusque-là réservée aux élites, la fatigue mentale ou psychique s'est prolétarisée. À l'origine de plaintes ou de dysfonctionnements physiques, psychologiques ou sociaux, cette fatigue touche aujourd'hui toutes les catégories de salariés susceptibles de se sentir inaptes à combler un écart avec les exigences ou les attentes les concernant. Souvent mal comprise ou stigmatisée, elle est aujourd'hui considérée sur le plan international, européen et national comme une préoccupation à la fois des employeurs et des travailleurs.

Désorganisation, perte d'attractivité auprès des clients et des futurs salariés, démotivation des équipes, baisse de la créativité, de la concentration, de la réactivité, le stress au travail impacte la productivité des salariés et engendre des coûts importants pour l'entreprise. Certaines méthodes de management provoquent des risques psychosociaux en augmentation qui nuisent à la fois à la santé des travailleurs et à l'efficacité de l'entreprise. Un salarié heureux est un salarié performant[633]. Le management occupe à ce titre une place essentielle. Certaines entreprises ont commencé à prendre conscience du problème et se sont intéressées à sa prévention. Pour améliorer le bien-être et la productivité de leurs salariés, elles ont réfléchi à divers aménagements : souplesse des horaires, télétravail, congés supplémentaires, équipements de garde d'enfants, ateliers de méditation et de sophrologie, séances de taï-chi, salles de sport, espaces détente[634]. Des entreprises ont aussi recours aux services de cabinets de conseil spécialisés dans les questions de santé et de forme au travail. Certains ont même initié un nouveau métier : celui de Chief Happiness Officer (CHO), Directeur Général du Bonheur[635]. Médiateur de bonheur en entreprise, celui-ci a pour mission de s'assurer que chaque salarié est bien dans son poste et dans sa tête, que ses relations avec ses collègues et sa hiérarchie sont harmonieuses et qu'il s'épanouit dans ses missions. À lui de s'adapter aux besoins de l'entreprise et de faire en sorte que le bien-être règne en son sein. Il lui revient ainsi de créer les conditions optimales au sein de son entreprise pour que chacun ait plaisir à venir travailler. Le but est de dissocier le travail de ses connotations négatives de souffrance.

---

633 V. *La qualité de vie au travail*, ANACT / TNS Sofres, 2013.

634 Depuis la médiatisation des risques psychosociaux, de plus en plus d'entreprises se montrent plus attentives aux conditions de travail. Les précurseurs de lieux de travail innovants, à l'instar de Google, inspirent encore aujourd'hui.

635 Créée par Chade-Meng Tan, cette fonction est née chez Google, dans les années 2000.

79. Une préoccupation légale - La prévention du stress est aussi une obligation légale pour l'entreprise. Comme pour la prévention des risques physiques, la loi fait obligation à l'employeur d'évaluer les risques et de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé mentale de ses salariés[636]. Cette obligation générale repose sur une approche globale de la prévention des risques professionnels[637]. Au-delà de ces dispositions générales, les entreprises sont également soumises aux accords nationaux interprofessionnels. L'accord national interprofessionnel sur le stress au travail signé le 2 juillet 2008 propose notamment des indicateurs pour identifier le stress au travail et un cadre pour le prévenir[638]. Il a pour objet d'augmenter la prise de conscience et la compréhension du stress au travail, par les employeurs, les travailleurs et leurs représentants, d'attirer leur attention sur les signes susceptibles d'indiquer des problèmes de stress au travail, et ce le plus précocement possible, et de fournir aux employeurs et aux travailleurs un cadre qui permette de détecter, de prévenir, d'éviter et de faire face aux problèmes de stress au travail.

Compte tenu de la complexité du phénomène de stress, il n'existe aucune liste exhaustive des indicateurs potentiels. L'accord du 2 juillet 2008, relatif au stress au travail, relève cependant un certain nombre d'indicateurs peuvent révéler la présence de stress dans l'entreprise justifiant la prise de mesures adaptées pour lutter contre le phénomène. Par exemple, un niveau élevé d'absentéisme, notamment de courte durée, ou de rotation du personnel en particulier fondée sur des démissions, des conflits personnels ou des plaintes, fréquents de la part des travailleurs, un taux de fréquence des accidents du travail élevé, des passages à l'acte violents, contre soi-même ou contre d'autres, même peu nombreux, une augmentation significative des visites spontanées au service médical sont quelques-uns des signes pouvant révéler la présence de stress au travail[639]. Un nombre croissant de salariés disent subir un stress régulier dans leur travail, qu'ils attribuent à la charge de

---

[636] Art. L.4121-1 du Code du travail.

[637] Art. L.4121-2 du Code du travail.

[638] *« Ayant identifié la nécessité d'une action commune spécifique sur cette question et anticipant une consultation sur le stress par la Commission, les partenaires sociaux européens ont signé, le 8 octobre 2004, un accord sur le stress au travail dans le cadre de l'article 138 du traité CE ».*

[639] Accord du 2 juillet 2008 relatif au stress au travail.

travail, à la pression de la hiérarchie[640], à des exigences contradictoires, à un manque de clarté sur la fonction à remplir, à leur non-participation aux décisions les concernant et à leur absence d'influence sur le mode d'exécution de leur activité, à des changements organisationnels, à l'inefficacité de la communication et le manque de soutien de la direction ou des collègues, au harcèlement psychologique et sexuel.

Souvent la frontière entre le stress et ses propres causes est assez mince. C'est par exemple le cas avec le harcèlement. Juridiquement, la différence entre ces deux notions tient au seul fait que la première est spécifiquement sanctionnée par la loi alors que la seconde ne l'est pas. Le harcèlement suppose une volonté délibérée de nuire au salarié et de dégrader ses conditions de travail. Introduit dans le Code du travail et dans le Code pénal par la loi du 17 janvier 2002 dite de modernisation sociale, le harcèlement est défini de manière identique comme des agissements répétés pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel[641]. Le stress, de son côté, s'analyse plus largement comme étant la conséquence des difficultés du salarié à supporter la pression inhérente à son activité, entraînant une dégradation de son état psychologique pouvant avoir des conséquences sur son état physique. Le stress fonctionne un peu comme un réflexe physique à une action psychologique. Il inciterait le corps à libérer différentes hormones corticoïdes. Une situation de stress use l'organisme[642].

---

640 Les études Whitehall I et II mesurent depuis plusieurs dizaines d'années le risque cardiovasculaire chez des milliers de fonctionnaires du Gouvernement britannique. *« Le nom de Whitehall lui a été donné parce qu'elle portait sur 18 000 fonctionnaires hommes dont les bureaux étaient concentrés sur la rue Whitehall, dans le centre de Londres. Un de ses résultats majeurs a été la mise en évidence d'un gradient social de santé. Elle a ainsi montré que le risque de décès par maladie cardiaque était 2,2 fois supérieur dans le groupe le plus bas dans la hiérarchie professionnelle par rapport au plus haut. Elle a également révélé que les facteurs de risque classiques - tabagisme, inactivité physique, cholestérol, diabète, hypertension - n'expliquaient pas la totalité des différences de mortalité cardiovasculaire constatées entre les groupes professionnels ».* Depuis, ces résultats ont été largement confirmés par d'autres recherches, qui pointent notamment les effets cardiovasculaires d'une exposition prolongée aux horaires alternants et à un stress chronique, à mettre lui-même en relation avec certaines contraintes psychologiques et organisationnelles au travail ; SINGH-MANOUH (A) et NABI (H), « Les découvertes épidémiologiques de Whitehall », *Santé & Travail,* n° 75, juillet 2011.

641 Art. L.1152-1 du Code du travail ; Art. 222-33-2 du Code pénal ; *« Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ».*

642 MONNIER (E), *Les chefs se portent mieux car ils sont chefs*, Science & Vie, n°1201, octobre 2017, p.114 et s.

B - LA CONCESSION DE SES ATTRIBUTS MORAUX

Certaines personnes font profession de l'exploitation de cette partie d'eux-mêmes : acteurs, mannequins, présentateurs, chanteurs. En tant qu'informations identifiantes, les contours de la personnalité répondent à l'exigence d'originalité et de rareté qui conditionne l'accès au statut de biens. Ils ont en cela connu un fort mouvement de patrimonialisation. Nonobstant leur caractère foncièrement extrapatrimonial, l'image (***1***) et la voix (***2***) ont donné naissance à des droits dits « dérivés », des droits patrimoniaux à caractère personnel[643].

1 - Le droit d'user de son image

80. Un caractère moral et patrimonial - Le corps humain fournit une description physique et morale de celle-ci. Manifestation privilégiée de sa personnalité, il est associé à son statut social ainsi qu'à son éventuelle notoriété. À ce titre, le corps jouit d'une certaine valeur. Susceptibles de reproduction plus ou moins fidèle, par le truchement de la photographie, du dessin, les contours de la personne fournissent des images de celle-ci. Le problème est qu'il est assez difficile de distinguer la source des représentations elles-mêmes. Il faut garder à l'esprit que l'image, dans son acception commune, ne désigne nullement les contours sensibles d'un être ou d'une chose, elle désigne la représentation graphique de leurs formes et, par extension, le support de cette représentation. Pour autant, l'image a longtemps été confondue dans la protection de la vie privée[644]. Cet état a donné à observer deux litiges : *« Ceux dans lesquels la personne dont l'image est en cause agit pour défendre le respect de sa vie privée, l'atteinte à son sentiment de l'honneur ou toute autre valeur à caractère extrapatrimonial, et ceux dans lesquels elle sollicite purement et*

---

643 LOISEAU (G), « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *RD McGill*, juin 1997, p. 319.

644 ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 323 ; *« Le droit à l'image a longtemps été confondu dans la protection de la vie privée. Les atteintes à l'image primitivement réprimées supposaient une insertion dans l'espace privé, et, de fait, le domicile constitue le moyen naturel de protéger l'image. Le droit à l'image en émergera comme déclinaison particulière du droit au respect de la vie privée, lequel recouvrait toutes les immixtions dans la sphère d'existence personnelle, entendue géographiquement ou matériellement (c'est-à-dire selon des types d'évènement). Elle est favorisée par le fait que les atteintes à la vie privée sont fréquemment accompagnées d'une atteinte au droit à l'image, laquelle en constitue même, souvent, l'instrument principal ».*

simplement réparation du manque à gagner dont elle souffre en raison de l'utilisation commerciale de son image sans son autorisation »[645].

L'autonomie du droit à l'image par rapport au droit au respect de la vie privée a été acquise progressivement[646]. À partir des années 1980, certains juges du fond reconnaissent l'existence de droits patrimoniaux de la personnalité. Le jugement du Tribunal de grande instance de Lyon du 17 décembre 1980 est le premier à les viser[647]. Vient ensuite le Tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence qui, dans une décision du 24 novembre 1988, est venu affirmer que : *« Le droit à l'image a un caractère moral et patrimonial »*. En 2005, la Cour d'appel de Versailles précise que : *« Le droit de l'image revêt les caractéristiques essentielles des attributs d'ordre patrimonial, il peut valablement donner lieu à l'établissement de contrats, soumis au régime général des obligations entre le cédant, lequel dispose de la maîtrise juridique sur son image, et le cessionnaire, lequel devient titulaire des prérogatives attachées à ce droit »*[648].

La Cour de cassation, quant à elle, a mis du temps à dégager quelques grandes lignes directrices claires. Admettant la contractualisation de certains droits de la personnalité, mais refusant leur patrimonialisation, la Cour s'est placée au milieu du gué[649]. Elle a toutefois reconnu l'autonomie du droit à l'image par rapport à la matrice du droit au respect de la vie privée. Dans un arrêt du 12 décembre 2000, elle a en effet précisé que : *« L'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun sur son image constituent des sources de préjudice distinctes, ouvrant droit à des réparations distinctes »*[650]. Dans une décision du 9 juillet 2009, elle a reconnu au titulaire le droit d'utiliser son image : *« L'utilisation de l'image d'une personne pour en promouvoir les oeuvres doit avoir été autorisée par celle-ci, et que la reproduction de la première, au soutien de la vente des secondes n'est pas une « information » à laquelle le public aurait*

---

[645] GAILLARD (E), « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984, p. 161.
[646] BRUGUIERE (J-M), « « Droits patrimoniaux » de la personnalité », *RTD civ.*, 2016, p. 1.
[647] *« Attendu qu'il a subi une atteinte à son droit patrimonial sur cette image dès lors que, sans son consentement, la société Lumière a utilisé les photographies litigieuses pour vanter la qualité de ses pellicules, même si l'image a été seulement le support et non le sujet de cette publicité ».*
[648] CA de Versailles, 22 septembre 2005.
[649] BRUGUIERE (J-M), *Ibid*.
[650] Cass. civ. 1ère, 12 décembre 2000, n° 98-21.161.

nécessairement droit au titre de la liberté d'expression, peu important l'absence d'atteinte à la vie privée de l'intéressé »[651].

81. Une appropriation par la représentation - Fondamentalement, l'image n'est pas un élément distinct du corps de la personne. Mais la représentation dont elle fait l'objet peut, quant à elle, être amenée à s'en distinguer et à être appréhendée comme un bien. Si la représentation entretient une relation étroite avec l'objet reproduit, elle ne se confond pas avec lui. Pour le Professeur Grégoire Loiseau : *« La sanction de l'appropriation de la valeur économique d'un attribut de la personnalité, sur le fondement du droit extrapatrimonial, ne peut se faire qu'au prix d'une dénaturation de celui-ci, en déguisant la lésion d'un intérêt patrimonial sous une prétendue atteinte à la personnalité »*[652].

Il faut distinguer ces deux formes : l'élément de la personnalité et la représentation. La représentation confère une qualité seconde et frugifère, une qualité commerciale et nouvelle, qui se distingue de l'élément principal. Parce qu'elle n'est plus juridiquement indissociable de la personnalité - et donc de la personne - celle-ci peut ensuite parfaitement faire l'objet d'une appropriation. Cette technique permet ainsi à un tiers de tirer profit des éléments d'une personnalité qui n'est pas la sienne[653]. Les répliques sont *« comme des démembrements intellectuels du corps humain, ce qui a pour conséquence d'en faire des biens distincts, objets de droits de la personnalité autonomes et soumis à un régime indépendant »*[654].

Cela résulte en grande partie de la contractualisation. Le contrat permet de construire la valeur économique des signes de la personnalité. C'est précisément parce que chacun peut librement fixer son image, et interdire à autrui de le faire ou l'autoriser que celle-ci peut entrer dans le commerce et faire l'objet d'actes juridiques. Ce droit disparaît à l'issue du contrat et, avec lui, les possibilités d'exploitation de la prestation. La personnalité ne s'en trouve aucunement affectée[655].

---

[651] Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2009, n° 07-19.758.
[652] LOISEAU (G), « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *RD McGill*, juin 1997, p. 328.
[653] Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163.
[654] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006.
[655] DREYER (E), « L'image des personnes », *J-Cl.*, Communication 2008, Fasc. n° 110.

2 - Le droit d'user de sa voix

82. Une image sonore de la personne - Blanche, cassée, perchée, la voix est révélatrice de la personnalité d'un individu. Elle joue un rôle dans le discours et donne le ton à l'expression de ses pensées. En cela, la voix peut elle-même être utilisée à des desseins professionnels. Qu'il s'agisse de transmettre des informations ou des émotions, elle peut en effet, suivant son timbre, son amplitude, son dynamisme, être une véritable source de revenus pour la personne.

Le droit d'agir en son corps permet de s'en réserver les utilités. La personne dispose en cela de la faculté de se réserver l'usage de sa voix ou plus globalement d'exercer un contrôle quant à ceux à qui il elle concédera la faculté d'en jouir de manière auditive. Si la personne ne peut se prévaloir du caractère privé de sa voix lorsqu'elle choisit de s'exprimer en public[656], elle peut en revanche, lorsqu'elle choisit de s'exprimer dans un lieu privé, en conditionner l'accès. Dans ces circonstances, toute écoute ou toute captation non autorisée est effectivement illicite. Le Code pénal punit en effet *« 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 : En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé »*[657]. Est aussi puni le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention[658]. La voix constitue l'un des attributs de la personnalité et peut bénéficier de la protection instituée par l'article 9 du Code civil dans la mesure où une voix caractéristique peut être rattachée à une personne identifiable[659]. La loi assure en cela une protection globale de la voix, tant dans son aspect notable que dans son aspect simplement banal.

---

656 CA de Paris, 12 janvier 2005, n° 04/15706.
657 Art. 226-1 du Code pénal.
658 Art. 226-8 du Code pénal.
659 CA de Pau, 22 janvier 2001, n° 99/00051.

83. Une version sonore du droit à l'image - Comme l'image, la voix peut être l'objet d'un commerce[660]. Elle peut faire l'objet d'actes juridiques. Concernant les prestations artistiques, la personne qui use de sa voix est considérée comme un salarié. En effet : *« Tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production, est présumé être un contrat de travail dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité, objet de ce contrat, dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce »*[661]. Toutefois, contrairement aux principes du contrat de travail, l'employeur n'acquiert pas la propriété de la chose ouvrée. Il n'acquiert qu'un droit de jouissance sur les organes vocaux de l'artiste.

En dehors de l'hypothèse des prestations artistiques, la voix est aussi l'objet de nombreuses autres conventions. Comme l'image, la voix fait partie des attributs du corps qui sont reproductibles et donc réifiables ; qui du fait de leur originalité peuvent prétendre à la qualité de biens. La voix peut, par plusieurs procédés, être transformée en une chose indépendante du corps. Il s'agira alors pour la personne de convenir avec autrui de la reproduction, de l'enregistrement ou de la diffusion de sa voix[662]. À la différence de l'image, il ne semble pas exister de véritable distinction entre la voix et ses démembrements. Si le respect dû à la vie privée et celui dû à l'image constituent des sources de préjudice distinctes, ouvrant droit à des réparations distinctes[663], il n'existe aucune distinction de ce type en ce qui concerne la voix. La jurisprudence semble en effet opter pour une interprétation amplifiante de l'article 9 du Code civil, d'où rayonne une pluralité de droits ayant pour objet les diverses facettes de la personnalité[664]. La voix n'est donc pas encore l'objet de deux droits distincts, mais d'un seul dont les prérogatives seraient de nature ou de facture différentes. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que l'on reconnaisse l'existence d'un « droit à la voix », version sonore du droit à l'image, quand bien même il ne serait pas encore mis en oeuvre en tant que telle par les juges.

---

660 HUET-WEILLER (D), « La protection juridique de la voix humaine », *RTD civ.*, 1982, p. 497.
661 Art. L.762-1 du Code du travail.
662 ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 354 et s.
663 Cass. civ. 1ère, 12 décembre 2000, n° 98-21.161.
664 LEPAGE (A), MARINO (L) et BIGOT (C), « Droits de la personnalité : panorama 2004-2005 », *D.* 2005, p. 2643.

Paragraphe 2 - La libre administration de son corps

84. La capitalisation du corps - Chaque individu est libre de choisir la vie qui lui convient : il doit pouvoir, ainsi que le formule Michela Marzano, *« être lui-même »*. Mais pour cela, il ne lui suffit pas simplement « d'être ». Le corps doit être contrôlé. En cela, il n'est pas un destin, mais un accessoire de la présence, une matière première à qu'il nous faut façonner et définir. Il est pour nombre de contemporains une simple représentation provisoire. Depuis les images publicitaires jusqu'aux clips vidéos, nous sommes confrontés à un nombre croissant de représentations qui renvoient toutes, d'une façon ou d'une autre, à l'idée de contrôle : exhiber un corps bien maîtrisé semble la preuve la plus évidente de la capacité d'un individu à assurer un contrôle sur sa propre vie[665]. Au travers la synthèse de l'individualité et de l'autonomie, le droit délimite un espace au travers duquel le corps est réservé à la personne qui l'habite dans un rapport d'exclusivité, sans médiation sociale[666].

Cet espace permet non seulement au sujet d'exercer sur son corps un pouvoir physique, mais elle lui confère également celui d'en faire un objet d'activité juridique. La personne est en cela invitée à construire son corps, à améliorer ses performances, à dépasser ses limites. Il lui appartient de gérer (A) et de sauvegarder (B) son corps.

A - LA GESTION DE SA CORPORALITÉ

Chacun peut accomplir des actes matériels sur son propre corps, soit par sa propre action, soit en autorisant l'action d'autrui[667]. Cette logique fait ouvertement du corps le matériau d'un individu qui le revendique. L'homme contemporain est invité à entretenir son corps (***1***), construire son corps, sculpter son apparence (***2***). Le corps est devenu une entreprise à diriger au mieux des intérêts du sujet ou de son sentiment[668].

---

[665] MARZANO (M), *La philosophie du corps*, éd. Puf, 4ème éd., 2017, p. 20-21.
[666] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 138 et s.
[667] DIERKENS (R), *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, éd. Masson, 1966, n° 45 ; SAVATIER (R), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, éd. Dalloz, 1964, n° 170.
[668] LEBRETON (D), *L'adieu au corps*, éd. Métailié, 2013, p. 32-33.

1 - Un corps à entretenir

85. Une préoccupation individuelle - Suivant la dixième Satire de Juvénal : *« Il faut prier afin d'obtenir un esprit sain dans un corps sain ».* Cet adage met l'accent sur l'idée que d'avoir un corps en bonne santé est tout aussi important que d'avoir un esprit vif et lucide. La santé du corps est un impératif essentiel autant qu'existentiel. Il appartient à chacun, au quotidien, comme en cas de maladie, de prendre soin de son corps. Il lui incombe de consulter, de se soigner, mais également de prévenir les éventuelles maladies, par un mode de vie et une hygiène de vie exemplaire. Lorsqu'une personne est malade, il lui faut quérir les services d'un spécialiste qui sera à même d'identifier la source du mal et de prescrire un traitement adapté. Ainsi, en bons contractants, patient et médecin s'engagent mutuellement. Le patient s'engage à observer les prescriptions et à régler les honoraires. Le praticien, quant à lui, s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à des tiers compétents[669]. Conclu *intuitu personæ*[670], sauf en cas d'urgence, il s'agit d'un contrat civil, synallagmatique, régi par la liberté contractuelle et l'autonomie de volonté avec échange de consentement et détermination pour les parties du contenu des obligations.

Il a longtemps été difficile de voir un entrepreneur en la personne du médecin, se refusant à analyser la relation avec son patient en termes contractuels[671]. La juridicisation des relations entre le médecin et son patient a elle-même été tardive. C'est seulement en 1837 que la Cour de cassation a admis la responsabilité professionnelle du médecin, et en 1936[672] que ces relations ont été analysées comme donnant lieu à un contrat. Depuis lors, le médecin est tenu d'une obligation de moyen qui impose au patient victime qui souhaite engager sa responsabilité de prouver qu'en ne délivrant pas des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science, il a commis une faute[673].

---

[669] Art. R.4127-32 du Code de la santé publique.
[670] LE TOURNEAU (P), KRAJESKI (D), « Intuitu personæ », *J-Cl. contr. distr.,* fasc. 200, 2012, n° 53.
[671] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 297.
[672] Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ Mercier*, GAJC, éd. Dalloz, 12ème éd., 2008, n° 162-163.
[673] BLOCH (C), KRAJESKI (D), LE TOURNEAU (P), et POMARÈDE (M), *Droit de la responsabilité et des contrats,* Œuvre collective sous la direction LE TOURNEAU (P), Dalloz action, 2014, n° 4199-4200.

Antérieurement à cette décision, le patient ne pouvait engager la responsabilité du médecin que sur un fondement délictuel, sur le fondement des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil[674]. Cette solution a subséquemment été consacrée par le législateur dans la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, à l'article L.1142-1, I, du Code de la santé publique qui prévoit que *« hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère »*.

86. Une préoccupation d'intérêt général - La santé est à la fois une affaire individuelle et collective. La santé globale des populations sous tous ses aspects - curatif, préventif, éducatif et social - est en effet un véritable devoir régalien de l'État. La Déclaration universelle des droits de l'homme précise notamment en son article 25 que : *« Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires »*. Depuis la création de la sécurité sociale[675] sur le modèle « bismarckien », l'État - en bon État providence - exerce un contrôle sur les relations entre les institutions de financement, les professionnels et les malades au nom des impératifs sanitaires et économiques généraux. Il se fixe pour objectif de parvenir à la maîtrise durable des menaces et des risques pour la santé de toute la population[676]. Essentielle au bonheur et au bien-être, la santé contribue également de manière importante au dynamisme économique du pays. Les populations en bonne santé vivent en effet plus longtemps, sont plus productives, consomment plus et épargnent plus.

---

[674] En 2010, la Cour de cassation, par un important arrêt de revirement, a toutefois décidé que la responsabilité du médecin pour manquement à son obligation d'information avait un fondement délictuel ; Cass. civ. 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13.591.

[675] Ordonnances des 4 et 19 octobre 1945.

[676] V. Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

Il n'est pas de l'intérêt de l'État de négliger l'accès ou la qualité des soins. Il doit s'assurer que chacun peut recevoir des soins préventifs ou curatifs dans un délai approprié, sans qu'il soit non plus fait référence à une situation sociale ou à un état de santé[677]. Pour se faire, l'État élabore des stratégies de santé[678]. Celles-ci contribuent à renforcer l'efficience du système de santé en déterminant notamment des domaines d'action prioritaires, eux-mêmes déclinés en objectifs nationaux. Il s'agit aussi d'agir afin d'éviter l'apparition, le développement ou l'aggravation de maladies ou d'incapacités. En cela, l'État nous incite à prendre soin de notre corps, à l'entretenir, et surtout à en user « en bon père de famille ».

2 - Un corps à construire

87. Une démarche volontaire - Au-delà des conventions portant sur l'entretien du corps, la personne peut aussi consentir à des prestations visant à modifier son corps : contrat de coiffure, de pédicure, de tatouage, de soins esthétiques, etc. Modifier son propre corps, le transformer par un acte délibéré et volontaire, traduit d'une certaine manière une tentative d'en prendre le contrôle pour mieux se l'approprier. Le corps n'est plus seulement l'assignation d'une identité intangible, l'incarnation irréductible du sujet, mais un élément de la construction de la personne elle-même[679]. Prenant ses distances avec la figuration traditionnelle, le corps lui permet d'exprimer son identité subjective.

Le XXème siècle a été le cadre d'une mutation profonde. Aucune époque n'a été aussi marquée par le body-building. Salles de sport, régimes en tout genre, compléments alimentaires, et chirurgie esthétique sont autant d'outils au travers desquels le « moi » s'affiche à la surface du corps, loin des désirs presque naïfs d'allier la médecine avec la seule intention de sauvegarder la vie. Cette nouvelle médecine d'agrément illustre brillamment le rapport de subordination entre la personne et son corps ; une perception dans laquelle la personne use de toute son humanité afin de prévaloir sur sa chair.

---

677 Art. L.1110-1 du Code de la santé publique.

678 La Stratégie Nationale de Santé 2018-2022 (SNS) a été adoptée officiellement par le gouvernement fin décembre 2017 à l'issue d'un processus de concertation avec les acteurs de la santé et les autres ministères concernés et de consultation auprès du public.

679 LEBRETON (D), *L'adieu au corps*, éd. Métailié, 2013, p. 29-30.

88. Une démarche contractuelle - Juridiquement, cette utilisation s'inscrit - comme pour l'acte médical - dans un contrat d'entreprise[680] ; contrat par lequel une personne (l'entrepreneur) s'engage à réaliser ou fournir un ouvrage, pour une autre personne (le maître de l'ouvrage), moyennant une rémunération, en conservant son indépendance dans l'exécution du travail[681]. Ici, la personne fournit la matière au maître de l'ouvrage[682].

Reconnue en tant que telle en France depuis 1988, la chirurgie esthétique s'entend comme les actes chirurgicaux tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice[683]. La médecine esthétique n'est pas une spécialité, mais recouvre un ensemble de traitements légers. La médecine esthétique est un fourre-tout où, sous des appellations diverses[684], se cachent des techniques d'intervention extrêmement variées[685]. Cet aspect explique pourquoi l'exercice de la chirurgie esthétique est subordonné à des règles pénalement sanctionnées concernant, d'une part, les installations dans lesquelles sont pratiquées les interventions et, d'autre part, l'information financière qui doit être fournie au patient[686]. Le chirurgien esthéticien doit, plus que tout autre, informer très exactement son patient. La nature particulière de l'acte réalisé induit une obligation d'information et de moyens renforcée[687]. Parce qu'elle n'a pas de visée thérapeutique, mais la restitution d'un confort esthétique, l'obligation du praticien est appréciée beaucoup plus strictement que dans le cadre des chirurgies classiques[688].

---

680 ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, p. 263, n° 297.

681 CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, p. 406.

682 Art. 1787 du Code civil.

683 Art. L.6321-1 du Code de santé publique.

684 La dermabrasion consiste à atténuer les lésions cutanées par abrasion à l'aide d'une brosse rotative ou d'un laser ; L'abdominoplastie consiste à retendre la peau du ventre et/ou les muscles de la paroi abdominale ; La brachioplastie consiste à supprimer l'excédent cutané et de redraper la peau au niveau de la face interne des bras ; La carboxythérapie consiste à injecter du gaz carbonique sous la peau pour la raffermir et la densifier.

685 V. MALYE (F) et VINCENT (J), *Le livre noir de l'esthétique*, éd. Calmann-Lévy, 2013.

686 Art. L.6322-1 et L.6324-2 du Code de la santé publique.

687 Cass. civ. 1ère, 17 novembre 1969, n° 68-12.225 ; CE, 15 mars 1996, n° 136692 ; V. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ; Décret n° 2015-1171 du 22 septembre 2015 relatif à l'information à délivrer à la personne concernée préalablement à une intervention de chirurgie esthétique et postérieurement à l'implantation d'un dispositif médical ; CE, 22 décembre 2017, n° 390709 ; *« S'agissant d'un acte à visée esthétique, l'obligation d'information était renforcée et devait porter sur les risques et inconvénients de toute nature susceptibles d'en résulter »* ; CE, 22 décembre 2017, n° 390709.

688 CA de Paris, 16 juin 1995, « Appréciation de la responsabilité du chirurgien esthétique notamment quant à l'opportunité de l'intervention », *D.* 1995, p. 194.

B - UNE CORPORALITÉ À SAUVEGARDER

La maîtrise du corps est emblématique d'une capitalisation sur soi et de ses modalités. Le corps, outil à modeler, mais aussi à économiser, est devenu un capital ; un capital qu'il convient de soigner et de sculpter, mais aussi d'assurer (***1***) et de réparer (***2***).

1 - Un corps à assurer

89. Une garantie globale - Nombreux sont les risques de dommages corporels qui ponctuent le quotidien. Qu'il s'agisse des accidents du travail, des accidents de la circulation, des accidents domestiques, des accidents de sport, ou des accidents médicaux, les risques sont omniprésents. Il peut alors être utile de considérer l'intérêt que présente la souscription d'un contrat d'assurance de personnes couvrant les dommages corporels auxquels chacun peut être exposé. Cette démarche permet de couvrir les préjudices moraux et financiers liés à la perte d'usage partielle ou totale de ses facultés physiques. En dehors des garanties visant les conséquences pécuniaires encourues par l'assuré lorsque celui-ci cause un dommage matériel ou corporel à un tiers, il y a pléthore de garanties pouvant intervenir lorsque l'assuré est lui-même l'objet d'un dommage : garantie invalidité ou incapacité permanente, garantie incapacité temporaire, garantie frais de soins, garantie des accidents de la vie.

En entreprise, l'article L.4121-1 du Code du travail fait obligation à l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique de ses travailleurs. L'employeur met en oeuvre les actions de prévention ainsi que les méthodes de travail et de production garantissant un meilleur niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs[689]. Mais dans l'éventualité, il lui faut mettre à

[689] Art. L.4121-3 du Code du travail ; *« L'employeur, compte tenu de la nature des activités de l'établissement, évalue les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations et dans la définition des postes de travail. Cette évaluation des risques tient compte de l'impact différencié de l'exposition au risque en fonction du sexe. A la suite de cette évaluation, l'employeur met en oeuvre les actions de prévention ainsi que les méthodes de travail et de production garantissant un meilleur niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Il intègre ces actions et ces méthodes dans l'ensemble des activités de l'établissement et à tous les niveaux de l'encadrement ».*

disposition de ses salariés une assurance permettant de couvrir les incidents qui pourraient survenir dans le cadre de la réalisation des activités de l'entreprise. Celle-ci permet d'assurer la protection aussi bien des tiers, de l'entreprise que des salariés eux-mêmes. Les salariés sont couverts pour les risques professionnels qu'ils encourent sur leur lieu de travail, indépendamment donc de toute assurance personnelle[690].

90. Une garantie spécifique - Les assurances ont un but préventif, au cas où un événement portant atteinte à l'intégrité physique de la personne interviendrait. Elles ne couvrent aucunement les dommages liés à des parties spécifiques du corps humain. Il en est de même pour les assurances créées spécifiquement pour la pratique professionnelle de certaines disciplines sportives. La plupart du temps, c'est le corps en entier qui est assuré. Il s'agit de partir du principe que le corps forme un ensemble indissociable. Conformément à son étymologie, il désigne l'ensemble des parties matérielles d'un être animé considéré en particulier du point de vue de son anatomie, de son aspect extérieur.

Toutefois, en marge de ces contrats « classiques », ont progressivement fleuri des contrats rendant possible la protection d'une partie bien précise du corps. C'est en effet une pratique bien connue des sportifs, acteurs, chanteurs ou mannequins. Il s'agit de prévenir les pertes financières qu'engendreraient des blessures ou une incapacité à pratiquer leur discipline. Comme on le ferait avec des bijoux ou d'autres biens de grande valeur, l'assurance protège son propriétaire contre la perte financière que constituerait la dégradation de la partie du corps qui lui apporte cette particularité propre à son succès. C'est ainsi que sont assurées les jambes de David Beckham, celles d'Heidi Klum, de Taylor Swift, de Mariah Carrey, les cordes vocales de Bruce Springsteen, les mains de Keith Richards, les pouces de Fernando Alonso, le sourire de Julia Roberts, la langue de Gene Simmons, les seins de Madonna, le postérieur de Jennifer Lopez, celui de Kim Kardashian, ou encore le liquide séminal de David Lee Roth.

---

[690] Rien ne contraint une entreprise à souscrire une assurance responsabilité civile professionnelle, et ce malgré son obligation légale d'assumer tous les dommages causés à des tiers par les personnes ou les biens dont elle répond. Il existe néanmoins des exceptions : certaines professions réglementées doivent pouvoir présenter une responsabilité civile professionnelle. C'est le cas notamment des professions médicales, des professionnels du droit et du conseil.

2 - Un corps à réparer

91. Le *pretium doloris* - Que ce soit de son fait ou du fait d'un tiers, tout dommage cause un préjudice qui ouvre un droit à réparation. Toutefois, la réparation du dommage corporel en droit commun ne s'improvise pas. Il s'agit d'une question extrêmement délicate, car nécessairement financière. Il faut déterminer l'état antérieur, les lésions, la gêne fonctionnelle qui résultent du dommage ainsi que de toutes les conséquences de la vie de la victime. Le dommage corporel est ensuite chiffré en argent à partir des opérations indispensables à la remise en état. L'indemnisation s'évalue comme tout autre préjudice : non de façon subjective, mais sur la base de critères tangibles et quantifiables. Se pose en somme la question du juste prix du préjudice : quel est le prix de la vie, de la souffrance, de la perte de l'autonomie et/ou du handicap ? C'est la question du *pretium doloris,* du « prix de la douleur », de la souffrance endurée, qu'une circulaire du ministre de la Justice du 15 septembre 1977 a recommandé d'appeler *« l'indemnisation dues souffrances »* et qui correspond aux dommages et intérêts accordés au titre de réparation des souffrances physiques ou morales éprouvées par la victime d'un accident ou d'un acte criminel[691]. Le prix de la douleur est destiné à indemniser la victime du préjudice causé par la souffrance jusqu'à sa totale liquidation, c'est-à-dire jusqu'à la consolidation de l'ensemble des blessures[692] : *« L'indemnisation du prix de la douleur répare non seulement les souffrances physiques, mais aussi les souffrances morales »*[693].

L'indemnisation du préjudice corporel répond aux grands principes du droit de la responsabilité civile. Elle tend à permettre à la victime de faire face aux dépenses nécessaires pour récupérer autant que possible sa pleine intégrité physique : *« Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »*[694]. Le préjudice doit par conséquent être réparé dans son intégralité, sans qu'il en résulte ni appauvrissement ni enrichissement de la victime :

---

[691] *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, 25ème éd., 2017-2018, p. 877.
[692] LE TOURNEAU (P), BLOCH (C), GUETTIER (C), GIUDICELLI (A), JULIEN (J), KRAJESKI (M) et POUMARÈDE (M), *Droit de la responsabilité et des contrats*, éd. Dalloz, 11ème éd., 2018-2019, n° 111.
[693] Cass. civ. 2ème, 9 décembre 2007, n° 03-15.962.
[694] Cass. civ. 2ème, 28 octobre 1954, n° 1767.

« L'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »[695].

92. Le *pretium pulchritudinis* - Le « *prix de la beauté* », mis en avant par le Professeur Philippe Le Tourneau[696], est celui qui indemnise le préjudice esthétique résultant de l'atteinte portée à l'harmonie physique de la victime, qui ne se réduit pas à son visage[697]. Ce préjudice traduit les désagréments occasionnés par l'altération de l'apparence physique de la victime. D'ordre extrapatrimonial, celui-ci est indemnisé de façon distincte du déficit fonctionnel, même s'il peut se doubler d'éléments patrimoniaux si la victime éprouve aussi un préjudice d'ordre professionnel[698].

Une juste réparation des dommages subis par les victimes de dommages corporels nécessite une égale identification de leurs différents chefs de préjudice. À cet effet, une nomenclature des différents postes de préjudice a été établie en juillet 2005, par un groupe de travail dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation[699]. Procédant par une démarche pragmatique, ce groupe de travail a eu pour objectif de proposer une nomenclature des divers postes de préjudice corporel. Reprenant tous les postes de préjudices retenus par la jurisprudence, celle-ci constitue une référence utilisable par l'ensemble des acteurs de l'indemnisation du dommage corporel[700]. Bien qu'elle soit dépourvue de force obligatoire, la nomenclature Dintilhac s'est imposée comme un outil méthodologique majeur. Aurélie Coviaux note qu'auparavant, les acteurs analysaient les décisions de jurisprudence pour déterminer les postes de préjudices indemnisables.

---

[695] Cass. civ. 2ème, 19 juin 2003, n° 00-22.302.

[696] LE TOURNEAU (P), *La responsabilité civile*, éd. Dalloz, 1ère éd., 1972, n° 344.

[697] Trib. civ. de Nîmes, 22 décembre 1952.

[698] LE TOURNEAU (P), BLOCH (C), GUETTIER (C), GIUDICELLI (A), JULIEN (J), KRAJESKI (M) et POUMARÈDE (M), *Droit de la responsabilité et des contrats, éd. Dalloz*, 11ème éd., 2018-2019, n° 121.

[699] DINTILHAC (J-P), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, Rapp., 28 octobre 2005.

[700] La nomenclature Dintilhac propose une classification des chefs de préjudices corporels cohérente, reposant sur une distinction entre les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Les premiers sont les atteintes ayant des conséquences économiques directes sur le patrimoine de la victime comme les pertes de salaire. Les seconds sont les atteintes ayant des conséquences non économiques sur la victime qui subit un préjudice du fait de ne plus pouvoir être dans la même situation que celle antérieure à l'accident. À l'intérieur de chacune de ces deux catégories, la nomenclature opère une seconde distinction entre les préjudices temporaires et permanents.

Désormais, les juges exigent que chacun des préjudices sollicités s'inscrive précisément dans l'un des postes énumérés par la nomenclature Dintilhac pour en accorder l'indemnisation. La généralisation de son usage par l'ensemble des juridictions a en cela permis une clarification, et a constitué un indéfectible canevas pour les praticiens[701]. En revanche, il n'existe aucun barème de chiffrage financier. Les professionnels du droit sont chargés de traduire l'évaluation du médecin en valeur monétaire. Cette valeur toutefois est laissée à la libre appréciation du juge[702]. Il sera alors tenu compte de la situation personnelle de chaque victime, de son âge, des conséquences de l'accident sur sa vie privée et professionnelle, etc. La situation de la victime est à chaque fois individualisée précisément parce qu'il est question d'indemniser un préjudice corporel en son intégralité : le préjudice, rien que le préjudice, mais tout le préjudice. L'idée même d'une évaluation monétaire de la vie humaine suscite généralement le rejet : comment envisager d'établir une équivalence entre une vie et une somme d'argent ? Le Professeur Alain Sériaux rappelle qu'indemniser n'est point échanger. Il ne s'agit pas de compenser la perte d'un bien contre une valeur pécuniaire ou un quelconque avantage en nature : *« Ce n'est pas la perte d'un bien corporel qui est remplacée et en quelque façon échangée contre une indemnité, ce sont les moyens, assurément patrimoniaux, pour recouvrer la santé physique qui, à titre d'indemnité, se trouvent pris en charge par le responsable »*[703]. Pourtant ici la vie et, plus globalement, le corps ont bien un prix qu'il convient de déterminer plus ou moins approximativement afin de les préserver.

---

[701] COVIAUX (A), *« La nomenclature Dintilhac, la belle aubaine ! »*, AJP, 2017, p. 8 ; *« Longtemps disponible sur le site de la Cour de cassation et désormais téléchargeable librement sur celui de la documentation française, sa diffusion a tenu lieu de mémento auprès d'un grand nombre de professionnels, voire de victimes elles-mêmes, réalisant parfaitement en cela l'une des missions de la commission Dintilhac »*.

[702] Chaque Cour d'appel dispose toutefois de son propre référentiel qui valorise sur la base d'une synthèse de la jurisprudence les postes de préjudices. Le référentiel de la Cour d'appel de Montpellier est par exemple plus favorable en matière de souffrance endurées que le référentiel de la Cour d'appel de Nîmes.

[703] SÉRIAUX (A), « Patrimoine », *Rép. civ.*, juin 2016, n° 27 ; *« Il s'agit ici, en effet, d'une indemnisation, non d'une rémunération. Or, par définition, indemniser n'est point échanger la perte d'un bien contre une valeur pécuniaire ou un quelconque avantage en nature. Outre le fait que l'opération d'indemnisation n'a été voulue ni par celui qui en profite (qui aurait préféré conserver son intégrité corporelle), ni par celui qui en fait les frais (qui aurait préféré ne rien devoir du tout), l'indemnité a seulement pour but et pour mesure de permettre à la victime (au sens large) du préjudice corporel de faire face aux dépenses nécessaires pour récupérer autant que possible sa pleine intégrité physique. En d'autres termes, ce n'est pas la perte d'un bien corporel qui est remplacée et en quelque façon échangée contre une indemnité, ce sont les moyens, assurément patrimoniaux, pour recouvrer la santé physique qui, à titre d'indemnité, se trouvent pris en charge par le responsable (au sens large également) »*.

* * *

93. Conclusion du Chapitre II du Titre I - La doctrine civiliste contemporaine a fait du corps humain un élément de la personne. Elle n'opère en ce sens aucune distinction qui permettrait de situer le corps par rapport à la personne elle-même. Mais du droit comme relation entre les personnes, au droit comme rapport de l'individu avec son environnement matériel, un glissement de sens du droit et du sujet de droit s'est tout de même opéré. La modernité, en même temps qu'elle a recentré le droit sur l'individu, en a étendu la sphère de normativité, jusqu'à l'introduire dans ce rapport privé, intime qu'est le rapport de la personne à son corps.

Présumée apte à effectuer des choix l'engageant, à définir ce qui est bon pour son plaisir et nécessaire à son épanouissement, la personne est libre de mettre sa force de travail au service d'un employeur, son talent sportif au service d'un club, ou sa beauté au service d'un photographe de mode[704]. Au service de son existence ou de son identité, le corps - que ce soit grâce à sa force, son intellect, son image ou sa voix - est globalement pour elle une source d'utilités personnelles et sociales non négligeable ; un objet à façonner, à louer. Objet d'un véritable monopole d'exploitation, il se pare d'une dimension mi-patrimoniale, mi-extrapatrimoniale ; forme particulière d'hybridité juridique. Corrélativement à ce que le Professeur de philosophie Gilles Lipovetsky nomme justement la « *privatisation exacerbée des individus* »[705], le corps est en équilibre entre l'être au corps et l'avoir du sujet[706]. Le corps humain - matière à transactions, à abandons, à réparations, à combinaisons - peut être traité comme une valeur économique et juridique, voire comme un colis[707]. Pour autant, on ne peut encore, à ce niveau, parler de patrimonialisation du corps humain. C'est à l'utilisation finalisée du corps et non au corps lui-même que l'on confère une valeur patrimoniale.

---

704 POUGHON (J-M), « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique », *Rev. l'Europe des Libertés*, n° 11.
705 LIPOVETSKY (G), *L'ère du vide*, éd. Gallimard, 1993, p. 195.
706 V. MARZANO (M), « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000, p. 61.
707 V. JOSSERAND (L), « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, p. 1.

TITRE II - LA DISTINCTION ARTIFICIELLE DU CORPS ET DE LA PERSONNE

94. Le droit à l'épreuve du progrès - Les professeurs Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet notent que : *« Pendant longtemps, le corps humain n'a guère intéressé le droit. Il n'était appréhendé qu'indirectement, à travers la naissance et la mort des personnes physiques, dont le corps est le support et l'indicateur »*[708]. Considéré comme une composante indissociable de la personne physique, il était inconcevable que le corps humain - de par cette association - puisse être appréhendé comme un objet distinct du sujet lui-même ; comme une entité sur laquelle la personne pouvait exercer les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété. Toute prétention visant à défendre l'inverse était ainsi rejetée sans appel au terme d'une affirmation selon laquelle : *« Le corps c'est la personne »*[709].

Toutefois, cette assimilation du corps à la personne n'est restée pertinente que tant que la réalité corporelle du sujet empêchait effectivement de considérer le corps comme un objet extérieur au sujet[710] ; que tant que la technique ne permettait pas matériellement de dissocier le corps de la personne elle-même. Aussi, lorsque les progrès réalisés dans le domaine du vivant ont permis de conserver vivant quelque chose d'humain hors du corps de l'homme et de le remettre dans le corps de cet homme, ou de l'injecter dans celui d'un autre homme, les civilistes furent obligés de voir le corps[711]. Ils durent cesser de le considérer uniquement comme le support de la personne pour enfin l'envisager comme une « chose » qu'il est désormais partiellement utile (**CHAPITRE I**) et possible de s'approprier (**CHAPITRE II**).

---

[708] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Les Biens*, éd. Puf, 2ème éd., 1997, n° 268.

[709] VISSER'T HOOFT (H), *Les actes de disposition concernant le corps humain, quelques remarques philosophiques*, APD, t. 24, 1979, p. 88.

[710] V. BAUDOUIN (J-L) et LABRUSSE-RIOU (C), *Produire l'homme: de quel droit ?*, éd. Puf, 1987 ; LABRUSSE-RIOU (C) et EDELMAN (B), *L'homme, la nature, et le droit*, éd. Bourgois, 1988 ; ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003.

[711] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 188 ; *« Pour que les civilistes soient obligés de voir le corps, il faudra que les sciences médicales les poussent dans leurs derniers retranchements, en sortant quelque chose de vivant du corps et leur demandant ce que c'est. Du sang dans un bocal du sperme dans de la neige carbonique, un membre séparé du corps, un organe attendant d'être greffé, rien de tout cela ne peut être appelé une personne humaine ».*

CHAPITRE I - UN CORPS QU'IL EST PARTIELLEMENT UTILE DE S'APPROPRIER

95. À corps ouvert - Traditionnellement, le corps humain était appréhendé comme étant soudé à la personne, que durant toute son existence celle-ci demeurait attachée à son corps, que lorsque le corps se trouvait usé, celle-ci disparaissait avec lui. Aujourd'hui, lorsqu'un élément du corps est défaillant, il suffit simplement de le remplacer par un élément fonctionnel. De la transfusion sanguine aux transplantations d'organes, le corps est de fil en aiguille devenu en quelques décennies un véritable réservoir d'éléments et de produits ; un réservoir de ressources biologiques. Ainsi que le précise Irma Arnoux : *« Actuellement, plus rien du corps humain n'est « à jeter » […], tout est utilisable, soit à des fins scientifiques, soit à des fins thérapeutiques directes (greffes) ou indirectes, après recherche et transformation en produits pharmaceutiques (anticorps). L'être humain est devenu en quelques années un gisement de matières premières, souvent en situation de rareté »*[712].

Cette dimension nouvelle a suscité un véritable réveil de la normativité éthique et juridique[713]. Le professeur Jean-Pierre Baud explique que lorsque les progrès dans le domaine du vivant ont imposé le corps à la vue du civiliste, celui-ci a en premier lieu réagi, comme l'humble donneur de sang, en homme effrayé par le sacré [714]. Tel Roméo paralysé par la mort de Mercutio, il dut néanmoins sortir de sa stupeur funeste[715]. Il était en effet nécessaire d'appréhender juridiquement la réalisation de ces opérations, d'en apprécier les justifications, l'usage qu'il en est fait, d'évaluer leur impact et leur acceptabilité sociale ; le but étant de parvenir à un arbitrage recevable conciliant progrès et intérêt général. La découverte du corps humain (**SECTION I**) a donc marqué la naissance d'un véritable droit du corps humain (**SECTION II**).

---

712 ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 17.
713 MARZANO (M), « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000, p. 49.
714 BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 197.
715 SHAKESPEARE (W), *Roméo et Juliette*, Acte III Scène II.

SECTION I - LA DÉCOUVERTE DU CORPS HUMAIN

96. L'exposition à la scialytique - Les progrès n'ont pas qu'un intérêt simplement technique, ce sont à la fois des instruments réels et conceptuels. S'ils autorisent de nouvelles opérations, ils entraînent dans le même temps une évolution des représentations. La médecine contemporaine va notamment avoir une influence considérable sur la pensée du corps, en déterminant les représentations légitimes et dominantes ; notamment en privilégiant une appréhension démystifiée de la corporalité. Pour reprendre la célèbre formule de Foucault[716], l'on peut ici dire de la médecine contemporaine qu'elle s'est constituée autour d'un regard tendant à rendre visible l'invisible. Animée par un désir prométhéen[717], elle s'est attachée à lever le voile entourant le corps humain et son fonctionnement, à faire surgir un « mode d'emploi » pour mieux le guérir des pathologies dont il peut être affecté.

Jusqu'alors idéalisé, le corps est objectivé. Morcelé, il devient la somme de ses différentes parties[718]. C'est la réalité du corps humain qui est posée, nommée dans ses parties, normée dans les articulations entre ces parties. Le corps est littéralement autopsié, par un morcellement continu qui efface toute unité[719]. Disséqué (**Paragraphe 1**), puis démembré (**Paragraphe 2**), le corps a ainsi progressivement été appréhendé comme une machine ; pareille à celle que Descartes définissait à sa manière pour en faire le projet même de la science et de la technique qui, disait-il, donneront aux hommes le pouvoir de se rendre maîtres et possesseurs de la nature et du vivant.

---

716 V. SHINKAI (Y), *L'invisible visible, étude sur Michel Foucault*, Thèse en philosophie, Paris, 1999.

717 Il y a ici une référence symbolique en matière de sciences biomédicales. Prométhée fut enchaîné par Zeus sur un rocher du Caucase pour avoir offert le feu sacré de l'Olympe aux hommes. Ce feu prométhéen, dérobé par ruse, est un feu technique, une procédure intellectuelle qui démarque les hommes des bêtes et consacre leur caractère de créatures civilisées. En tant qu'outil universel, le feu souligne la spécificité de l'homme, il rappelle à la fois son origine divine et sa marque bestiale ; VERNANT (J-P), *L'univers, les dieux, les hommes*, éd. Points, 1999, p. 77 ; D'abord victime de l'imprévoyance d'épiméthée, l'homme est né nu, sans chaussures, sans couvertures, ni armes. Dépourvu de l'équipement naturel permettant aux autres espèces de s'adapter à leur environnement, l'homme a suppléé cette infériorité ontologique par son génie inventif. Il s'est détourné de la bestialité et de la vie sauvage. S'affranchissant des contraintes inhérentes à sa nature, l'homme s'est attaché à connaître les lois inhérentes aux phénomènes ; finies les légendes hellènes ou les fables de nourrice, place à l'éminence de la personne dans un univers devenu chose.

718 DÉTREZ (C), *La construction sociale du corps*, éd Seuil, 2002, p. 48.

719 MARZANO (M), *La philosophie du corps*, éd. Puf, 4ème éd. 2017, p. 102.

Paragraphe 1 - Le corps disséqué

97. Du sacré à la banalité - Dès la préhistoire, le corps humain a fait l'objet de tentatives visant à procéder sur lui à des expériences curatives. L'on a même pu constater la présence d'actes chirurgicaux, notamment des traces de trépanation[720] datant de près de 3.500 ans avant notre ère. Aux premiers siècles de notre ère, l'homme curieux essaie de déchiffrer ce qu'il est, mais en même temps prépare le voyage de son corps après sa mort. Progressivement, cette période de lucidité va s'assombrir. L'Église catholique confie le corps aux clercs et il n'est plus question d'anatomie, de physiologie. Le corps est sacré. Qualifiant l'acte chirurgical de barbare, et convaincue qu'il était de son devoir de sauver les âmes et non les corps, l'Église catholique[721] a ainsi longtemps réprouvé toute intervention physique sur les tissus, notamment par incision et suture[722]. Préservé de la science, le corps a même été dressé en tabou, notamment du fait de sa propension à la corruption et au péché. Qu'il soit répandu par vanité, par cruauté ou par soif de conquête, l'Église disait-on a horreur du sang[723].

Tenu à l'écart des distinctions juridiques, le corps humain est longtemps resté noyé sous les gloses théologiques et les spéculations scolastiques. Mais en marginalisant la chirurgie, le droit canonique a aussi largement imputé les connaissances touchant à l'organisation intérieure du corps humain et à son fonctionnement. Les besoins inhérents à l'époque contemporaine et l'essor corrélatif de la médicalisation corps humain (A) finiront par sonner la fin de ce *statu quo*. Les mystères de l'anatomie humaine[724] céderont leur place une appréhension vulgarisée du corps humain (B).

---

720 Opération chirurgicale consistant à pratiquer une ouverture dans un os, en particulier dans la boîte crânienne, à l'aide d'un trépan.

721 Nonobstant le fait qu'elle attachait à certaines occasions des vertus curatives à certaines reliques en provenance de dépouilles d'individus émérites ; V. HERRMANN-MASCARD (N), *Les reliques des saints. Formation coutumière d'un droit*, Paris, éd. Klincksieck, 1975, p. 47 ; V. BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 36.

722 Grégoire III défendit toute intervention sanglante aux ecclésiastiques et aux médecins juifs alors dépositaires de l'art médical. V. BERTET (R), *Petite histoire de la médecine*, éd. L'Harmattan, 2005, p. 70.

723 V. *Concile de Tours*, 1163 ; *« Ecclesia abhorret a sanguine »*.

724 V. BOURGERY (J-B-M) et BERNARD (C), *Traité complet de l'anatomie de l'homme*, extrait, t. VI, 1866-1867.

A - LA MÉDICALISATION DU CORPS HUMAIN

Le développement corrélatif de la médecine et de la chirurgie (***1***) ainsi que l'épanouissement successif de l'anatomie et de la physionomie (***2***) ont marqué un tournant dans l'histoire. Ils ont bouleversé les représentations que tous se faisaient jusqu'alors du corps et l'ont viscéralement exposé au regard de tout un chacun ; faisant voler en éclat la vision antique, cloisonnée, éparse et théologique du monde qui dominait jusqu'alors.

1 - Médecine et chirurgie

98. Du clerc au laïc - Du haut Moyen Âge jusqu'au XIIème siècle, la médecine est l'apanage des ordres religieux. Au Vème siècle de notre ère, L'Église est dépositaire du savoir. La médecine est alors enfermée dans les monastères qui conservent encore des reliquats de culture romaine. La création des premières universités de Médecine au XIème siècle ne bouleversera pas l'ordre établi. En leurs murs, des médecins hiérarchisés et honorés enseignent à des docteurs autorisés à exercer dans le monde entier par privilège de la papauté. Leur savoir y est essentiellement livresque, ils procédaient par *lectora* et *disputatio*, autrement dit, ils étudiaient, commentaient et critiquaient les aphorismes d'Hippocrate et les préceptes de Galien[725].

Expulsés des universités, les chirurgiens étaient relégués à une caste inférieure. Exclus des études médicales, forcés de se regrouper en corporation[726], en corps de métier, les chirurgiens n'étaient - contrairement aux médecins qui vont à l'université, lisent des livres scientifiques et appartiennent aux arts libéraux - que de simples artisans qui ne font que manier le rasoir[727]. Ils deviendront subséquemment membres de la corporation des barbiers qui, comme eux, en plus de faire la barbe, pratiquent la saignée : l'acte médical le plus fréquemment utilisé dans l'histoire de l'humanité jusqu'au milieu du XIXème

---

[725] DÉTREZ (C), *La construction sociale du corps*, éd Seuil, 2002, p. 46 ; *« Au XVIIème siècle encore, Molière se moque de ces médecins qui parlent grec »*.
[726] RHEAULT (M.J), *La médecine en Nouvelle-France, Les chirurgiens de Montréal 1642-1760*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, p. 14 et s.
[727] V. BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993.

siècle[728]. Au XIIIème siècle, Jean Pitard, premier chirurgien de Louis IX, obtint néanmoins l'autorisation de former la confrérie de Saint-Côme et de Saint-Damien[729]. Plusieurs édits royaux et Règlements des prévôts vont successivement contenir des dispositions spéciales qui permettront de conclure à la distinction des chirurgiens dits de robe longue, lesquels seront désormais contraints de passer un examen devant leurs pairs, des chirurgiens dits de robe courte, ou barbiers, lesquels ne seront plus chargés que des interventions légères[730]. En 1311 un édit de Philippe le Bel précise que nul n'est autorisé à exercer la chirurgie sans avoir été examiné par des chirurgiens-jurés, demeurant à Paris, et délégués par Jean Pitard, chirugien-juré du roi, au Châtelet de Paris. Charles V dans une ordonnance du 21 juillet 1370, sur la forme du serment que les chirurgiens doivent prêter, délimite le domaine de compétence des chirurgiens ; reconnaissant notamment que le pansement des plaies et des blessures fait partie de l'art des chirurgiens. Cette reconnaissance juridique progressive de la chirurgie concorde en France avec l'essor du gallicanisme ; avec l'édification d'une pensée politique encline à limiter les interventions de l'Église catholique romaine en France.

99. Du barbier au chirurgien - Après un long enlisement pendant le Moyen Âge, la chirurgie va progressivement se libérer des contraintes spirituelles et traditionnelles. Si la chirurgie s'est démocratisée au XIIIème siècle pour des raisons médico-légales, ce n'est en effet qu'à la Renaissance, notamment avec la multiplication des armes à feu et les blessures nouvelles qu'elles engendrent, qu'elle viendra à éclore. Les circonstances vont permettre à la chirurgie d'échapper à son statut d'art mineur pour devenir progressivement une discipline à part entière. En effet, grâce à cet élan, les chirurgiens vont obtenir sous François 1er, en 1544, la même reconnaissance que les universitaires. En France, cette période sera successivement dominée par Ambroise Paré qui, de barbier, devient chirurgien du Roi Henri II. Par ses qualités d'observation, la logique de son esprit et ses facultés de déduction, il va rapidement s'imposer comme le pionnier de la chirurgie française[731].

---

728 RHEAULT (M.J), *La médecine en Nouvelle-France, Les chirurgiens de Montréal, 1642-1760*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, p. 14 et s.

729 Alors que la jambe de Giustiniano était atteinte d'un cancer, celle-ci fut amputée par Saint Côme et Saint Damien, qui remplacèrent le membre malade par celui d'un éthiopien récemment décédé. Les auteurs de cet exploit devinrent suite à cela les saints patrons des médecins et des chirurgiens.

730 Les chirurgiens n'obtiendront leur séparation d'avec les barbiers que par un édit royal de 1691.

731 *Axis l'univers documentaire*, Dossiers, Vol. 5, éd. Hachette, 1993, p. 482.

Enfin, l'année 1724 verra la consécration des chirurgiens, par lettres patentes données à Fontainebleau. Louis XV, sur sollicitation de son premier chirurgien Georges Mareschal, viendra établir cinq chaires de Professeurs au collège de chirurgie. À partir de là, plus aucune différence ne subsistera entre le médecin et le chirurgien. La chirurgie va devenir une discipline incontournable, et le corps jusqu'ici noyé sous les gloses théologiques et les spéculations scolastiques deviendra le centre de toutes les attentions.

2 - Anatomie et physionomie

100. Une exploration structurelle du corps - Entre la contestation religieuse de la réforme, l'affirmation de la chirurgie et l'invention de l'imprimerie, la Renaissance est une période particulièrement propice à une évolution de la représentation du corps humain. Les dissections humaines sont autorisées et les structures réelles du corps humain sont redécouvertes. Ce sont les débuts de l'anatomie moderne et, avec elle, de la recherche scientifique. La transmission du savoir acquiert un nouveau support : le livre. Cela permet notamment aux anatomistes italiens du XVIème siècle collaborer avec les plus grands artistes peintres de la Renaissance[732].

L'année 1543 marque à elle seule une véritable rupture avec les modes de pensées antérieurs : en astronomie, grâce à Copernic et son *De revolutionibus orbium coelestium libri VI*, et en anatomie, grâce à Vésale et son traité sur les structures du corps humain, *De humani corporis fabrica libri septem*. Véritable réformateur de l'anatomie, le travail de Vésale en anatomie humaine a été d'une ampleur équivalente à celui d'Aristote sur le règne animal[733]. Il a envisagé l'anatomie descriptive, topographique et fonctionnelle, la biomécanique et les techniques anatomiques, dont il décrit les instruments. Vésale n'affirme que ce qu'il observe lors de ses dissections et rétablit les erreurs de Galien. En comparant les anatomies animale et humaine, il note combien est trompeuse

[732] Avide de découvertes dans l'art et les techniques, Léonard de Vinci s'intéresse à l'anatomie descriptive, topographique, fonctionnelle et comparée. Il dissèque de nombreuses dépouilles, étudie le mouvement des muscles, la configuration mécanique du coeur dont il compte les battements. Il étudie aussi le rôle des poumons , la structure et le bon fonctionnement de l'oeil.

[733] ARISTOTE, *Histoire des animaux* ; *Parties des animaux* ; *Du mouvement des animaux* ; *Marche des animaux* ; *Génération des animaux*.

l'extrapolation de l'une à l'autre. Il est aisé de comprendre pourquoi les planches anatomiques de Vésale seront reprises dans l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert.

William Harvey, notamment, affirme le premier, en 1625, que le sang décrit un cycle parcourant successivement la partie gauche du coeur et les artères pour revenir à la partie droite du coeur par les veines. Il postule aussi sans le visualiser, l'existence d'un réseau de capillaires innombrables et microscopiques. À la même époque, l'anatomie devient une science à part entière, des écoles et des sociétés scientifiques se créent, de nombreux livres et atlas sont publiés et des lois sont adoptées pour contrôler l'acquisition, par la science, de dépouilles humaines[734].

101. Une contextualisation physique du corps - Durant l'Antiquité et le Moyen Âge, les inhumations se faisaient *ad sanctos*, dans un espace qui comprenait à la fois l'église et ses dépendances. Placé au milieu des habitations, au cœur de la vie publique, cet espace était, pour la population locale, un véritable lieu de vie, lieu de marché, de réunions. Le XVIIIème siècle cependant amène une évolution dans les mentalités. On s'inquiète à propos de la chimie des corps décomposés et donc à propos de leur voisinage vis-à-vis des habitations. Ce mouvement d'opinion aboutit à l'ordonnance du 5 mars 1776[735], qui interdit notamment les inhumations à l'intérieur des églises ; recommandant « *autant que les circonstances le permettent, d'éloigner les cimetières des lieux habités et de les porter en dehors des enceintes, car ils pourraient nuire à la qualité de l'air ».* Restreignant les inhumations au sein même des églises à certains cas précis, les villes et les bourgs déplacèrent leurs cimetières hors de l'enceinte des habitations.

Permettant aux médecins et aux chirurgiens d'étendre aux dépouilles leur projet global de recyclage[736], ce déplacement des lieux d'inhumation, bien que fondé sur des motivations de salubrité et d'hygiène publique, va permettre la circulation des produits humains. Le corps et ses éléments vont en effet devenir, durant leur transhumance, les objets des médecins et des chirurgiens, lesquels auront alors toute latitude pour s'adonner aux joies du recyclage. Ce passe-temps ludique, non content de favoriser l'émergence

---

[734] *Axis l'univers documentaire*, Dossiers, Vol. 1, éd. Hachette, 1993, p. 236.
[735] Cette ordonnance pose une législation d'ensemble relative aux inhumations.
[736] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 38 et 213.

d'amphithéâtres de dissection, est notamment celui par lequel l'anatomie sera contextualisée physiquement en vue de la faire voir comme une performance ordinaire. Cette médecine qui devient, à partir du XVIIIème siècle, la médecine légitime et la norme de la médecine occidentale isole le corps et l'objectivisme en connaissances biologiques. Grâce à la dissection, une idée nouvelle du corps s'affirme : il s'agit d'un corps matériel et saisissable, qui trouve dans son nouveau statut les prémisses de sa représentation.

B - LA VULGARISATION DU CORPS HUMAIN

Au XVIIème siècle, d'abord chez Bacon, puis chez Descartes apparaît l'idée moderne de la scientifisation de la médecine selon les principes de la science nouvelle, et non plus selon les convictions médicales antiques. Le corps, appréhendé comme un ensemble de tissus, une architecture d'organes, est ainsi posé comme relevant de la connaissance savante et biologique. Cette scientifisation répand l'image d'un corps machine (***1***), d'un corps transparent (***2***).

1 - Un corps machine

102. Une entité schématisée - Avec l'aide de la révolution scientifique, l'intelligence va faire voler en éclat la vision antique, cloisonnée, éparse et théologique du monde. Avec l'industrialisation, l'homme se passionne pour les machines. Le vertige de la machinisation du monde et l'exaltation de la nouveauté lui permettent de réduire la nature à de strictes expressions mathématiques ; de sorte qu'il n'existe plus rien que l'on ne puisse traduire ou expliquer scientifiquement. Il unifie ainsi le ciel et la terre en les plaçant sous la juridiction des mêmes lois physiques, les rendant ainsi explicables à partir des mêmes équations. Dépouillé de toute vie et signification, l'univers devient ainsi un ensemble d'interactions aveugles entre corps inertes[737]. L'univers est assimilé à une machine. Les phénomènes physiques s'expliquent d'après les lois de mouvements de la matière. Avec la mécanique de Newton, l'on traduit l'univers au travers la cinématique, la

[737] CHRISTOL (F), *Conférence philosophique sur la personne et l'article 16 du Code civil*, 30 novembre 2010, Avignon.

statique et la dynamique. Cette nouvelle approche rejette toute explication reposant sur le merveilleux, le surnaturel. Dorénavant, plus rien n'est magique dans la nature.

Le corps n'a pas non plus échappé à cette évolution. Ce sont les mêmes principes qui règlent la vie du corps, organisé comme une machine autour d'un coeur-bouilloire. Ainsi que Descartes le suppose : *« Le corps n'est autre qu'une statue ou machine de terre […]. Dieu met au-dedans toutes les pièces requises pour faire qu'elle marche, qu'elle mange, qu'elle respire […] »*[738]. Au XVIIème siècle, l'hypothèse cartésienne des animaux-machines, d'une nature suivant les lois de la mécanique, définit l'enjeu de la médecine moderne[739]. Avec les progrès effectués dans la compréhension de la structure de l'organisme et de ses parties, le corps humain n'échappera pas à cette entreprise. Il va devenir pareil à n'importe quelle autre machine ou entité schématisée[740] ; à ceci près que l'on ne compare pas la machine au corps, mais le corps à la machine[741]. Cette assimilation, comparable à celle suggérée par Descartes[742], marquera le caractère résolu et désuet des mystères de la vie humaine. Le corps va désormais s'expliquer par les mêmes principes physico-chimiques que tout corps physique. Il ne va se distinguer d'un corps inorganique que par son degré de complexité.

103. Une entité vulgarisée - Dans la continuité du mécanisme cartésien, se sont ainsi développées des théories mécanistes du corps. Pour le médecin et philosophe matérialiste Offray de La Mettrie, le corps humain n'est qu'une horloge. Rejetant toute forme de dualisme, il étend le principe de l'animal-machine de Descartes. À ses yeux, l'homme est une machine fort bien faite qui remonte elle-même ses ressorts qui ne sont

---

[738] DESCRATES (R), *Traité de l'homme*, 1664.

[739] DÉTREZ (C), *La construction sociale du corps*, éd Seuil, 2002, p. 47 ; *« C'est cette vision du corps, mécaniste, biologique, anatomique, qui prévaut encore dans la médecine contemporaine. Il suffit pour s'en persuader d'envisager les instruments dont elle se sert : entre le scalpel des premières dissections et le microscope à balayage électronique se trouvent certes des siècles de progrès techniques, mais une représentation analogue du corps préside à leur utilisation ».*

[740] CHRISTOL (F), *Conférence philosophique sur la personne et l'article 16 du Code civil*, 30 Novembre 2010, Avignon.

[741] LEBRETON (D), *L'adieu au corps*, éd. Métailié, 2013, p. 19 ; *« Le mécanisme donne paradoxalement au corps ses douteuses lettres de noblesse, signe incontestable de la provenance des valeurs pour la modernité. S'il n'est subordonné ou couplé à la machine, le corps n'est rien. L'admiration des biologistes ou des chirurgiens devant le corps humain dont ils essaient de pénétrer les arcanes, ou celle plus candide du profane, se traduisent par le même cri : « Quelle merveilleuse machine ». innombrables sont à cet égard les titres d'ouvrages ou d'articles qui recourent à la métaphore mécaniste ».*

[742] DESCARTES (R), *Lettre au Marquis de Newcastle*, 23 novembre 1646.

rien d'autre que la vie elle-même. Mais ces ressorts se distinguent entre eux par leur fonction et leur degré de force, et non par leur nature[743]. De La Mettrie estimait qu'il n'y a dans tout l'univers, qu'une seule substance diversement modifiée : *« Tout est fait d'une seule et même pâte »*. Il pense que la matière est animée par un principe immanent, la faculté de sentir. Il rejette donc complètement la notion d'âme : le terme « âme » désigne pour lui l'organe qui nous permet de penser, c'est-à-dire le cerveau qui doit à son tour être conçu comme étendu et matériel. Dans ce cadre toutes les fonctions jusqu'alors attribuées à l'âme sont conçues comme le résultat de certains processus physiques qui se passent dans un substrat matériel avec une organisation spécifique[744].

Au travers de la représentation scientifique, la représentation du corps prendra alors la forme de nombreuses métaphores, dont certaines, particulièrement convaincantes, hantent encore l'imaginaire collectif. C'est notamment le cas de l'emblématique « corps usine » du médecin et vulgarisateur scientifique Fritz Kahn qui compara les mécanismes de la biologie interne à autant de chaînes de montage, de hauts-fourneaux, et de tubulures[745]. L'image - bien qu'étant au service d'une idée, d'un concept et non de la réalité physique qu'elle devait expliquer - n'était pour autant pas si éloignée de la réalité intellectuelle. La médecine, qui considère les animaux, apprend que le corps est à l'opposé de l'âme, c'est-à-dire cette partie de l'animal qui est composée d'os, de muscles, de canaux, de liqueurs, de nerfs. La terminologie cartésienne est reprise, puisque le corps est défini comme cette partie de l'être. Composé de solides et de fluides, le corps est un assemblage d'un nombre infini de leviers tirés par des cordes.

---

743 V. DE LA METTRIE (J-O), *L'homme-machine*, éd. Coda, 2004.

744 MARZANO (M), *La philosophie du corps*, éd. Puf, 4ème éd. 2017, p. 39 ; *« Par conséquent, les différentes capacités des êtres vivants ne sont pas expliquées par une différence ontologique, mais par une différence physique : la diversité entre les êtres dépend de la diversité de leur organisation. D'où l'idée qu'il n'y a pas de différence essentielle entre l'homme et les autres animaux »* ; DE LA METTRIE (J-O), *Op. cit.*, p. 51 ; *« En général, la forme te la composition du cerveau des quadrupèdes sont à peu près les mêmes que dans l'homme. Même figure, même disposition partout ; avec cette différence essentielle, que l'homme est, de tous les animaux, celui qui a le plus de cerveau, et le cerveau le plus tortueux, en raison de la masse de son corps. Ensuite, le singe, le castor, l'éléphant, le chien, le renard, le chat, etc. : voilà les animaux qui ressemblent le plus à l'homme, car on remarque chez eux la même analogie graduée par rapport au corps calleux ».*

745 Surtout reconnu pour avoir piqué la curiosité de ses lecteurs en se prêtant à la narration visuelle au travers de représentations visant à expliquer des idées scientifiques complexes, Fritz Kahn, au travers du « corps usine » souhaitait représenter le corps humain comme un ensemble complexe ou chaque élément, œuvrant comme un seul, rempli une tache spécifique mais néanmoins collective ; KAHN (F), VON DEBSCHITZ (U) et (T), *Resprésentation du « corps-usine »*, éd. Taschen.

2 - Un corps transparent

104. L'imagerie structurelle - Il est dit d'un corps qu'il est transparent lorsqu'il laisse transparaître la lumière par réfraction ; lorsque celle-ci permet d'en distinguer nettement les contours[746]. Cette transparence s'attache à rendre davantage visible ce qui l'est déjà ou à rendre visible l'invisible.

Dès le XIXème siècle, les médecins commencent à photographier les anomalies rencontrées chez leurs patients. L'endoscope permet ensuite d'explorer l'intérieur du corps vivant, livrant les premières images de l'estomac, de la vésicule et du larynx. La manière de voir et d'appréhender le corps humain va considérablement changer, notamment avec les progrès qui seront accomplis dans le domaine de la radiographie. La première image radiologique[747] effectuée par Wilhelm Röntgen en 1895 est d'ailleurs l'une des plus grandes révolutions de l'histoire de la médecine ; à tel point que jusque dans les années 60, les progrès réalisés furent essentiellement des perfectionnements technologiques de la radiologie dite « classique » et de la scintigraphie.

Mais si la radiographie est toujours la technique la plus répandue, elle a tout de même fini par être rejointe par d'autres technologies. Avec le développement de la physique, et plus particulièrement de la physique atomique, l'imagerie s'est en effet considérablement enrichie avec l'apparition et le développement de l'échographie ultrasonore, de la tomodensitométrie X (scanner), de la caméra à scintillations, des topographes à émission par photon unique et positons, de l'angiographie numérisée, de la résonance magnétique nucléaire (IRM). Les progrès de la microélectronique et de l'informatique sont à l'origine de cette explosion de l'imagerie médicale, qui de technique parmi d'autres, est devenue une discipline à part entière. C'est aussi depuis les années 60 que l'imagerie médicale a connu une évolution irréversible vers la numérisation des informations acquises[748].

---

[746] *Axis l'univers documentaire*, Dictionnaire, Vol. 6, éd. Hachette, 1993, p. 3085.
[747] Prise le 22 décembre 1895, la première radiographie de l'histoire est celle de la femme du docteur Wilhelm Röntgen.
[748] *Axis l'univers documentaire*, *Op. cit.*, Vol. 3, éd. Hachette, 1993, p. 1352.

105. L'imagerie fonctionnelle[749] - Depuis la première radiographie en 1895, l'imagerie médicale a fait des progrès saisissants. Révolutionnant la médecine, elle a permis de visualiser les os, les tissus et les organes de façon toujours plus précise et moins invasive. Ces techniques ont grandement facilité le diagnostic et le recours à la chirurgie. Elles ont offert à la médecine la capacité de visualiser indirectement l'anatomie, la physiologie ou le métabolisme du corps humain, et donc de mieux comprendre l'agencement, mais aussi le fonctionnement de certains organes jusque-là impénétrables. Grâce à elles, le corps s'offre au regard de tous. L'image perd alors sa qualité de reflet pour s'affirmer comme présentation de l'objet, là où elle n'était auparavant que sa représentation. La vérité et l'image collent désormais l'une à l'autre. Le corps, alors séparé du monde, ne s'inscrit plus dans une cosmogonie générale et se coupe même de l'individu : de la radiographie qui livre le squelette derrière la peau à l'imagerie cérébrale fonctionnelle qui livre l'activité cérébrale, il s'est instauré un rapport d'étrangeté avec soi-même, une distance avec son « moi charnel »[750].

L'imagerie permet de dévoiler le fonctionnement d'organes tels que le cerveau, dont elle a, par exemple, totalement bouleversé la vision traditionnelle. Désormais, le regard non invasif remplace le regard chirurgical. L'anatomie et l'activité cérébrales sont visibles sans ouvrir la boîte crânienne. Les techniques récentes d'imagerie cérébrale ont permis de mettre en évidence des réponses fonctionnelles à des récits verbaux évoquant des événements majeurs de la vie de l'individu, tant pour des patients en coma réactif que pour un patient en état végétatif permanent, l'existence de parties fonctionnelles ne présume pas un cerveau fonctionnel, et l'existence d'un traitement d'une information ne préjuge pas de la capacité de conscience. Chaque région du cerveau joue un rôle plus ou moins particulier. Un des secrets du cerveau réside dans son architecture : fonction et localisation sont étroitement liées à tous les niveaux, ce qui explique l'importance de la

---

[749] Alors que l'imagerie structurelle permet d'identifier, de localiser et de mesurer les différentes parties de l'anatomie, l'imagerie fonctionnelle est un procédé d'imagerie dont le but est d'apprécier localement une ou plusieurs fonctions physiologiques ou métaboliques d'un organe.

[750] DÉTREZ (C), *La construction sociale du corps*, éd Seuil, 2002, p. 49 ; *« Non seulement les décors qui, chez Vésalé, inscrivent derrière le corps de l'écorché l'univers extérieur et insèrent ainsi l'existence humaine dans son environnement disparaissent, mais les imageries modernes livrent désormais des « dissections » intérieurs sans rapport avec l'image du corps vulgairement partagée »* ; *« Ce corps appréhendé comme une ensemble de tissus, une architecture d'organes, est ainsi posé comme extérieur, étranger à l'individu, et relève de la connaissance savante et biologique »*.

neuroimagerie[751]. Le seul fait d'évoquer une image mentale, d'imaginer un mouvement suffit effectivement à entraîner la stimulation d'une ou de plusieurs parties du cerveau. Chaque partie correspond a une fonction spécifique, et chaque comportement se retrouve dans des zones tout à fait distinctes. L'imagerie cérébrale fonctionnelle montre ainsi les corrélats de la pensée.

La loi détermine l'admissibilité et la force probante de chaque moyen de preuve[752]. Les faits juridiques peuvent être prouvés par tout moyen[753] ; *« le principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même n'est pas applicable à la preuve d'un fait juridique »*[754]. En droit pénal, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction[755]. La question de l'administration de la preuve est gouvernée par un principe de liberté. Contrairement aux empreintes génétiques, qui font l'objet de règles spéciales dans le Code civil et dans le Code de procédure pénale[756], l'imagerie médicale relève pour l'essentiel du droit général de la preuve. L'imagerie structurelle peut attester devant un tribunal qu'un choc a établi une lésion. Les images cérébrales sont de plus en plus utilisées en justice sous la forme de scanner et d'IRM anatomiques. Établissant des liens entre l'activité du cerveau et le comportement, l'imagerie cérébrale peut être sommée par des experts judiciaires de dire la vérité sur les aptitudes ou le comportement d'une personne[757]. Avec son concours, il est possible de plaider qu'une personne souffre de troubles psychiques, qu'elle ment ou qu'elle a une propension à la violence[758].

---

751 OPECST, *Exploration du cerveau, neurosciences : avancées scientifiques, enjeux éthiques*, Compte rendu de l'audition publique ouverte à la presse du 26 mars 2008, p. 10 et s.

752 Art. 1363 à 1386 du Code civil.

753 Art. 1358 du Code civil.

754 Cass. civ. 1ère, 1er octobre 2014, n° 13-24.699.

755 Art. 427 du Code de procédure pénale.

756 *Supra.* n° 52.

757 LASSAGNE (F), « L'imagerie médicale n'est pas faite pour les tribunaux », *Science&Vie*, n° 1139, août 2012, p. 48.

758 Dès 1992, aux Etats-Unis, c'est grâce à ce type d'informations présentées par la défense que l'accusé d'un procès vit sa responsabilité atténuée dans le meurtre de son épouse. Un examen d'imagerie cérébrale avait en effet mis en évidence un kyste sur ses méninges, responsable d'une inflammation des tissus ayant pu entraîner des lésions au niveau du lobe frontal. Sur la base de ces éléments et de diverses expertises complémentaires, la cour avait finalement admis que l'accusé souffrait d'une *« déficience de ses fonctions exécutives » ;* Supreme Court of Illinois, *The People c/ Weinstein*, 1966.

Paragraphe 2 - Le corps démembré

106. L'extériorisation des éléments et produits humains - Isolé de la personne, le corps devient l'objet d'une curiosité que plus rien ne désarme. Outre le fait de donner à voir aux visiteurs d'un musée des momies extraites de leur sépulture ou des reliques, les progrès en matière de conservation ont aussi ouvert à ce propos la marche à une réelle émancipation physique et pratique des éléments et produits issus du corps humain. Elles ont à la fois permis de sauvegarder ces composantes à des fins culturelles et scientifiques, mais aussi à des fins thérapeutiques. Du formol[759] aux solutions de cardioplégie, la conservation est devenue un instrument indispensable à la médecine contemporaine, un moyen de repousser les limites imposées par la corporalité. Dès lors s'est imposée la nécessité de procéder à un encadrement juridique touchant à l'exploitation et à l'utilisation de ces ressources nouvelles. Étant donné que le droit civil ne connaissait pas la nature du rapport de droit que l'individu entretient avec son corps, il lui a fallu élaborer un droit spécifique et adapté aux nouvelles pratiques.

De la même manière que l'homme s'est adapté et a domestiqué son environnement, le droit s'est adapté à cette réalité nouvelle. Il a progressivement élaboré un cadre normatif spécifique à chaque opération. Les produits détachés du corps humain (A), comme les éléments eux-mêmes détachés (B) ont ainsi chacun été l'objet d'une réglementation touchant à leur prélèvement et à leur utilisation.

A - LES PRODUITS DÉTACHÉS DU CORPS

De manière naturelle et périodique, le corps humain engendre plusieurs produits. Avec le concours de la technique, ces produits sont désormais utilisables à des fins thérapeutiques. Le sang, son plasma et leurs dérivés (***1***), comme les cellules participant à la reproduction (***2***), peuvent ainsi, suivant certaines conditions, être amenés à circuler.

[759] En 1868, un chimiste allemand du nom de August Wilhelm von Hofmann met au point - sur la base d'une molécule découverte en 1859 par Alexandre Boutlerov - une solution liquide d'aldéhyde formique aux propriétés antiseptiques et fixatrices. Utilisé pour la première fois en 1879, dans le cadre d'une application thanatologique et thanatopraxique sur la dépouille de Léon Gambetta, le formol s'imposa rapidement comme un composant essentiel de la conservation des tissus et organes.

1 - Le sang, son plasma et leurs dérivés

107. Un droit du sang - Avant le sang, l'utilisation des différents produits humains n'a été que peu commentée[760]. Ne présentant aucun caractère personnel, l'utilisation des sécrétions et produits en provenance du corps humain n'a jamais donné lieu à discussion[761]. Qu'il s'agisse des cheveux, des ongles, de la salive, de la cire, de l'urine ou du lait, les produits non vitaux apparaissaient sans trop de problèmes comme des choses vendables[762]. Le sang, en revanche, est un produit hautement personnel absolument nécessaire à la conservation de la personne. Tissu à haute valeur symbolique, véhicule des éléments indispensables à la vie, le sang symbolise la vie, la parenté ou la famille. C'est très certainement pour cette raison qu'il a été plus difficile de concevoir son utilisation et son aliénation. Or, nul ne dément plus l'intérêt que présente aujourd'hui la transfusion de sang. Depuis la découverte de l'Autrichien Karl Landsteiner de l'existence de différents groupes sanguins, et la réalisation à grande échelle - et avec succès - des transfusions[763], la pratique est allée jusqu'à s'imposer comme une nécessité d'intérêt général.

S'il n'est pas le premier à avoir circulé, le sang est par contre le premier dont la circulation a réellement été organisée. Le Professeur Savatier avait lui-même relevé que le sang ne circulait plus seulement dans les veines de celui à qui il permet de vivre. Prélevé, il coule désormais plus loin, pour être injecté dans les veines d'autres personnes. À travers tout ce circuit, il entre dans le domaine du droit[764]. C'est ainsi que, contraints par l'intérêt croissant suscité par les bénéfices de la transfusion, les civilistes durent se résoudre à lui accorder un régime juridique. Le 21 juillet 1952, ils donnèrent donc naissance à la première loi au monde sur la transfusion sanguine[765]. Appréhendant pour la première fois

---

[760] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 81.

[761] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 340.

[762] CABRILLAC (F), *Le droit civil et le corps humain*, Thèse, Montpellier, 1962, p. 142.

[763] Appliquées par les médecins militaires dès le début de la première guerre mondiale, les premières « vraies » transfusions sanguines ont rencontré de grandes difficultés dans leur mise en œuvre. S'effectuant sur le champ de bataille, entre le donneur et le receveur, directement de bras à bras, la réussite du procédé relevait encore principalement du hasard. Sur le terrain, la capacité à dissocier le prélèvement du sang du donneur et sa transfusion chez le receveur va très largement faciliter l'utilisation du sang. Consistant à prélever le sang en présence de citrate, les premières techniques étaient certes rudimentaires, mais très efficaces.

[764] SAVATIER (R), « De sanguine jus », *D.* 1954, p. 142.

[765] Loi n° 52-854 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et leurs dérivés ; ann. n° 1.

le sang, le plasma et leurs dérivés, la loi se positionnait de sorte que ces produits ne puissent être utilisés que sous contrôle médical et à des fins strictement thérapeutiques ou médico-chirurgicales. La loi, ses travaux préparatoires et les commentaires dont elle fut l'objet articulèrent cependant tout le système d'insertion du sang dans le droit autour d'une simple définition négative : le sang n'est ni une marchandise ni une chose. Le professeur Jean-Pierre Baud remarque que cette circonstance aurait pu être une excellente occasion de réfléchir sur la nature juridique du sang. Mais le législateur a fourni des solutions qui furent jugées si bonnes que les autorités doctrinales refusèrent de poser la question de la « réalité » du sang[766].

La loi a établi le principe de la gratuité du don et celui de l'absence de profit dans la distribution du sang, de son plasma et de leurs dérivés. Le sang ne peut ainsi être prélevé que par un docteur en médecine ou sous sa direction et sa responsabilité. Les produits sont ensuite déposés soit dans des établissements de préparation autorisés à les préparer, soit dans les établissements de soins désignés par le ministre de la Santé.

108. Un usage réglementé du sang - En tant que matière première, le sang issu des dons a consécutivement été distingué des produits dont il permet l'élaboration. Par une directive du 14 juin 1989[767], le conseil des communautés européennes a attribué aux produits sanguins issus du traitement final des prélèvements le statut de médicaments soumis au principe de libre circulation des marchandises. Le 4 janvier 1993[768], le législateur a consacré l'évolution de la pratique transfusionnelle qui a distingué les produits labiles et les produits stables dérivés du sang. Le législateur a en effet été obligé de distinguer les produits sanguins labiles, comprenant notamment le sang total, le plasma, les cellules sanguines d'origine humaine, et les produits stables préparés industriellement qui constituent des médicaments dérivés du sang.

---

[766] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 192.

[767] Directive européenne n° 89-381 élargissant le champ d'application des directives 6565 CEE et 75319 CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques, et prévoyant des dispositions spéciales pour les médicaments dérivés du sang ou du plasma humain.

[768] Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament ; ann. n° 2.

L'introduction de ce terme de médicament est toutefois lourde de conséquences. L'on admet que le sang recèle en lui un régime dual et hybride : il est médicament en ses produits sanguins stables et il ne l'est pas en ses produits sanguins labiles[769]. Ce caractère ambivalent trahit la présence de la dichotomie personne/chose. Si les produits labiles sont attachés à la personne, les produits stables dérivés du sang tendent quant à eux à être considérés comme des choses. Préparés, conservés, tarifés et distribués, ils revêtent d'ailleurs un aspect hautement contractuel. Sur ce point, l'évolution contraste autant avec la pratique hygiéniste hippocratique et galienne, qu'avec les tabous métaphysiques qui perdurent depuis la plus haute Antiquité. La vulgarisation du langage ethnologique fait parler à ce propos de violation de ces tabous[770], celui qui affecte le fluide vital en ses deux formes : le sang, mais aussi les cellules participant à la reproduction[771], lesquelles, avec les premières réussites en matière d'inséminations humaines artificielles, ont à leur tour gagné à être individualisés.

2 - Les cellules participant à la reproduction

109. Un droit des gamètes - *« La première transfusion du fluide vital fut l'accouplement »*[772]. Dans un premier temps naturelle, celle-ci s'est ensuite faite de manière artificielle. Au XIXème siècle, Arnaud de Villeneuve, médecin des rois et des papes, aurait même tenté de procéder à une insémination artificielle sur l'épouse du roi Henri IV[773]. En dehors de cette singulière tentative, c'est lors la seconde moitié du XIXème siècle que commencent à être relevées les inséminations humaines réussies, avec du sperme frais. C'est en 1954 aux États-Unis que la première insémination avec du sperme cryoconservé a été pratiquée avec succès[774]. En France, cette pratique a commencé

---

769 JACOTOT (D), « L'inclusion des produits sanguins labiles dans le régime du médicament », *RDSS*, 1997, p. 558.

770 V. TERRE (F), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, éd. LGDJ, 2014.

771 ROUX (J-P), *Le sang, mythes, symboles et réalités*, éd. Fayard, 1988, p. 58 ; BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 205 ; *« On sait que l'ethnologie et l'histoire religieuse montrent une constante assimilation du sang et du sperme, les deux faisant l'objet d'interdits identiques et souvent conjoints ».*

772 BAUD (J-P), *op. cit.*, 1993, p. 113.

773 BRIAND (S), *Les problèmes posés par le don de sperme dans l'insémination artificielle hétérologue*, Thèse médecine, Rennes, 1981, p. 12.

774 JONDET (V-M), *Conservation du sperme humain dans l'azote liquide*, Thèse médecine, Rennes, 1974.

dans l'anonymat et le secret des cabinets médicaux. L'insémination artificielle avec donneur ayant été condamnée par l'Église catholique en 1897 ainsi que par l'académie des Sciences morales et politiques en 1949, pour *« atteinte aux assises du mariage de la famille et de la société »,* les banques de sperme ne verront officiellement le jour qu'en 1973, à l'hôpital Necker par le docteur Netter et au Kremlin-Bicêtre par le docteur David, lequel fondera les centres d'études et de conservation des oeufs et du sperme (CECOS) installés auprès d'hôpitaux publics[775].

En France, il existe aujourd'hui plus d'une vingtaine de centres d'études et de conservation des oeufs et du sperme composés d'équipes médicales pluridisciplinaires. Chaque centre applique des règles de sécurité sanitaire en effectuant des tests sérologiques et génétiques, si nécessaire, sur les donneurs ainsi que des analyses sur le sperme recueilli afin de vérifier l'absence d'infection. Le don de spermatozoïdes est confié à des praticiens exerçant dans des organismes publics ou privés à but non lucratif. Le don d'ovocytes se pratique dans des centres d'assistance médicale à la procréation au sein d'établissements de santé autorisés par l'Agence régionale de santé après avis de l'Agence de la biomédecine. En France, les centres d'assistance médicale à la procréation, composés d'équipes médicales pluridisciplinaires, pratiquent l'activité de don d'ovocytes. Ces centres sont chargés des activités cliniques comportant le recueil des cellules reproductrices par ponction en vue d'un don et des activités biologiques concernant le recueil, le traitement et la cession d'ovocytes en vue d'un don. À la différence du recueil de sperme, le prélèvement d'ovocytes est un acte médical dont les risques ne sont pas sous-estimés[776].

110. Un usage réglementé des gamètes - Communément les cellules reproductrices sont considérées comme des éléments radicalement différents des autres produits. Si le sang est utile à la santé d'une personne, les gamètes permettent d'engendrer une nouvelle vie[777]. Elles appartiennent plus au domaine de l'être qu'à celui de l'avoir.

---

[775] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 88.
[776] FRYDMAN (V-R), *Don et utilisation des ovocytes*, Actes du Colloque Génétique procréation et droit, Actes sud, 1985.
[777] V. CCNE, *État des études conduites par le Comité concernant les dons de gamètes et d'embryons*, Avis n° 18, 15 décembre 1989.

Comme le sang et même davantage que lui, les gamètes concentrent la quintessence de la sacralité corporelle. Ces cellules sont comme un dépôt inaliénable et sacré ; de sorte que ceux qui s'en délivrent n'en auraient aucune disposition[778]. Toutefois, s'il peut paraître choquant de qualifier les gamètes de choses en raison des liens qu'ils entretiennent avec la personne, la réalité du don les place - tout comme le sang - dans un système similaire de collecte et de distribution. Les pratiques médicales, par delà les réticences, procurent aux gamètes un caractère réel[779]. Rendus anonymes, ils deviennent impersonnels, ils sont traités comme des choses qui deviennent, de fait, sinon en droit, disponibles entre les mains des biologistes et donc objets de pouvoir, de cession, et de prix[780], les gamètes sont des choses qui, cependant, commandent un régime juridique propre. Une fois recueillis, seule leur utilisation aux fins de procréation est autorisée par la loi. Même si les produits ne représentent pas un marché rentable pour les établissements en charge de leur gestion, les produits sont tous tarifés. Comme pour le sang[781], le prix des cellules reproductrices est fixé par arrêté ministériel. Il est dès lors possible de rejoindre Irma Arnoux sur le fait que ce prix semble bien correspondre à un prix de vente d'une chose. D'autant que les revenus des centres proviennent de la vente des cellules recueillies auprès des couples[782].

B - LES ÉLÉMENTS DÉTACHÉS DU CORPS

Dans les années 50, seuls quelques spécialistes pouvaient penser qu'il serait un jour possible d'échanger un organe ayant perdu sa fonction physiologique contre un autre parfaitement sain. L'utilité née de cette faculté nous a aussi donné à repenser nos rapports au corps ; de sorte qu'il y a un avant-loi Caillavet (***1***) et un après-loi Caillavet (***2***), un avant décembre 1976 et un après.

---

[778] CORNU (G), *Droit civil, La famille*, éd. Montchrestien, 9ème éd., 2006, n° 306.

[779] GALLOUX (J-C), « Le statut des gamètes humains en droit français contemporain », *RD McGill*, 1995, p. 993.

[780] LABRUSSE-RIOU (C), « La procréation artificielle, question de droit ? », *Proje*t, n° 195, 1985, p. 120.

[781] Art. L.1221-9 du Code de la santé publique ; *« Un arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale fixe les tarifs de cession des produits sanguins labiles. Pour les départements d'outre-mer et pour Saint-Barthélemy et Saint-Martin, un arrêté des ministres chargés de l'outre-mer, de la santé et de la sécurité sociale peut déterminer des majorations aux tarifs fixés en application de l'alinéa précédent. Ces majorations prennent en compte les frais particuliers qui, dans chacun de ces départements, grèvent le coût des produits sanguins labiles par rapport à leur coût en métropole ».*

[782] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 91

1 - L'avant-loi Caillavet

111. La loi sur la liberté des funérailles - La courte histoire des greffes, tant dans la recherche que dans la pratique, donne toute leur valeur aux progrès accomplis[783]. Rendues possibles par les évolutions de la technique, notamment en matière de chirurgie, de conservation et d'imagerie, les premières opérations prometteuses commencèrent dès le début des années cinquante, avec en 1952 la première transplantation rénale, en 1957 la première greffe de moelle osseuse et en 1963 la première transplantation hépatique. Pour autant, il n'existait - comme pour le sang - encore aucune législation spécifique[784]. Le respect du corps humain après la mort a même longtemps été un obstacle aux prélèvements d'organes sur des dépouilles aux fins de transplantations[785].

À cette époque, les seules règles de droit applicables sont issues d'une loi du 15 novembre 1887[786]. L'on admet qu'une personne capable est libre de régler par testament le sort de sa dépouille mortelle, de mener comme elle l'entend ses propres funérailles. Suivant cette liberté, elle peut parfaitement léguer son corps, et donc les éléments qui le composent, aux faveurs de la recherche et de l'enseignement médical[787]. Ce n'est donc qu'indirectement que le texte s'applique aux opérations de prélèvement et de greffe. Il ne s'agit pas d'appréhender directement leur réalisation dans un cadre thérapeutique, mais de parfaire leur élaboration dans le huis clos des laboratoires. Les premières greffes se réalisent ainsi en dehors de tout cadre légal. Il existe à leur sujet un évident vide juridique qui, même s'il a certainement permis aux recherches de ne pas souffrir d'une trop grande restriction, n'a pas non plus permis à la pratique de se développer dans de bonnes conditions. Le fait est qu'il est encore difficile de traiter le corps comme un ensemble de choses potentiellement utiles et disponibles ; rappelons que le corps humain, c'est la personne.

---

783 *Axis l'univers documentaire*, Dossiers, Vol. 5, éd. Hachette, 1993, p. 134.

784 LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 313.

785 VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1 , éd. LGDJ, 37ème éd., 2017, n° 105.

786 Ce texte est par ailleurs toujours en vigueur aujourd'hui.

787 Sous réserve cependant que la personne ait pris de son vivant les dispositions permettant de donner son corps à la science. Dans le cas contraire on présumait qu'elle entendait refuser tout prélèvement *post mortem*.

112. La loi Lafay - Le 7 juillet 1949, le législateur s'est résolu à autoriser les prélèvements après le décès en vue de la greffe de cornée[788]. Suivant l'article 1 de la loi Lafay : *« Les prélèvements anatomiques effectués sur l'homme en vue de la pratique de la kéroplastie (greffe de la cornée) peuvent être effectués sans délai et sur les lieux mêmes du décès chaque fois que le de cujus a, par disposition testamentaire, légué ses yeux à un établissement public ou à une oeuvre privée, pratiquant ou facilitant la pratique de cette opération. Dans ce cas, la réalité du décès devra avoir été préalablement constatée par deux médecins, qui devront employer tous procédés reconnus valables par le ministre de la Santé publique et de la population. Ils devront signer un procès-verbal de constat du décès relatant notamment la date et l'heure du décès, ainsi que les procédés utilisés pour s'assurer de sa réalité »*[789].

La loi Lafay va toutefois demeurer le seul texte spécifique en la matière. Or, se limiter à un seul organe devient vite un frein au progrès médical, et surtout ne permet pas de répondre à une demande en constante augmentation. Aussi, à partir des années 50, cette absence de réglementation, qui auparavant permettait aux recherches de ne pas souffrir d'une trop grande restriction, se révèle dorénavant être un frein pour les chercheurs. Elle ne permet ni de favoriser le développement des transplantations ni de satisfaire une demande en organes sans cesse croissante.

2 - L'après-loi Caillavet

113. Un droit de la greffe - Forcé par la découverte successive de l'effet des transfusions sur la tolérance vis-à-vis des greffes et l'apparition de la ciclosporine, laquelle neutralise la réaction immunitaire contre le greffon[790], le droit civil moderne a commencé à cette époque à entrevoir la réalité du corps. En décembre 1976[791], le droit se résout enfin à appréhender tous les éléments du corps étant susceptibles d'être prélevés et transplantés[792].

---

[788] 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 ; ann. n° 3.
[789] Art. 1 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.
[790] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 105.
[791] Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes ; ann. n° 4.
[792] À l'exclusion cependant du sang et de la cornée, lesquels faisaient déjà l'objet de textes spécifiques.

Le législateur a ainsi choisi d'adapter les organes disponibles aux besoins grandissants, en consacrant une présomption de consentement aux prélèvements après décès. De manière générale, il est prévu qu'en vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti[793].

En parallèle, les vivants sont présumés consentir aux prélèvements effectués sur leur corps après leur mort. Des prélèvements peuvent ainsi être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur la dépouille d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement[794]. Il s'agit d'une présomption irréfragable[795]. Le décret n° 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 précise en ce sens les modalités selon lesquelles le donneur vivant ou son représentant légal est informé des conséquences éventuelles de sa décision et exprime son consentement, les modalités d'expression du refus ou de l'autorisation de procéder aux prélèvements après décès, les conditions et procédure d'autorisation des établissements en vue d'effectuer des prélèvements après décès et les modalités et la procédure de constatation de la mort[796]. De son côté, la circulaire du 3 avril 1978, concernant le décret du 31 mars 1978, apporte certaines précisions quant à l'expression du refus de prélèvement, l'information des personnes hospitalisées et de leur famille, les différents cas où le médecin doit s'abstenir ou limiter les prélèvements, ou encore les exigences à respecter par les médecins chargés du prélèvement.

114. Un usage encadré des prélèvements - Il s'agit d'une période importante[797], tant en matière de droit des personnes qu'en matière de droit des choses[798]. Premier texte juridique qui régit d'une façon précise et générale les prélèvements d'organes sur les dépouilles ou sur les sujets vivants, la loi Caillavet a posé les bases juridiques non

---

[793] Art. 1, al.1., de la Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

[794] Art. 2, al.1., de la Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

[795] S'il s'agit de la dépouille d'un mineur ou d'un incapable, le prélèvement en vue d'une greffe ne peut être effectué qu'après autorisation de l'autorité parentale ou de son représentant légal ; V. CE, 17 février 1988, n° 65436, *Camara*.

[796] Art. 4 de la Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

[797] Notamment avec la première transplantation cardiaque effectuée en décembre 1967.

[798] DAVID (A) *Matière, machines, personnes*, éd. Bordas, 1973, p. 11 ; *« L'année 1967, année de la première greffe du coeur, a été sous doute une date importante : celle de la séparation d'avec le corps »*.

seulement en matière de don d'organes, mais aussi de tissus. Elle a notamment fixé de nombreux principes tels que celui de la non-patrimonialité : *« Sans préjudice du remboursement de tous les frais qu'ils peuvent occasionner, les prélèvements visés aux articles précédents ne peuvent donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire »*[799]. La loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes apporte ici une innovation fondamentale. Pour autant, même si elle précise que lesdits prélèvements ne peuvent donner lieu à rémunération, elle reste silencieuse relativement à la nature des organes ainsi prélevés.

Manifestant à leur tour leur capacité à exister indépendamment de la personne, les organes sont en effet devenus, comme le sang avant eux, des entités successibles d'utilités. La pratique des transplantations et le marché qui s'organise, pourtant, font que les organes et tissus, malgré les dénégations, tendent de plus en plus à être assimilés à des choses[800]. Qu'ils soient issus d'un corps vivant ou bien du corps d'un mort, ils sont en effet considérés par l'expérience et la pratique comme des choses, dans l'échange, dans le marché. Ainsi que l'avait suggéré le professeur David, dans sa thèse[801] : *« Le corps anonyme et interchangeable étranger à la personne s'est donc éloigné de celle-ci alors que les machines au contraire se sont rapprochées du corps. Elles prolongent, remplacent et éliminent ce corps bien aimé en rendant les mêmes services, passagers et imparfaits ».* La transplantation, bien que destinée à la sauvegarde physique de la personne, sous-tend, tant par la manière dont elle perçoit le corps que par la méthode employée, une réification de la chair et de l'individu dans sa globalité. Finies les légendes hellènes[802] ou les fables de nourrice[803], il s'agit désormais de faire place à l'éminence de la personne dans un univers devenu chose. Immobile et insécable, elle n'est plus seulement un corps, mais a un corps.

---

[799] Art. 3 de la Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

[800] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 106 ; *« Le régime mis en place depuis 1976, la pratique des transplantations et le « marché » qui s'organise font des organes et tissus, malgré les dénégations, des choses »*.

[801] V. DAVID (A), *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses*, Thèse, Paris, 1953.

[802] V. VERNANT (J-P), *L'univers, les dieux, les hommes*, éd. Seuil, 1999, p. 77.

[803] Façon que Platon a de nommer ce qui passe d'une génération à la suivante en dehors de tout enseignement officiel.

SECTION II - LA NAISSANCE D'UN DROIT DU CORPS HUMAIN

115. L'éveil de la normativité - La réalité corporelle du sujet a longtemps obligé le droit à reconnaître le corps humain comme une partie intégrante du sujet, et non comme un objet extérieur au sujet[804]. Le concept anthropomorphique de sujet de droit ayant occulté la réalité corporelle, le corps humain a essentiellement été appréhendé par l'intermédiaire de la personne physique elle-même. Support de la personne et de la personnalité, il se devait ainsi d'être traité comme elle, autrement dit, au travers du droit des personnes[805]. Le droit civil méconnaissait alors la nature du rapport de droit que l'individu entretient avec son corps[806]. Certes, le législateur, de longue date, s'est penché de façon diversifiée sur les problèmes de santé. Mais malgré les réformes relatives aux transfusions et aux prélèvements, et la possibilité corrélative de voir circuler certains éléments et produits issus du corps humain, il n'existait aucun droit spécifique au corps humain. Le corps était protégé sans être vu[807]. Pour qu'un tel droit soit inventé, il aura fallu que les avancées des sciences médicales se conjuguent à l'horreur de l'eugénisme nazi. Ce n'est que poussés dans leurs derniers retranchements, lorsqu'après avoir sorti quelque chose de vivant du corps leur fut posée la question de sa nature et de ce que l'on peut matériellement et vraisemblablement en faire, que les civilistes ont enfin vu le corps.

Les progrès en matière de sciences du vivant ont rapidement provoqué un éveil de la normativité. L'évolution des moeurs s'est alors accompagnée d'une évolution du droit (**Paragraphe 1**). La question s'est toutefois posée de savoir quelle devait être la nature des principes qui viendraient encadrer la réalisation des opérations. De l'éthique à la bioéthique (**Paragraphe 2**), il a en effet été nécessaire de choisir laquelle serait la plus appropriée pour traiter des conséquences contemporaines desdites opérations.

---

[804] *Supra.* n° 55 ; *« La corporéité de la personne et du corps se fonde conformément à la vision aristotélicienne sur leur identité substantielle, en ce sens qu'il n'y a pas à rechercher si la personne et le corps sont une seule chose, pas plus qu'on ne le fait pour la cire et l'empreinte, ni d'une manière générale, pour la matière d'une chose quelconque et ce dont elle est la matière ».*

[805] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 56.

[806] LABRUSSE-RIOU (C), « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Rev. française d'études constitutionnelles et politiques*, janvier 1991, n° 56.

[807] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 12.

Paragraphe 1 - Évolution des moeurs, évolution du droit

116. Un renouvellement de la pensée juridique - Le pouvoir médical n'a pas pour seule finalité d'étudier et de guérir les maladies, il a des rapports intimes avec l'organisation sociale. Souvent, il aide le magistrat dans son application. Toujours il veille, avec l'administration, au maintien de la santé publique. Quelquefois, il aide le législateur dans la confection des lois[808]. Droit et pouvoir médical se rencontrent ainsi en maintes occasions. À tel point qu'il a parfois été soutenu que le savant et l'ingénieur, en raison des modifications que leurs travaux suscitent, contribuent plus à la formation du droit que les juristes eux-mêmes[809]. Dans cette mesure, les possibilités tirées du corps mettent fin au silence des processus corporels naturels et ouvrent l'espace de la revendication des corps[810]. Quand une situation change en raison d'un progrès scientifique, le droit se doit de se modifier pour la régir. Il peut tout aussi bien être désireux de faire progresser la science et modifier la législation pour permettre le progrès, comme au contraire s'y opposer s'il estime que ledit progrès suppose un risque déraisonnable au vu de ce qu'il apporterait. Cette évolution a su mettre en avant la revendication de nouveaux droits, de nouvelles libertés, tant de la part des simples particuliers que des chercheurs et des industriels.

Le droit est dès lors au centre de deux courants globalement antagonistes. D'une part, il lui faut promouvoir le progrès scientifique (A). D'autre part, il lui faut aussi veiller à la protection de la dignité humaine (B).

A - LA PROMOTION DU PROGRÈS SCIENTIFIQUE

Les progrès réalisés dans le domaine du vivant ont bouleversé nos comportements, nos habitudes, et plus globalement notre mode de vie. La sécurité juridique pour objet (***1***) et la réalité scientifique pour modèle (***2***), ces progrès sont à l'origine d'une transformation sensible du droit positif.

---

808 BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 158.

809 V. BINET (J-R), *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, éd. Puf, 2002.

810 MARCUZZI (M), *La revendication des corps, Le corps et ses représentations*, Dir. DOCKES (E) et HUILIER (G), éd. Litec, 2001, p. 3 ; V. POPPER (K), *La société ouverte et ses ennemis*, éd. Seuil, 1979 ; HABERMAS (J), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, éd. Gallimard, 1997.

1 - La sécurité juridique pour objet

117. Le vide juridique - Constatant que la nature exige que tout espace soit nécessairement occupé par quelque chose, même si cette chose est incolore ou inodore, Aristote avait noté que celle-ci a horreur du vide. Pensé comme un *ars* qui se doit d'imiter la nature[811], le droit partage cette même horreur. Communément définie comme une absence de normes applicables à une situation donnée, comme un espace dans lequel il n'y a pas de droit, la version juridique de ce vide terrifie le législateur[812]. La raison tient sans doute au fait que celui-ci draine avec lui d'autres idées telles que celle de la perte de contrôle, de l'imprévision, de l'incertitude[813]. Redoutant le vide juridique, il est ainsi amené à légiférer dès lors qu'un fait nouveau, conséquence d'une avancée scientifique, fait irruption sur la scène du droit[814].

Dans la pratique cependant, il convient de tempérer cette peur. Aucun vide juridique relevant de cette acception ne peut par principe subsister. S'il est vrai qu'il peut y avoir par moment une absence de normes précises relativement à un objet tout aussi précis, il y aura presque toujours, par l'entremise de la qualification, une législation générale applicable par le juge au cas d'espèce. À ce niveau, ce que l'on qualifie de « vide juridique » a le mérite de mettre en lumière le pouvoir d'interprétation du juge. La peur du déni de justice remplaçant celle du vide, il s'agit de considérer le pouvoir créateur de la jurisprudence et donc le rôle supplétif du juge à la défaillance du législateur.

---

811 BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 58 et s.

812 V. BINET (J-R), *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, éd. Puf, 2002.

813 HO DINH (A-M), *Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». Pour un recours à l'hypothèse du non-droit*, L'année sociologique, Vol. 57, éd. Puf, 2007, p. 419. et s. ; *« La lacune sous-tend ainsi l'injustice, le risque, la souffrance, le manque : ceux qui l'invoquent réclament du changement. Le discours du « vide juridique » est en effet un discours du manque et de l'angoisse comme en témoigne le champ lexical qui lui est très souvent associé. Autour de cette notion, on retrouve régulièrement les mots : « combler », « pallier », « mythe », « certain », « risque », « lacune », « non-droit », « danger », « doute » dans les revues de droit comme dans les médias. Ce sentiment, induit simplement par son évocation, conduit très rapidement à penser que le vide juridique et la souffrance qui semblent l'accompagner peuvent être utilisés dans les débats de société comme un moyen de pression, le terme devant alors être considéré comme un instrument mis au service d'une argumentation. En dehors de toute considération théorique, il faut souligner que le « vide juridique », tel qu'il est intuitivement compris, se trouve au cœur de notre démocratie. En portant à s'interroger sur la nécessité de l'intervention d'un acteur habilité à « dire ou à faire le droit » dans une situation particulière, il établit le lien entre plusieurs de ces espaces que sont les champs politique, juridique et social. En effet, le « vide juridique » se trouve être un espace bien rempli »*.

814 V. BINET (J-R), *L'encadrement juridique du progrès scientifique*, Thèse, Toulouse, 2000.

118. Le « non-droit » - Par nature, le droit a vocation à s'appliquer à tous et à toutes les situations désignées. Aussi, une absence de normes peut difficilement être qualifiée de vide juridique. S'il ne peut techniquement exister de situation que le juriste ne serait en mesure d'appréhender juridiquement hors ou dans le champ d'une disposition légale ou réglementaire, ou jurisprudentielle[815], il est en revanche possible de parler d'objet non réglementé, voire de « non-droit ». Ainsi que le relève le Doyen Carbonnier : *« Le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine »*. Il y a en effet, dans les sociétés, des « vides » de droit, des situations où le droit aurait vocation théorique à être présent. L'hétérogénéité des exemples a permis au Doyen Carbonnier de constater que ce « non-droit » n'était pas uniquement et objectivement donné par la société. Il est en effet parfois subjectivement choisi par les individus.

Le doyen opère en ce sens au sein du « non-droit » une triple distinction. Il distingue le « non-droit » par auto-limitation, du « non-droit » par auto-neutralisation, du « non-droit » par la résistance du fait[816]. Dans ces trois cas de figure, le droit se heurte aux changements sociaux et économiques ; quand un problème est nouveau, ou quand une solution à un problème n'a jusqu'alors été explicitée ou expressément envisagée ; ce qui est par exemple le cas des problèmes induits par l'apparition de technologies auxquelles le droit n'était pas adapté. La distinction prend ensuite forme dans la réponse qui est apportée. Il arrive que le droit se limite lui-même et organise sciemment des espaces libres de droit. Comme pour la question de l'embryon, certains silences sont avant tout prudents. Ils permettent notamment de ne pas avoir pas à se soumettre à la dictature d'un concept. Il arrive aussi que le droit - tel un serpent qui se mordrait la queue - dévore les phénomènes juridiques et neutralise leur juridicité. Enfin, il arrive parfois que ce soient les individus eux-mêmes qui refusent la règle de droit ; s'opposant à son application, niant son caractère obligatoire, général et permanent.

---

815 HO DINH (A-M), *Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». Pour un recours à l'hypothèse du non-droit*, L'année sociologique, Vol. 57, éd. Puf, 2007, p. 419. et s. ; *« L'objet « droit » doit être compris dans un sens large, c'est-à-dire comme l'ordonnancement juridique dans son ensemble tel qu'il est saisi par la science juridique et non simplement la règle de droit. Il n'existe donc pas de « vide juridique » et de situation que le juriste ne puisse pas situer juridiquement hors ou dans le champ d'une disposition légale ou réglementaire, ou d'un principe général dégagé par la jurisprudence. Si un fait n'est pas sanctionné, il est juridiquement permis et s'il n'est pas saisi par une législation particulière, on lui applique le droit commun »*.

816 CARBONNIER (J), *Flexible Droit*, *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. LGDJ, 10ème éd., 2014, p. 25 et s.

De manière générale, le « vide » ou le « non-droit » sursoit à l'intervention du législateur. Il invite ce dernier à réfléchir à l'opportunité d'une norme nouvelle adaptée à l'espace dénoncé comme juridiquement vide. Il s'agit surtout de se préserver de tout défaut de clarté et de lisibilité du droit. Il y a là un enjeu certain de sécurité juridique ; un besoin que l'on présente traditionnellement comme l'un des objectifs qui doivent inspirer le législateur et le juge[817]. Si un système de droit doit concilier, dans l'élaboration de ses règles, des intérêts variés et des impératifs divers, pour être bien acceptée et efficace, la loi doit présenter une certaine sécurité, notamment par son accessibilité et sa cohérence et ne pas surprendre les sujets de droit dans leurs pratiques, leurs prévisions et leurs attentes[818].

2 - La réalité scientifique pour modèle

119. Une promotion du progrès - Pour le Professeur Pierre Delvolvé: *« La science et les scientifiques réclament la liberté »*[819]. Le fait est que le progrès n'est possible qu'à la condition de la plus parfaite autonomie. Et parce que la science fait progresser l'humanité, les États doivent s'engager à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices[820].

Confronté aux progrès dans les domaines de la biologie et des biotechnologies, le droit est forcé d'arbitrer entre la protection accordée à l'homme et la nécessité de diminuer cette protection pour permettre lesdits progrès en la matière. C'est ainsi qu'un renversement des valeurs est constaté. Refuser de mettre l'humain à disposition de la science serait, pour le droit, assumer d'être un frein au progrès scientifique, tout comme l'a été la religion. L'une a condamné l'héliocentrisme, l'autre condamnerait les recherches sur l'être humain. Ce faisant, le droit se dresserait en successeur de la religion dans ses

---

[817] POLLAUD-DULIAN (F), « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.*, 2001, p. 487 ; *« La sécurité juridique, certes à la mode, n'est pas une idée neuve(86). Elle constitue une référence utile et un intérêt légitime à prendre en considération, pour le législateur et le juge, notamment en matière contractuelle. Mais, l'impératif de flexibilité et d'adaptation du droit nous semble plus fondamental, car il conditionne le bon fonctionnement du système juridique ».*

[818] WEILL (A), *Droit civil : introduction générale*, éd. Dalloz, Coll. Précis, 3ème éd. 1973, n° 131 et 138 ; GHESTIN (J) et GOUBEAUX (G), *Droit civil : introduction*, éd. LGDJ, 3ème éd., 1990, n° 339 ; MAZEAUD (H), (L) et (J), *Leçons de droit civil : introduction*, éd. Montchrestien, 9ème éd., 1989, n° 10-11.

[819] DELVOLVÉ (P), « L'encadrement normatif de la science », *RFDA*, 2018, p. 487.

[820] Art. 15 du Pacte des Nations unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ; Art. 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

rapports avec le progrès scientifique. Aux yeux du Professeur Jean-René Binet, cette affirmation est fausse, mais le souvenir de la condamnation de Galilée incite le droit à ne pas aller contre le progrès ; quand bien même cela impliquerait de transformer le corps, ses éléments et produits en autant d'objets altérables et échangeables. L'auteur note à ce propos que : *« Conséquence majeure de la rencontre du droit et du progrès scientifique, celui-ci a pris la science pour modèle et a nourri à son égard des complexes. Par imitation, il est devenu une science positive, excluant de son étude la réflexion sur les fins pour se limiter à la réalité scientifiquement observable »*[821].

120. Une évolution de la normativité - N'ayant jamais oublié de rappeler que *« le corps c'est la personne »*[822], qu'il doit être traité comme elle, le droit positif français a d'abord cherché à répondre aux nouveaux usages médicaux du corps par l'affirmation d'exceptions. Comme le note justement Michela Marzano, le discours juridique a dans un premier temps tenté de résister à la contamination par le dualisme. Il a en cela conservé sa représentation moniste des entités corps et personne. À cette fin il a même invoqué des principes juridiques censés contrer cette évolution en s'opposant à la dissociation conceptuelle entre le corps et la personne ; quand bien même celui-ci pourrait être appréhendé comme un objet distinct du sujet lui-même ; comme une entité sur laquelle la personne pourrait éventuellement exercer les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété.

Mais la normativité des principes invoqués et leur contrariété croissante avec la réalisation des pratiques du corps vont mettre à l'épreuve leurs capacités de résistance au processus d'objectivation juridique du corps ; *« Certes, il reste affirmé que la personne et le corps sont liés par une union fondamentale. Mais il semble aussi évident que la règle juridique semble avoir entériné la réalité de certains usages du corps qui lui ont été imposés, notamment, par la représentation objectivante et médicale du corps »*[823].

---

[821] BINET (J-R), *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, éd. Puf, 2002 ; *« Pourtant, la doctrine juridique avait été constituée différemment, et faisait une large part à la critique axiologique pour orienter le droit vers la solution juste et combattre pour la seule cause qui vaille : l'homme ».*

[822] VISSER'T HOOFT (H), *Les actes de disposition concernant le corps humain, quelques remarques philosophiques*, APD, t. 24, 1979, p. 88.

[823] MARZANO (M), « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000, p. 60.

B - LA PROTECTION DE LA DIGNITÉ HUMAINE

Si le progrès n'est possible qu'à la condition de la plus parfaite autonomie, cette liberté n'est pas elle-même libre de limites. La science peut avoir des conséquences nuisibles. Elle peut en effet être aussi dangereuse que bénéfique. Érigée en principe du droit positif (***1***), la dignité de la personne humaine a été élaborée pour protéger et garantir la primauté et le respect de la personne. Véritable impératif catégorique (***2***), elle est la marque de notre appartenance au genre humain, de notre humanité. Elle permet d'unifier l'ensemble des individus sous un même vocable, de les présenter comme un être collectif.

1 - Un principe du droit positif

121. Un principe matriciel - La Seconde Guerre mondiale[824] a marqué un tournant décisif dans l'appréhension des procédés scientifiques et dans la protection corrélative du genre humain. Dans le huis clos des camps de concentration et d'extermination vue le jour une « sous-humanité ». L'homme, arraché à son humanité, a rejoint l'animalité. Arraché à son statut de personne juridique, il a rejoint celui de chose. La méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui ont révoltent la conscience de l'humanité[825]. Au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, la plupart des grandes déclarations internationales ont ainsi expressément consacré la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine, avec leurs droits égaux et inaliénables, comme fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde[826]. La charte des Nations unies, signée le 26 juin 1945, évoque dans son préambule *« la valeur de la dignité de la personne humaine »*. La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, comme le Pacte international sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966, défendent unanimement *« la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine »*.

---

[824] SEVELY (C), « Réflexion sur l'inhumain et le droit », *RSC*, 2005, p. 483 ; *« Il aura fallu attendre le réveil brutal au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et l'expérience cruciale de l'inhumain pour que le terme de dignité humaine investisse le langage juridique »*.

[825] Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

[826] Préambule du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

Très largement mise en avant par les bouleversements introduits par les progrès réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies - et plus particulièrement par l'expérimentation sur l'homme des techniques que ces mêmes bouleversements ont induits - c'est en considération du principe de dignité de la personne humaine que naîtra en France une volonté nouvelle et moralisatrice[827]. Il y a là un besoin dont va découler *« un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'intégrité et l'absence de caractère patrimoniale du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine et que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »*[828].

122. Un principe constitutionnel - En France, il a pendant longtemps été inutile de dire ce principe de dignité et de le proclamer[829]. Après tout, il existait des moyens d'en assurer la sauvegarde, soit au travers des dispositions législatives[830], soit au moyen de ces remparts nécessaires que constituent l'ordre public et les bonnes moeurs[831]. Depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, l'article 16 du Code civil défend néanmoins *« toute atteinte à la dignité »*. Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 27 juillet 1994, lui reconnut immédiatement une valeur constitutionnelle en énonçant que *« la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »*[832]. Le Conseil d'État, dans une décision du 27 octobre 1995, reconnut le principe de dignité comme *« une composante de l'ordre public »*[833].

---

[827] OBERDORFF (H), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, éd. LGDJ, 3ème éd., 2011, n° 395 ; *« Les bouleversements introduits par les sciences de la vie mettent très largement en avant aussi l'importance du respect de la dignité humaine, après une longue réflexion nationale et parlementaire, des principes essentiels ont été posés, dans ce domaine, par deux lois : la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994[…] et la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 […] »*.

[828] Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343 DC, GDCC, p. 854.

[829] V. MALAURIE (P), « La dignité de la personne humaine, la liberté sexuelle et la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 1er août 2006 ; *« La dignité de la personne humaine est, depuis longtemps, la raison d'être de notre civilisation, son cœur et son essence : la barbarie, c'est de traiter l'homme comme une chose ou un animal »*.

[830] Abolition de l'esclavage, condamnation de la torture.

[831] TERRE (F) et FENOUILLET (D), Droit Civil, *Les personnes*, *Personnalité-Incapacité-Protection*, Dalloz, 8ème éd., 2012, p. 104-105.

[832] Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC.

[833] CE, 27 octobre 1995, c*ommune de Morsang-Sur-Orges*, Rec. 372, concl. Frydman, GAJA, éd. Dalloz, 15ème éd., 2005, p. 737 et s.

L'apparition de ce principe est allée de pair avec l'émergence de la reconnaissance juridique de l'humanité ou de l'espèce humaine[834]. Principe d'action avec lequel aucun accommodement ne devrait être possible, le droit à la dignité a marqué l'apparition d'un véritable principe de sauvegarde des droits de la personne[835], défini le plus souvent en référence à ce qui lui est contraire, à tout ce qui nie qu'une personne soit un être humain au même titre que les autres[836]. La notion juridique de dignité humaine est devenue une référence essentielle de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En tant que principe référent de protection dans les différentes branches du droit, la dignité est apparue précisément parce que les droits de l'homme traditionnels, centrés sur l'individu, sa liberté, sa vie privée, et son autonomie, ne suffisaient plus[837]. Repris par les différentes branches du droit national et du droit international, elle est aujourd'hui un principe matriciel, indérogeable, absolu ; un principe de droit positif et source de droits qui n'appelle pas de démonstration, mais qui fonde tous les autres[838]. Déclarée inviolable par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, « la dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux. Il en résulte, notamment, qu'aucun des droits inscrits dans cette charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui et que la dignité de la personne humaine fait partie de la substance des droits inscrits dans cette charte. Il ne peut donc y être porté atteinte, même en cas de limitation d'un droit »*[839].

---

834 FABRE-MAGNAN (M), « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973 ; *« Le principe de dignité marque l'unité du genre humain. A travers chaque personne, c'est l'humanité qui peut être atteinte et donc tous les autres. L'émergence du principe de dignité est ainsi le signe qu'il y a quelque chose qui dépasse (qui transcende) les volontés individuelles. Plus encore que le collectif, c'est le genre humain en général auquel le principe de dignité marque l'appartenance. L'apparition de ce concept est ainsi allée de pair avec l'émergence de la reconnaissance juridique de l'humanité ou de l'espèce humaine, que l'on a vu apparaître dans le code civil, et également dans le code pénal* ».

835 COMITÉ CONSULTATIF POUR LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION, *Propositions pour une révision de la Constitution*, Rapp., 15 février 1993, Doc. Fra., 1993, p. 75 ; *Le comité propose de réécrire en ce sens l'article 66 : « Article 66 « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. « Chacun a droit au respect de sa vie privée et de la dignité de sa personne. »».*

836 CE, *La révision des lois de bioéthique*, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 2009, p. 14.

837 ATIAS (C), *Philosophie du droit*, éd. Puf, Coll. Thémis, 2004, p. 246.

838 Art. 1, al. 1, de la loi fondamentale pour la République d'Allemagne du 23 mai 1949 ; *« La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger ».*

839 Explication de l'Article premier de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, Nice.

2 - Un impératif catégorique

123. Une conception subjective - *« Notion rayonnante et englobante »*, la dignité est une *« notion-cadre »* qui refuse une définition bloquée[840]. La dignité est ontologique. Elle met l'homme au-dessus des autres réalités, elle est *« ce qui fait qu'un être humain est une personne humaine »*[841]. Respecter la dignité de la personne, c'est respecter sa volonté, libre et éclairée. Aussi appartient-il à la personne de fixer les contours de sa dignité en déterminant quelles sont les atteintes qui peuvent être portées à son intégrité. Il est possible de voir dans le droit au respect de la dignité, un droit général et fédérateur de la personnalité, à partir duquel la protection de la vie privée ou du corps humain se construirait[842]. Le pouvoir de décider de façon autonome ce qui convient le mieux à son propre corps est un attribut de la personne et de la dignité de l'être humain[843].

Le recours au principe de dignité permet, dans certaines circonstances, de limiter d'autres libertés, comme la liberté de travailler ou de commercer, ou plus globalement de mettre à la charge des autorités l'obligation positive consistant à prendre des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu contre autrui. De ce point de vue, il est possible de concevoir la personne comme le sujet d'une dignité qui oblige à la traiter comme une fin en soi, à la différence de la chose qui peut être instrumentalisée, en considération de son utilité, comme un simple moyen. La dignité de la personne commanderait donc que son corps ne soit pas lui-même traité comme un simple moyen. Assimilé à la personne, il doit de ce fait échapper au commerce juridique, ce qui implique, de façon générale, la nullité des contrats portant sur le corps, lesquelles pourraient conduire à traiter le corps comme un moyen[844]. La notion de dignité, telle qu'elle est perçue aujourd'hui, permet de conférer une

---

[840] CORNU (G), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, éd. Montchrestien, 12ème éd., 2005, n° 12.

[841] MAURER (B), *Notes sur le respect de la dignité humaine… ou petite fugue inachevée autour d'un thème central, Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, éd. Puam, 1996, p. 185.

[842] MARAIS (A), *Droit des personnes*, éd. Dalloz, 3ème éd., 2018, n° 318.

[843] CEDH, 19 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

[844] LOISEAU (G), « Typologie des choses hors du commerce »*, RTD civ.*, 2000, p. 47 ; « *La valorisation de la personne en tant que telle, par delà l'individu en tant qu'il est, l'entraîne donc nécessairement hors du domaine des choses. En somme, c'est en instituant en sujet d'une dignité l'humanité qu'il y a en l'homme que la personne évince tout être humain du monde des choses. Et c'est encore par l'essence même de cette humanité qu'il est au-dessus des conventions* ».

certaine élasticité dans l'appréhension des comportements portant réification. Elle permet d'élever certaines limites légitimes, mais n'invalide pas pour autant la maîtrise de soi. La personne est ainsi protégée d'un point de vue moral et le corps d'un point de vue physique, sans que quelque distinction soit faite entre les deux.

124. Une conception objective - Kant notait que : *« Quiconque offre son corps à la malice d'autrui pour en retirer un profit, renonce du même coup à sa personne, et celui qui le paie pour que cela agit de façon aussi méprisable que lui »*[845]. *« L'humanité est par elle-même une dignité : l'homme ne peut être traité par l'homme commun simple moyen, mais il doit toujours être traité comme une fin »*[846]. En sa seule qualité de « sociétaire du genre humain »[847], chaque individu est titulaire d'une dignité l'identifiant à tous les autres[848]. Dépassant l'individu nominalement considéré, le principe de dignité établit une égalité entre les êtres humains. La dignité est ontologique. Elle met l'homme au-dessus des autres réalités, elle est *« ce qui fait qu'un être humain est une personne humaine »*[849]. Pour le Professeur Muriel Fabre-Magnan : *« Le principe de dignité marque l'unité du genre humain. À travers chaque personne, c'est l'humanité qui peut être atteinte et donc tous les autres. L'émergence du principe de dignité est ainsi le signe qu'il y a quelque chose qui dépasse les volontés individuelles. Plus encore que le collectif, c'est le genre humain en général auquel le principe de dignité marque l'appartenance »*[850]. La dignité, par la représentation de l'humanité qu'il y a en chaque être humain, est donc telle qu'elle constitue un principe objectif de la volonté, un principe pratique suprême, et au regard de la volonté humaine, un impératif catégorique[851]. Partagé entre le monde du réel et le monde de la représentation[852], l'homme est, par sa nature même, lié à tous les autres.

---

[845] KANT (E), *Leçon d'éthique,* éd. Le livre de poche, 1997, p. 230.
[846] KANT (E), *Éléments métaphysiques de la doctrine de la vertu, Seconde partie de la métaphysique des moeurs*, trad. BARNI (J), éd. Ladrange, 1855, p. 142.
[847] SEVE (L), *Pour une critique de la raison bioéthique*, éd. Odile Jacob, 1994, p. 62 et 82.
[848] LOISEAU (G), « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.*, 2000, p. 47 ; *« Le statut de personne se présente aussi comme un équivalent universel qui dépasse l'individu et établit une égalité qui n'existe pas, en fait, entre les êtres humains».*
[849] MAURER (B), *Notes sur le respect de la dignité humaine… ou petite fugue inachevée autour d'un thème central, Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, éd. Puam, 1996, p. 185.
[850] FABRE-MAGNAN (M), *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*, D. 2005, p. 2973 ; sous CEDH, 1ère sect., 7 février 2005, *K.A et A.D c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99.
[851] KANT (E), *Métaphysique des mœurs, Fondation, Introduction*, t. 1, éd. Flammarion, 1994, p. 107.
[852] SUPIOT (A), *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd. Seuil, 2005, p. 1.

Le Professeur Nicolas Molfessis souligne qu'en droit civil la protection de la dignité de la personne humaine est *« entendue comme la défense de ce qui fait l'humanité de l'homme »*, car la dignité *« vise l'être humain, dans son essence et sa subsistance »*[853]. Et si l'on admet que la dignité est liée à l'existence humaine et que tout individu humain possède cette dignité du fait de sa qualité d'être humain, la dignité peut aussi être considérée comme un critère juridique capable d'exprimer le fait d'être une personne[854]. C'est encore par l'essence même de cette humanité qu'elle serait au-dessus des conventions[855].

L'homme appartient, par essence, à l'humanité et celle-ci peut, dans certaines circonstances[856], lui imposer, même dans l'intimité, des comportements dignes[857]. La dignité lui impose ainsi une norme de comportement et permet de dire ce qui est bon et bien, ce que chacun peut ou non faire. Parce qu'il ne peut renoncer à sa propre dignité sans entacher celle de ses semblables, il ne peut se résoudre à user de son corps comme d'une chose sans renoncer en même temps à la valeur de l'humanité[858]. La dignité humaine offre un moyen d'étouffer certains comportements jugés inhumains[859].

---

[853] MOLFESSIS (N), *La dignité de la personne humaine en droit civil, La dignité de la personne humaine*, éd. Economica, 1999, p. 114.

[854] BERTRAND-MIRKOVIC (A), *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, éd. Puam, 2003, n° 382 et s.

[855] LOISEAU (G), « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.*, 2000, p. 47.

[856] Art. 8 §2 de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales ; V. CEDH, 27 Avril 2006, *Ataman c/ Turquie*, n° 46252/99.

[857] DREYER (E), « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730 ; *« Pour justifier ce contrôle, on insiste alors sur le fait que l'homme n'a plus la maîtrise de lui-même ; il ne « s'appartient » plus : « il y a ainsi un aspect du rapport de soi à soi qui n'est pas de la seule sphère du privé mais qui a à voir avec la sphère publique »*.

[858] MARZANO (M), « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000, p. 58.

[859] DREYER, *Op. cit.*, *« La perversion et le danger d'une telle position tiennent au fait qu'en raisonnant sur des hypothèses exceptionnelles, pathologiques, on finit par confondre principe et exceptions. Sous prétexte qu'existent des abus de liberté (individuelle), on en vient à préconiser l'abandon de la liberté (individuelle). Partant d'un diagnostic apocalyptique, ce pessimisme doctrinal, et parfois administratif, aboutit inévitablement à des solutions déplorables. Sachons raison garder : il ne s'agit pas de consacrer une liberté sans limite. Il s'agit de ne pas exagérer les limites de la liberté. Ces limites sont posées par la loi. Le respect de l'ordre public est précisé notamment à cette occasion et personne ne prétend s'en exonérer. Mais cela suffit. En ajoutant des limites supplémentaires à la liberté, au nom d'un prétendu respect de la dignité humaine, on risque en effet d'affecter l'essence de la personne »* ; BRUNELLE (C), « La dignité dans la charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », *Rev. du barreau du Québec*, numéro thématique hors série, 2006 p. 173 ; « *En viendra-t-on également à prohiber, toujours au nom de la dignité humaine, la boxe, la lutte, la pornographie, le strip-tease, ta tauromachie, le travail dans l'industrie du sexe… et quoi encore ? ».*

Paragraphe 2 - De l'éthique à la bioéthique

125. Un sursaut normatif - Malgré les interventions juridiques ponctuelles, les progrès scientifiques et techniques réalisés dans le domaine du vivant ont soulevé de nombreuses questions éthiques, sociales et juridiques. En France, depuis le début des années 80, ces questions ont alimenté un très large débat public touchant à l'éventualité d'un cadre juridique global. En 1994, ce débat va mener à l'adoption des premières lois de bioéthique dont le but affirmé est d'encadrer et de définir les limites de l'intervention de la médecine et des sciences sur le corps humain afin de garantir le respect des droits fondamentaux de la personne et toute forme d'exploitation[860]. Du 19 novembre 1992 au 23 juin 1994, les débats parlementaires ont été riches et les clivages politiques se sont bien souvent effacés devant l'importance des questions morales et scientifiques soulevées[861]. Les lois de bioéthique marquent l'aboutissement d'un processus de maturation, de consultation et de réflexion. Terme temporaire d'une objectivation des questions éthiques posées à la société française contemporaine par le développement croissant des sciences biomédicales, ces lois sont le fruit de nombreuses études et travaux qui ont eux-mêmes appelé de leurs vœux une action du législateur. De nombreux débats ont d'ailleurs eu lieu pour savoir si le législateur devait légiférer ou s'il fallait s'en remettre à la déontologie du Comité d'éthique et des médecins. En principe, lorsque les questions soulevées paraissent uniquement liées à la pratique des chercheurs, elles peuvent être réglées à l'intérieur de ce groupe. Elles ne nécessitent donc pas obligatoirement une intervention législative.

L'émergence d'un cadre contraignant (A) n'est pas - de manière générale - quelque chose de spontané. Elle est le résultat d'un long enchainement. Ici, celle-ci s'est efforcée de répondre à la question de la pertinence et de la nécessité d'une appréhension juridique des progrès scientifiques et des techniques ainsi réalisés. La naissance des lois de bioéthique (B) n'est que la réponse à cette même question.

---

860 THOUVENIN (D), « Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.* 1995, p. 149.

861 MATHIEU (B), « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science, À propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 », *RFDA*, 1994, p. 1019.

A - L'ÉMERGENCE D'UN CADRE CONTRAIGNANT

De la pratique à l'éthique (***1***), et de l'éthique à la loi (***2***), la difficulté fut de définir quelle norme serait la plus adaptée aux conséquences pratiques et éventuelles des progrès scientifiques et techniques réalisés dans le domaine des sciences de la vie.

1 - De la pratique à l'éthique

126. Des lacunes méthodologiques - Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les médecins nazis ont été jugés en raison des expérimentations qu'ils avaient menées sur leurs détenus. Il faut savoir que la recherche impliquant la personne humaine organisée par le régime nazi a fait entre sept et huit mille victimes dans près d'une dizaine de camps de concentration ou d'instituts de recherche allemands et autrichiens[862]. Mais, s'il s'agissait bien de juger des médecins SS pour des crimes contre l'humanité, le tribunal de guerre siégeant à Nuremberg[863] s'est aussi entouré d'experts médicaux[864], notamment afin de préciser le cadre circonstanciel commun dans lequel les expérimentations médicales devraient *a priori* s'insérer[865].

Dans la plupart des cas, les médecins du IIIème Reich ont mis en place des recherches dans le respect de méthodologies qui sont toujours d'actualité. Pour les essais de médicaments, les recherches obéissaient à un protocole défini, faisant d'ailleurs souvent

---

[862] Lamy Droit de la santé, *Dérives sous l'Allemagne Nazie*, Étude, 377-13 ; *« L'histoire a principalement retenu les atrocités biomédicales allemandes commises au cours de la Seconde guerre mondiale ; elle aurait aussi pu mettre en relief les débordements des chercheurs japonais au cours de cette période, qui exploitèrent des prisonniers chinois pour des expériences sur de nombreuses maladies. »* ; V. TERNON (Y) *De Nüremberg à la loi Huriet, essais thérapeutiques et recherche médicale*, *Genèse et code de Nüremberg,*ouvrage collectif, éd. Ellipses, 2001, p. 113.

[863] Le jugement rendu les 20 et 21 août 1947 a condamné à mort sept médecins, en a puni neuf autres de peines de prison, et en a acquitté sept.

[864] V. AMBROSELLI (C), *L'éthique médicale*, coll. Que sais-je ?, éd. Puf, 1988.

[865] THOUVENIN (D), « Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.* 1995, p. 149 ; THOUVENIN (D), « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *RTD civ.*, 1994, p. 717, *« Les médecins nazis ont été jugés en 1946 et 1947 comme criminels de guerre par un tribunal militaire américain à Nüremberg, dans la salle même où avait siégé le Tribunal international. Mais à titre de sanction l'Etat allemand avait été déclaré sans droit et l'Allemagne avait été partagée en quatre zones alliées ; Nüremberg se trouvant dans la zone américaine, c'est un juge américain qui a rendu les décisions et qui pour ce faire, a fixé un certain nombre de règles inspirées du droit américain. Ces dix règles ont ensuite servi de référence à l'Association médicale mondiale qui les a réunies sous la dénomination de « Code de Nüremberg » ».*

appel à un groupe témoin recevant un placebo. Les sujets étaient médicalement suivis tout au long de l'essai. Un bilan de l'expérimentation s'en suivait. Dans certains cas, des tests sur l'animal précédaient même les recherches sur l'homme. Cette rigueur scientifique était toutefois contrebalancée par le mépris de toute considération éthique. Dans la plupart des cas, les sujets devant participer aux essais étaient désignés. Les médecins nazis ont ainsi inoculé à des milliers de prisonniers différentes maladies afin d'en étudier la progression et le traitement. Des sujets ont de la sorte été infectés volontairement par des moustiques porteurs de la malaria. Sur d'autres les praticiens ont recréé artificiellement les plaies de soldats blessés.[866]

127. Des lacunes déontologiques - Pressé par l'usage des nouvelles technologies médicales, et particulièrement par l'irruption de la recherche dans ce même champ, les règles déontologiques qui gouvernaient jusqu'alors l'exercice traditionnel de la médecine ont subi un véritable bouleversement. Avec l'apparition d'interventions à caractère manipulatoire sur le corps humain, ou sur les mécanismes fondamentaux de la vie, sont en effet apparus de nouveaux risques, tant d'un point de vue de la protection des personnes que de celui des libertés les plus fondamentales. Le devenir technologique du corps a ainsi conduit à une réflexion de masse, une réflexion à la fois technique : que peut-on faire ? comment le faire au mieux ?, Éthique, ou politique : que doit-on faire ? Que ne doit-on pas faire ? Quels sont les impératifs, les interdits ? Quelles sont les urgences et les priorités ?

Confrontés aux lacunes de la déontologie, les scientifiques ont élaboré certaines règles qui constituent l'éthique biomédicale. Doctrine des fins que l'homme se propose et des moyens d'y parvenir, puis déduction des normes de l'action à partir d'un inconditionné postulé par la religion ou la raison, l'éthique s'est orientée - depuis Nietzsche surtout - vers une théorie des valeurs laissant à la liberté humaine le risque de ses initiatives[867]. Considérée comme l'ensemble des principes et valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques ou juridiques visant à prévenir les crimes contre l'espèce humaine, notamment sous forme d'eugénisme ou de clonage

[866] Lamy Droit de la santé, *Dérives sous l'Allemagne Nazie*, Étude, 377-13.
[867] *Axis l'univers documentaire*, Dictionnaire, Vol. 3, éd. Hachette, 1993, p. 1076.

reproductif[868], l'éthique a connu son premier essor dans les pays anglo-saxons, ou de nombreux comités d'éthique ont vu le jour[869]. Créés pour connaître des cas d'expérimentations envisagés et des demandes de subventions pour des recherches, ces comités vont permettre de régler de multiples questions sociales notamment engendrées par les techniques dont les médecins disposent et qui leur permettent d'intervenir sur les mécanismes fondamentaux de la vie. L'éthique veille de la sorte au respect de l'individu comme de sa vie en lieu et place de la loi.

2 - De l'éthique à la loi

128. La création du CCNE - La portée du procès de Nuremberg est significative dans la mesure où le jugement - et donc la réflexion sur les progrès de la médecine et de la recherche - va aboutir à l'édiction d'une liste de dix principes éthiques dont l'objectif va être de fournir des recommandations aux médecins et autres participants à la recherche médicale sur des êtres humains. Mais après le fameux Code de Nuremberg, aucune déclaration de portée internationale concernant l'expérimentation sur l'homme ne sera publiée jusqu'en 1964. À cette date - et après des années d'intenses discussions tenant à l'intensification de la recherche impliquant la personne humaine - l'Association médicale nationale va élaborer la Déclaration d'Helsinki. Malgré le rappel effectué, ce n'est que pendant les années 1970, avec l'émergence de technologies nouvelles et avec la transformation consécutive de la pratique médicale notamment dans le domaine de la reproduction humaine et dans celui de la transplantation d'organes, que les chercheurs français s'accorderont sur la nécessité d'une réflexion consensuelle visant à encadrer ces nouveaux procédés[870].

La nécessité d'un encadrement étatique se faisant sentir, la question s'est posée de dégager des valeurs afin de fonder un éventuel dispositif législatif. De manière volontariste, la France a engagé une réflexion de fond pour identifier les principes généraux devant constituer les principes éthiques conformes à sa tradition des droits de

---

868 CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, p. 421.
869 ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 23.
870 THOUVENIN (D), « Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.* 1995, p. 149.

l'homme[871]. Après l'adoption en 1976 de la loi dite Caillavet, le Président de la République, François Mitterrand, créa en 1983[872] à l'issue des Assises nationales sur la recherche le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE). La France a été le premier pays à se doter d'un Comité *ad hoc* composé de chercheurs, biologistes, médecins, représentants des principaux courants de pensée philosophique et des principales familles spirituelles[873]. Le CCNE a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé[874]. Il doit permettre une réflexion sereine sur les choix éthiques et technologiques, de façon à donner le meilleur éclairage possible en formulant les questions essentielles.

Mais c'est moins le contenu de ces réflexions que son institutionnalisation qui est à prendre en considération. En procédant de la sorte, le pouvoir politique a expressément manifesté son désir de rester en retrait sur toutes les questions éthiques. Il n'appartenait jusque-là pas à l'État d'édicter seul des règles auxquelles tous les hommes de sciences devront au final se conformer[875].

129. La création d'un corps de règles juridiques - La nécessité de créer un corps de règles juridiques n'est donc pas directement apparue comme une évidence, puisque pendant dix ans la question s'est en effet posée de savoir s'il était possible, pour régler toutes ces questions, de se référer uniquement à l'éthique biomédicale. Le Professeur Dominique Thouvenin rappelle qu'au travers la consultation des diverses instances chargées de réfléchir à la moralisation de la biomédecine et des technosciences, le législateur s'est efforcé de savoir quel type de normes - éthique ou juridique - était la plus adaptée pour régler les multiples questions sociales que les progrès de la technique avaient soulevées[876]. En principe, tant que les questions soulevées paraissent uniquement

---

[871] CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, p. 28.

[872] Décr. n° 83-132 du 23 février 1983.

[873] V. BYK (C), *Comité consultatif national d'éthique, Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologie*, éd. Législatives, 1994, p. 265 et s.

[874] Art. L.1412-1 du Code de la santé publique.

[875] Une orientation collégiale et hétérogène qui explique notamment la composition du CCNE.

[876] THOUVENIN (D), « Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.* 1995, p. 149.

liées à la pratique des chercheurs et/ou des médecins, elles peuvent être réglées à l'intérieur de ce groupe. En revanche, lorsque ces pratiques ne concernent plus seulement de manière interne, le groupe des chercheurs et/ou des médecins, mais ont des conséquences extérieures, se pose la question du recours au droit comme mode de règlement de questions sociales.

Globalement, la règle professionnelle fonctionne de manière univoque, elle ne prend pas en compte les oppositions éventuelles d'intérêts existant entre les acteurs concernés. L'éthique permet de préciser les modalités d'intervention sur le corps des individus et met l'accent sur la protection que les praticiens doivent assurer, tandis que le droit fixe les conditions que les chercheurs et les médecins se doivent de respecter pour être autorisés à intervenir sur les personnes. Mais si personne ne trouve à redire au fait qu'une communauté de praticiens et de chercheurs de la santé s'interroge sur les conséquences de leurs découvertes et de leurs pratiques, il n'en est pas de même lorsque l'on confronte ces dernières avec l'intérêt des acteurs sociaux concernés et de manière plus globale au public[877]. Ainsi conscient du fait que l'éthique ne suffirait pas à protéger les intérêts individuels, et que l'insuffisance des règles existantes n'était de son côté que source de décalages par rapport aux innovations scientifiques dans le domaine médical[878], le pouvoir politique sollicita des groupes de travail afin qu'ils procèdent à un approfondissement de la réflexion sur le plan juridique. Il inaugura ainsi une longue série d'avis et de rapports visant à permettre l'élaboration d'un *corpus* adapté, et *in fine* d'un compromis entre éthique et droit.

---

[877] THOUVENIN (D), *Op. cit.*, p. 149 ; *« Il n'est pas si facile de passer de l'éthique au droit et cela pour au moins deux raisons. Personne ne trouve à redire au fait qu'une communauté de praticiens et de chercheurs de la santé s'interroge sur les conséquences de leurs découvertes et de leurs pratiques sur les individus qu'ils sont amenés à soigner. Une telle démarche s'inscrit dans un modèle d'auto-régulation par les pairs qui les conduit à réfléchir sur leurs propres pratiques ; mais, par hypothèse une telle réflexion ne peut être conduite qu'à l'aune de leurs concepts et représentations propres. De ce fait même, il n'y a pas de confrontation de ces dernières avec celles des acteurs sociaux concernés par ces pratiques et qui peuvent être divergentes. La règle professionnelle fonctionne de manière univoque tout en ayant la prétention d'organiser une relation sociale, sans prendre en compte les oppositions éventuelles d'intérêts existant entre les acteurs concernés par cette règle »*.

[878] THOUVENIN (D), « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques », *RTD civ.*, 1994, p. 717.

B - LA NAISSANCE DES LOIS DE BIOÉTHIQUE

Le vote des lois de 1994 repose sur le constat d'une carence du droit. Ainsi que l'a relevé le Professeur de médecine Claude Huriet : *« Légiférer devient parfois une nécessité puisque la loi a pour finalité, non seulement de maintenir les grands équilibres d'une société, mais aussi de protéger ceux qui ont besoin de l'être »*[879]. C'est après avoir effectué une synthèse des intérêts en cause (***1***), puis une synthèse des travaux parlementaires (***2***) que sont nées les lois de bioéthique[880].

1 - La synthèse des intérêts en cause

130. Le rapport Braibant - Les scientifiques ont eux-mêmes demandé que leur soit donné un cadre juridique déterminant jusqu'où ils peuvent mener les expérimentations et manipulations touchant des cellules, tissus, et organismes humains. Des considérations morales tendant au respect de la dignité de l'être humain s'opposent à une totale liberté de la recherche, comme elles interdisent des exploitations mercantiles des résultats. Mais il ne saurait être question de faire obstacle au progrès scientifique et à ses applications thérapeutiques. L'arbitrage est extrêmement délicat[881]. Lorsque le droit interdit de faire telle ou telle chose, c'est le plus souvent pour veiller à l'intérêt général. Et même si les limites qu'il pose sont souvent perçues comme une atteinte à la liberté individuelle, il ne faut pas pour autant négliger le rôle instituant du droit et l'utilité ontologique et sociale de ses interdits qui, *in fine*, dessinent la société[882].

---

[879] HURIET (C), *Débat parlementaire sur les Lois de Bioéthique*, 1994.

[880] CE, *Sciences de la vie, De l'éthique au droit*, n° 4855, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 1988 ; CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude, 2018, p. 27 ; *« Dès 1927 le pasteur allemand Fritz Jahr a forgé le terme de « bio−ethik », mais l'expression ne s'est imposée qu'à la suite de la publication en 1971 du livre de Van Ressekaer Potter Bioethics : bridge to the future. Ce dernier définit la bioéthique comme une combinaison des connaissances biologiques (bios) et des valeurs humaines (ethos) et se propose d'examiner l'interrelation entre la morale et les sciences de la vie. Dans les deux cas, la notion est comprise de manière large au regard de l'ensemble du vivant. L'approche a ensuite été circonscrite aux difficultés posées par le développement de nouvelles pratiques médicales, compte tenu des préoccupations immédiates liées à l'apparition des techniques de reproduction artificielle »*.

[881] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd., 2017, n° 95.

[882] FABRE-MAGNAN (M), « Propriété, lien social et patrimoine », *RTD civ.*, 1997, p. 583.

La gestation d'un droit de la bioéthique, eu égard au caractère hétéroclite et contradictoire des intérêts en cause, a sur ce point été le fruit d'un long échange. Comme le résume justement le Professeur Dominique Thouvenin, cette période riche en rapports et en études est inaugurée dès le 5 septembre 1988 à l'initiative du Premier ministre de l'époque, Michel Rocard, lequel exprimait à Guy Braibant, alors président de la section du rapport et des études au Conseil d'État, son souhait de voir débattre à la session du printemps 1989 un projet de loi, visant à donner *« à la recherche, à la médecine ainsi qu'aux familles un cadre juridique mettant fin aux incertitudes et aux incohérences actuelles »* sur des sujets tels que le diagnostic prénatal, les procréations médicalement assistées, l'utilisation des éléments du corps et de l'embryon humain[883].

Prié, pour ce faire, de constituer et d'animer un groupe de travail dont la mission serait de proposer des dispositions juridiques pour régler toutes ces questions, Guy Braibant réalisa le premier essai global de mise en perspective des problèmes soulevés et des solutions qu'ils pouvaient appeler. Cette étude, publiée sous l'intitulé *« Sciences de la vie : de l'éthique au droit »*, couramment appelée rapport Braibant[884], donnera lieu un an plus tard à un avant-projet de loi destiné à constituer *« l'embryon d'une grande loi »*[885]. Celui-ci va cependant rapidement être confronté à plusieurs critiques[886], parfois même contradictoires[887]. Certains vont en effet lui reprocher d'être trop souple et de légitimer trop vite des pratiques faisant la part belle à la puissance des techniques, alors que d'autres vont, à l'inverse, lui reprocher d'être un frein à la recherche[888] et un risque pour la liberté des chercheurs[889].

---

[883] THOUVENIN (D), « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *RTD civ.*, 1994, p. 717.

[884] CE, *Sciences de la vie, De l'éthique au droit*, n° 4855, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 1988.

[885] *La personne humaine face au développement des sciences biomédicales*, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches sanitaires et médico-sociales, Poitiers, 18-19 mai 1989.

[886] V. PHILIP (L), « La technocratie censurée », *Le Monde*, 12 septembre 1993 ; EDELMAN (B) GAVARINI (L), HERMITTE (M-A), HIGGINS (R), HUBER (G), TESTART (J), TORT (M), VACQUIN (M), DE VILAINE (A-M), « Pour des états généraux de la biomédecine », *Libération*, 3 février 1989.

[887] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 318.

[888] HONLET (J-C), « De la bioéthique au biodroit », *Regards sur l'actualité*, février 1993, p. 4.

[889] CURIEN (H), *Patrimoine génétique et droits de l'humanité*, Colloque, Paris, 26 octobre 1989 ; *« Les concepts de base sur lesquels reposerait une législation ne sont peut- être pas suffisamment dégagés, de sorte que le législateur risquerait de « figer » artificiellement le débat voire de susciter plus de problèmes qu'il n'en résoudrait ».*

131. Le rapport Lenoir - Convaincus par la nécessité d'organiser l'encadrement des pratiques, pas moins de trois rapports seront à leur tour consacrés aux questions bioéthiques. Aussi, en automne 1990, c'est à Mme Lenoir, maître des requêtes au Conseil d'État[890], d'être chargée par Michel Rocard d'une étude approfondie de tous les aspects majeurs du droit et des pratiques en vigueur dans les pays étrangers. Déposé sur le bureau du Premier ministre le 12 juin 1991, son rapport justement intitulé *« Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française »,* dit rapport Lenoir, mis ainsi l'accent sur une approche comparée des solutions adoptées de par le monde[891].

Fondé sur l'idée selon laquelle il faudrait d'une part affirmer de grands principes et d'autre part élaborer des règles précises dans un petit nombre de cas, ce rapport préconisait la mise en place d'une loi-cadre contenant les principes directeurs de l'éthique biomédicale ainsi que l'intervention urgente du législateur dans certains domaines[892].

2 - La synthèse des travaux parlementaires

132. Le rapport Sérusclat - Parallèlement à la mission Lenoir, deux missions d'information, respectivement conduites par le député Bernard Bioulac et par le Sénateur Frank Sérusclat, préparaient elles aussi leur propre rapport[893]. Faisant suite à une quinzaine de propositions de loi, la première mission d'information, créée par les commissions des lois et des affaires culturelles de l'Assemblée nationale et présidée par Bernard Bioulac, s'est d'abord donné pour objectif de déterminer les domaines dans lesquels l'intervention du législateur paraissait souhaitable[894]. Pendant ce temps, la seconde mission était chargée d'étudier les problèmes posés par l'avant-projet Braibant puis de mettre à la disposition de

---

[890] Elle avait notamment participé à l'étude « De l'éthique au droit » ainsi qu'à la rédaction de l'Avant-projet Braibant.

[891] Il comporte notamment 24 rapports scientifiques réalisés chacun par l'un des meilleurs chercheurs ou cliniciens français de la spécialité traitée. Le rapport insiste en particulier sur la nécessité d'obtenir le consentement libre avant toute intervention de nature médicale, de protéger le patrimoine génétique afin d'éviter une « utilisation dévoyée des progrès de la médecine », de prendre des mesures législatives sur la non-commercialité du corps humain, la technique des empreintes génétiques et l'épidémiologie, de légiférer sur l'assistance médicale à la procréation.

[892] THOUVENIN (D), « Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.* 1995, p. 149.

[893] V. ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 319.

[894] BIOULAC (B), *Mission d'information de l'Assemblée nationale sur les problèmes de bioéthique*, Rapp. n° 2565, 18 février1992.

chaque parlementaire une information aussi complète que possible sur les techniques et les pratiques aujourd'hui connues et utilisées en France et en Europe dans le domaine des biotechnologies. Conduite par l'Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques[895], et sous l'autorité de Frank Sérusclat, cette étude intitulée *« Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme : bouleversement sans contrôle ou législation à la française »* fut rendue publique le 28 février 1992.

Forts de ces travaux, le 25 mars 1992, le ministre de la Justice, Michel Sapin, le ministre des Affaires sociales, Jean-Louis Bianco et le ministre de la Recherche Hubert Curien déposaient chacun un projet de loi sur le bureau de l'Assemblée nationale[896]. Étudiés et amendés par une commission spéciale présidée par Yvette Roudy, ces textes furent adoptés en première lecture par l'Assemblée nationale en novembre 1992[897], mais le changement de Gouvernement au printemps 1993 suspendit le processus parlementaire. Consécutivement articulés en recourant à des concepts communs qui permettent d'établir des liens entre eux[898], ces trois projets ont ensuite été répartis de manière à ce que l'un soit consacré aux principes et règles applicables au corps humain, un autre au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et un dernier aux modalités de traitement des données relatives aux recherches en santé. Une répartition qui donne l'illusion de découler de trois grands types de questions parfaitement bien identifiées et distinctes, et qui s'achèvera par la création des lois n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 et de la loi n° 94-548 du 1er juillet 1994[899].

---

[895] Délégation parlementaire instituée par la Loi n° 83-609 du 8 juillet 1983, JO, 9 juillet 1983, p. 2125 ; V. DANIEL (V-J) et EMERI (C), « L'Assemblée nationale et son devoir », *RDP*, 1989, p. 1250.

[896] Projet de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le Code civil ; Projet de loi n° 2600 relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée et modifiant le Code de la santé publique ; Projet de loi n° 2601 relatif au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou de l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et à la liberté.

[897] AN, séance du 25 novembre 1992, JO, 26 novembre 1992, p. 6002.

[898] THOUVENIN (D), « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *RTD civ.*, 1994, p. 717 ; *« Longuement discutés, ces projets ont abouti aux deux lois du 29 juillet 1994, la première n° 94-653 relative au respect du corps humain, la seconde 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 anténatal. Mais, bien qu'on ait affaire à deux corps de règles distincts, on constate que la construction retenue vise à créer un ensemble cohérent ; en effet, les dispositifs juridiques ont été articulés en recourant à des concepts communs qui permettent d'établir des liens entre les deux. Si la référence aux grands principes entend fonder les nouvelles règles sur des valeurs jugées essentielles, il n'en demeure pas moins que leur affirmation a pour fonction de mettre en place des exceptions explicitées dans le code de la santé publique ».*

[899] ann. n° 6, 7 et 8.

133. Le contrôle de constitutionnalité - Le 29 juin 1994, soixante-quatre députés, mais aussi le président de l'Assemblée nationale, vont saisir le Conseil constitutionnel, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution. Les lois déférées à la censure du Conseil constitutionnel sont, d'une part, celle 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[900], et d'autre part, celle relative au respect du corps humain[901]. Les lois déférées méconnaitraient les principes constitutionnels du droit à la vie, d'égalité, du droit au respect de l'intégrité de la personne et du corps humain, des droits de la famille, du droit à la protection du patrimoine génétique de l'humanité, du droit à la santé de l'enfant et au libre épanouissement de sa personnalité, de la responsabilité personnelle et de la séparation des pouvoirs.

En marge de cette saisine plutôt classique, Philippe Séguin, président de l'Assemblée nationale, a demandé au Conseil constitutionnel non seulement d'apprécier la constitutionnalité des dispositions législatives votées, mais aussi de dégager les normes constitutionnelles applicables, y compris celles qui pourraient être reprises dans le texte de loi. Cela revenait en fait à considérer que certaines de ces dispositions avaient valeur constitutionnelle[902]. *« Eu égard à la portée déterminante de ces textes pour la mise en oeuvre de libertés et de droits fondamentaux qui procèdent de principes et de règles à valeur constitutionnelle »,* Philippe Séguin a estimé *« devoir les soumettre à l'examen du Conseil constitutionnel afin que leur conformité à la Constitution ne puisse être affectée d'aucune incertitude et que puisse être consacrée par les voies les plus appropriées la valeur de référence des règles principales qu'ils édictent ».*

Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le

---

900 Tout particulièrement les nouveaux Art. L.152-1 à L.152-9, les Art. L.671-7, L.672-5, L.162-16 et L. 162-16-1 du code de la santé publique, l'Art. 8 bis de la loi.

901 Notamment les nouveaux Art. 311-19 et 311-20.

902 MATHIEU (B), « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science, À propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 », *RFDA*, 1994, p. 1019 ; *« Cette dernière saisine est originale car elle vise « eu égard à la portée déterminante de ces textes pour la mise en ouvre de libertés et de droits fondamentaux qui procèdent de principes et de règles à valeur constitutionnelle » à ce que leur « conformité à la Constitution ne puisse être affectée d'aucune incertitude » et que « puisse être consacrée par les voies les plus appropriées, la valeur de référence des règles principales qu'ils édictent ». Aucun grief spécifique d'inconstitutionnalité n'est invoqué par le président Seguin ».*

commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ; et que l'ensemble des dispositions de ces lois mettent en oeuvre, en les conciliant et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables, le Conseil constitutionnel a déclaré, le 27 juillet 1994, conformes à la Constitution 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[903]. Dans un considérant, préambule à sa décision, le Conseil constitutionnel fixe les normes de constitutionnalité applicables. Il dégage ainsi un nouveau principe constitutionnel : la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation[904].

* * *

134. Conclusion du Chapitre I du Titre II - Avec les progrès réalisés depuis la Renaissance, la manière de voir et d'appréhender le corps humain a radicalement évolué. Corroborant l'image d'un « corps-machine », d'un corps « transparent » ces progrès ont ouvert la marche à une réelle émancipation physique et pratique des composants humains. N'ayant pas la possibilité de s'opposer à cette évolution, le droit a été forcé d'aménager la collecte et la distribution des produits et éléments en provenance du corps humain. Cette démarche n'a dans un premier temps été que ponctuelle ; appréhendant singulièrement chaque pratique nouvelle indépendamment de toute réflexion quant à un droit général propre à l'intégrité physique de la personne. Ce n'est que dans un second temps que le législateur - conscient des risques induits par les bouleversements introduits par les sciences de la vie et plus particulièrement par l'expérimentation sur l'homme - s'est attelé à l'élaboration d'un cadre normatif général. Il en vint ainsi à reconnaître un ensemble de

---

903 Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC.

904 MATHIEU (B), « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science, À propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 », *RFDA*, 1994, p. 1019

principes tendant à assurer le respect de la dignité de la personne humaine[905]. À cette occasion, la dignité a successivement été reprise par les différentes branches du droit national et international pour devenir un principe matriciel, indérogeable, absolu qui permet d'élever certaines limites légitimes. Si elle coïncide avec un besoin normatif particulier, propre aux nouveaux usages médicaux ayant trait au corps humain, la dignité humaine a surtout permis d'ériger dans son sillon un droit général propre aux pratiques touchant à l'intégrité physique de la personne.

Entérinant de fait la réalité de certains usages qui lui ont été imposés, notamment, par la représentation objectivante et médicale du corps humain[906], les lois n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 et de la loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 ont amené à considérer les produits et éléments issus du corps par l'expérience et la pratique comme des choses, dans l'échange, dans le marché, comme l'avait ainsi déjà suggéré, le Professeur David, dans sa thèse[907], qui en confrontant le droit et la médecine justifiait que l'on puisse classer le corps dans la catégorie des choses et plus spécifiquement parmi les choses de droit commun. Le droit ne pouvant aller contre le progrès[908], il a été possible de constater un renversement des valeurs ; quand bien même cela impliquerait de transformer les éléments et produits issus du corps humain en autant d'objets potentiellement altérables et échangeables.

---

905 Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343 DC, GDCC, p. 854 ; *« Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »*.

906 MARZANO (M), « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000, p. 60.

907 V. DAVID (A), *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses*, Thèse, Paris, 1953.

908 BINET (J-R), *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, éd. Puf, 2002.

CHAPITRE II - UN CORPS QU'IL EST PARTIELLEMENT POSSIBLE DE S'APPROPRIER

135. La réincarnation du droit - Dans le sillage des découvertes et des pratiques médicales contemporaines, le corps humain s'est mû en une réalité juridique tangible, en un « objet juridique nouveau »[909]. Depuis la promulgation des lois de bioéthique relatives au respect du corps humain, le Code civil contient des dispositions régissant les principes généraux destinés à assurer cet objet[910]. Affirmées, en forme de préambule par l'article 16 du Code civil, ces lois se sont donné pour objectif d'assurer la primauté de la personne, d'interdire toute atteinte à la dignité de celle-ci et enfin de garantir le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Ces principes en application desquels sont notamment affirmées l'inviolabilité et la non-patrimonialité du corps humain[911], forment un dispositif de protection de la dignité de la personne humaine dont les enjeux font écho à la révolution scientifique inscrite dans le sillage bioéthique. Ces principes directeurs contenus dans les lois relatives au respect du corps humain sont intégrés, sous l'égide du droit général, au Code civil. Simultanément, les règles pratiques relatives au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal sont renvoyées dans le Code de la santé publique[912].

Contrairement aux principes contenus dans le Code civil, les règles insérées dans le Code de la santé publique s'apparentent davantage à une politique réglementaire, gestionnaire et pratique[913] ; organisant la cessibilité de la matière humaine (**Section I**) et l'appropriabilité de la matière humaine (**Section II**).

---

[909] MARZANO (M), « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000, p. 49.

[910] Un cadre complété notamment par des dispositions concernant les caractéristiques génétiques de la personne, et depuis la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, par des dispositions régissant l'utilisation des techniques d'imagerie cérébrale.

[911] PENNEAU (J), « Corps humain, bioéthique », *Rép. civ.*, septembre 2012 (actualisation : octobre 2014).

[912] THOUVENIN (D), « Le réexamen de la loi relative à la bioéthique : origine, méthodes et objectifs, Dossier « Lois de bioéthique: réexamen, enjeux et débats », *Regards sur l'actualité*, n° 356, décembre 2009.

[913] MOHORADE (L), *Le débat sur la gestation pour autrui lors de la seconde révision des lois de bioéthique françaises : D'un conflit de légitimités à une entreprise de légitimation*,Thèse, Bordeaux, 2012, p. 165.

SECTION I - LA CESSIBILITÉ DE LA MATIÈRE HUMAINE

136. Au travers la mécanique des corps - Dans sa version initiale, le Code civil n'appréhendait pas la personne comme un être humain fait de chair et de sang, mais comme une personne juridique abstraite et désincarnée, un sujet de droits et d'obligations. Jusqu'à ces dernières décennies, l'on n'opérait d'ailleurs aucune distinction de nature entre les substances humaines. Sans distinction quant à leur attachement au corps humain, les substances sont humaines parce qu'elles étaient humaines avant. Et si l'on croit que le corps s'identifie à la personne, ces substances, détachées ou non, le sont tout autant[914]. Mais dans les États modernes, où les activités liées à la santé des personnes ont permis une amélioration sensible des soins, chacun a pu voir des produits issus d'un corps pénétrer dans un autre[915]. À l'heure du fordisme thérapeutique, ce n'est plus aujourd'hui une vue de l'esprit que de changer la nature de l'objet du transfert par la réalisation même de celui-ci. De la possibilité simplement pratique et technique d'accéder aux éléments et produits humains, il existe en effet, en aval et/ou en amont, un cadre juridique pour pourvoir à ladite possibilité. Un aménagement qui prévoit et organise de manière plus ou moins rigoureuse les différentes actions dont le corps peut être l'objet. Aussi, ce n'est plus seulement la possibilité simplement physique, matérielle, de disposition, de détachement de la personne, du sujet de droit qui change la nature du corps, de ses éléments et produits, mais bel et bien le droit positif. Il reconnaît dorénavant que le don, comme les autres opérations visant à la réalisation de prélèvements, ne se distingue pas - dans les conditions auxquelles il obéit - d'autres types de conventions que connaît le droit[916].

Si l'on s'attache à l'appréhension des opérations exceptionnellement autorisées à porter atteinte à l'intégrité physique de la personne, l'on constate que le corps humain a à la fois été introduit dans le commerce juridique (**Paragraphe 1**) et dans le domaine contractuel (**Paragraphe 2**).

---

914 BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 149 et s.
915 BAUD (J-P), « La nature juridique du sang », *Rev. Terrain*, n° 56, mars 2011, n° 29.
916 ANCEL (P), *L'indisponibilité des droits de la personnalité : une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Thèse, Dijon, 1978, p. 195 et s.

Paragraphe 1 - L'introduction du corps dans le commerce juridique

137. Le corps, de l'indisponibilité à la non-patrimonialité - Initialement, le droit général a placé le corps humain hors d'atteinte des volontés individuelles. Conforté par le caractère sacré de la personne humaine[917], le corps a ainsi longtemps été préservé des atteintes extérieures et du libre pouvoir de la volonté individuelle. Ainsi que le note le Professeur Xavier Labbée, le mot « chose » a toujours eu tendance à effrayer les juristes[918].

Toutefois une opposition flagrante de trajectoires est progressivement apparue, tant sur le plan théorique que pratique. En admettant que la personne puisse disposer sous certaines conditions de certains éléments et produits de son corps, le droit général a été amené à rompre avec le caractère strictement hors d'atteinte du corps humain. Aménageant la collecte et la distribution desdits produits et éléments qui en sont issus, le droit n'avait en effet d'autre choix que de nuancer sa position concernant leur disponibilité et leur cessibilité. Il fut donc forcé, dans un souci de cohérence, de rompre avec l'interdiction et la restriction de principe jusqu'alors appliquée au droit de disposer de son corps. Jadis, l'indisponibilité du corps humain (A), de ses éléments et produits, était qualifiée de principe essentiel du droit français. Toutefois, pour être en accord avec la pratique scientifique et juridique, l'indisponibilité a été forcée de s'effacer au profit du principe plus souple, et davantage nuancé, de non-patrimonialité (B).

A - L'INDISPONIBILITÉ DU CORPS HUMAIN

L'on dit d'un bien qu'il est indisponible lorsqu'il n'est pas permis d'en disposer. Affirmer que le corps humain, ses éléments et produits sont indisponibles signifie que ces derniers sont hors du commerce juridique (***1***). Pour autant, « hors du commerce » ne signifie pas « hors des échanges commerciaux ». Le corps demeure en effet accessible à l'échange (***2***).

---

917 *Lamy Droit des personnes et de la famille*, Partie 2, Les personnes physiques, Titre 1, La personne humaine, Etude 212, Section 1, Sous-Section 3, §1.

918 LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 242.

1 - Un corps par principe hors du commerce juridique

138. Le corps au travers la personne - La disponibilité est la qualité juridique d'un bien, d'un droit ou d'une action dont il est possible de disposer librement[919], tandis que l'indisponibilité s'entend comme la qualité d'un bien, d'un droit ou d'une action qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition, qui échappe donc au libre pouvoir de la volonté individuelle par interdiction ou restriction du droit d'en disposer[920]. En 1989, la première chambre civile avait déjà expressément fait référence à cette qualité relativement aux rapports que la personne entretient avec son corps[921]. Le 31 mai 1991, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière[922], est allée jusqu'au bout du raisonnement et a même consacré l'indisponibilité du corps humain comme un principe d'ordre public. Il faut toutefois se garder de penser que ce principe existe comme règle juridique explicite. Il n'est reconnu que de manière implicite, déduit de l'ancien article 1128 du Code civil aux termes duquel il n'y a que les choses qui sont dans le commerce juridique qui puissent être l'objet de conventions[923].

Irma Arnoux explique que : *« Pour la doctrine civiliste classique, le corps ne peut être l'objet d'un contrat. Le raisonnement est conduit en deux temps : 1. « le corps humain est le « substratum » de la personne… De ce qu'il est la personne même, le corps tient une place tout à fait particulière dans le droit », de ce qu'il est la personne, il ne peut être ravalé au rang de chose ; 2. de ce fait, il est indisponible, il ne peut faire l'objet de conventions et entrer dans la circulation des biens »*[924]. Il est tenu compte de l'unité du corps et de la personne ; en vertu de laquelle vendre son corps reviendrait à se vendre soi-même et donc à violer sa dignité humaine.

---

919 CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014, p. 354.
920 CORNU (G), *Op. cit*., p. 539 ; *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, 2017-2018, p. 602.
921 Cass. civ. 1ère, 13 décembre 1989, n° 88-15.655.
922 Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.125, *JCP G*, 1991, II, n° 21752, note TERRE (F) ; « *La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».*
923 CE, *Sciences de la vie, De l'éthique au droit*, n° 4855, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 1988 ; BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 25.
924 ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 27.

139. La personne au travers du corps - Le principe d'indisponibilité du corps humain traduit la prise en compte, par le juge français, d'une vision « personnificatrice » du corps humain ; évitant de le réduire à un gisement de ressources biologiques librement cessibles. Il s'agit de considérer le corps comme une composante indissociable de la personne physique ; de telle sorte qu'il ne peut être appréhendé comme un objet distinct du sujet lui-même, comme une entité sur laquelle la personne pourrait exercer les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété. Au travers ce principe d'indisponibilité, les juges ont cherché à s'assurer que la personne reste toujours maîtresse d'elle-même et ne puisse être dépossédée de son propre corps, ou bien qu'elle puisse s'en déposséder volontairement[925].

Il était ainsi non seulement important de limiter les pouvoirs de la personne vis-à-vis d'elle-même, mais encore plus de veiller de manière générale à la sauvegarde de la personne et de la liberté qui la caractérise[926]. Si le sujet ne peut disposer de son corps comme d'un bien extérieur à lui, c'est en effet autant pour lui épargner de se considérer lui-même comme un instrument de dégradation, que pour lui épargner de considérer autrui comme un moyen. Il s'agit d'une emprise morale sur l'homme qui est parfois perçue au travers de la sacralité du corps et qui se refuse à ce que ce dernier soit appréhendé comme une simple matière. Positivement conçus comme étant incompatibles avec toute circulation, le corps, ses éléments et produits, sont ainsi appréhendés comme étant *ex iure civile.* Indissociables de la personne, ils sont considérés comme étant indispensables et irremplaçables, et cela quelqu'en soit la nature, aussi menue et secondaire soit-elle. Ne pouvant naturellement être échangés, ils répugnent à toute circulation. Faute de pouvoir être mesurés, comparés, échangés ou pleinement remplacés par d'autres biens équivalents[927], ils demeurent hors du commerce juridique[928].

---

[925] V. VISSER'T HOOFT (H), *Les actes de disposition concernant le corps humain, quelques remarques philosophiques*, APD, t. 24, 1979, p. 88.

[926] TERRE (F) et FENOUILLET (D), Droit Civil, *Les personnes*, *Personnalité-Incapacité-Protection*, Dalloz, 8ème éd., 2012, p. 60.

[927] SÉRIAUX (A), « Patrimoine », *Rép. civ.*, 2017, n° 28.

[928] V. Proposition de loi constitutionnelle n° 1363 visant à rendre constitutionnel le principe d'indisponibilité du corps humain, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 septembre 2013 ; *« La République française garantit le respect des grands principes applicables à la protection de la dignité humaine au premier rang desquels on compte la protection du corps humain et l'impossibilité d'en faire, lui ou les produits qui en sont dérivés, l'objet de transactions financières ou non ».*

2 - Un corps au demeurant accessible à l'échange

140. Droit des personnes, droit des biens - En toute logique, le corps humain n'est pas une chose hors commerce, car il n'est tout simplement pas une chose. Et c'est précisément parce que le corps n'est pas une chose, même hors commerce, qu'il n'est pas disponible[929]. Si seules les choses qui sont dans le commerce peuvent être l'objet de conventions, les personnes, qui ne sont pas des choses, en sont nécessairement écartées. À la différence de la chose, qui peut ou non être dans le commerce, la personne répugne toujours, par nature, à faire l'objet d'actes juridiques visant à sa circulation. La distinction des personnes et des choses établit en ce sens la première ligne de démarcation entre ce qui est soustrait du commerce juridique et ce qui, à l'inverse, ne l'est pas. Le Professeur Anne-Blondine Caire estime notamment que les termes de disponibilité et d'indisponibilité relèvent du droit des biens. Ils apparaissent de ce fait peu appropriés à l'endroit du corps humain. Dans ces conditions, comment la disposition peut-elle s'appliquer au corps humain ?[930] D'autant que suivant cette interrogation, le principe d'indisponibilité du corps humain apparaît comme frappé d'un vice radical : il se révèle contraire aux faits[931].

En effet, la possibilité de prélever les éléments et produits issus du corps humain conduit à reconsidérer l'intangibilité de ce principe[932]. Dans un sens classique, l'indisponibilité empêche aussi bien les actes de disposition accomplis à titre onéreux que ceux accomplis à titre gratuit. Aude Bertrand-Mirkovic précise à ce sujet que lorsqu'une chose est indisponible, elle doit l'être complètement, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit[933]. Conforté par les réticences de la terminologie - et par la place même de l'ancien article 1128 au sein du Code civil - l'usage a ainsi donné à considérer le corps humain comme étant une chose, hors commerce certes, mais une chose quand même.

---

929 *Lamy Droit des personnes et de la famille*, Partie 2, Les personnes physiques, Titre 1, La personne humaine, Etude 212, Section 1, Sous-Section 3, §1.

930 CORNU (G), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, éd. Montchrestien, 12ème éd., 2005, n° 479.

931 MAYER-JACK (A), « Les conventions relatives à la personne physique », *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1933, p. 6.

932 CAIRE (A-B), « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS*, 2015, p. 865.

933 BERTRAND-MIRKOVIC (A), Droit civil, Personnes, Famille, éd. Studyrama, 3ème éd., 2010, n° 107.

141. Hors du commerce, hors du marché - Le Professeur Alain Sériaux a noté que « hors du commerce » ne signifie pas « hors échanges commerciaux » mais « hors de toute transaction » : indisponible, ce qui signifie que la volonté humaine ne saurait avoir de prise sur les éléments constitutifs de l'être des personnes[934]. Le commerce ne désigne pas seulement les opérations commerciales *stricto sensu* mais vise le commerce juridique *lato sensu*, c'est-à-dire l'ensemble des actes juridiques dont une chose peut être l'objet. Il est à ce titre intéressant de distinguer les choses hors du commerce juridique et les choses hors du marché[935]. Une chose hors du marché n'est pas forcément hors du commerce si elle peut faire l'objet de conventions à titre gratuit[936].

Aux termes de l'article 1598 du Code civil : *« Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». A contrario*, les choses qui ne sont pas dans le commerce juridique ne peuvent être vendues et sont ainsi évincées du circuit économique. Mais de ce qu'une chose ne peut faire l'objet d'actes juridiques à titre onéreux, et en particulier d'une vente, il est parfois déduit qu'elle est hors du commerce. Pourtant, si tout ce qui est hors du commerce juridique est nécessairement en dehors du marché, l'inverse n'est pas pour autant vrai : une chose peut être soustraite aux rapports marchands sans échapper, de façon générale, au commerce juridique dès lors qu'il est possible d'en disposer à titre gratuit[937].

Pour le sang, l'interdiction de rémunérer le donneur et le recours à l'expression de « don du sang » ont certes marqué une résistance à la patrimonialisation[938], mais n'ont pas pour autant empêché le sang de circuler à son tour, et donc de rejoindre *in fine* le monde des échanges, et donc le commerce juridique[939]. Il y a là une tendance à la critique de l'indisponibilité, laquelle se traduit sur le plan juridique par un effacement progressif du principe d'indisponibilité.

---

934 GOBERT (M), « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.*, 1992, p. 489, n° 26.
935 V. HERMITTE (M-A), *Le corps hors du commerce, hors du marché*, APD, 1988, t. 33, p. 323.
936 LOISEAU (G), « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.*, 2000, p. 47.
937 LOISEAU (G), *Ibid*.
938 SAVATIER (R), « De sanguine jus », *D.* 1954, Chron. p. 141 ; V. HERMITTE (M-A), *Le sang et le droit : essai sur la transfusion sanguine*, éd. Seuil, 1996.
939 TERRE (F) et FENOUILLET (D), Droit Civil, *Les personnes*, *Personnalité-Incapacité-Protection*, Dalloz, 8ème éd., 2012, p. 69.

B - LA NON-PATRIMONIALITÉ DU CORPS HUMAIN

En contradiction avec la réalité des pratiques, l'indisponibilité s'est successivement effacée au profit du principe plus souple de non-patrimonialité. Depuis 1994, ce nouveau principe s'est résigné à accepter la disponibilité du corps, de ses éléments et produits (***1***). Désormais l'interdiction se limite à la non-transmissibilité onéreuse du corps, de ses éléments et produits (***2***).

1 - La disponibilité du corps, de ses éléments et produits

142. L'interdiction des conventions à titre onéreux - Très marquées par l'esprit de la technique du droit des biens[940], les lois de bioéthique ont frappé les esprits par leur rédaction en termes de non-patrimonialité. Depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, il est en effet précisé que : *« Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »*[941]. Ce principe de non-patrimonialité - similaire à celui énoncé par l'article 21 de la Convention sur les droits de l'homme et de la biomédecine[942] - est plus souple que le principe d'indisponibilité du corps humain. Alors que l'indisponibilité a pour effet de placer le corps hors commerce, hors d'atteinte de toute convention, la non-patrimonialité a seulement pour effet d'entraver les cessions à titre onéreux. Indiscutablement orientée vers l'acceptation de certains actes juridiques, elle a conduit à frapper de nullité les seules conventions auxquelles la loi n'accède pas, et/ou qui auraient pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits, c'est-à-dire les conventions à titre onéreux ayant un tel objet.

Si la référence à ce grand principe entend fonder les nouvelles règles sur des valeurs jugées essentielles, il n'en demeure pas moins que son affirmation a pour fonction

---

940 TERRE (F) et FENOUILLET (D), Droit Civil, *Les personnes*, *Personnalité-Incapacité-Protection*, Dalloz, 8ème éd., 2012, p. 69 ; HERMITTE (M-A), *Le corps humain, hors du commerce, hors du marché,* Archives de philosophie du droit, t. 33, 1998, p. 333 et s.

941 Art. 16-1, al. 3, du Code civil.

942 *« Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, sources de profit »*. V. aussi l'Art. 4 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997 ; *« Le génome humain, en son état naturel, ne peut donner lieu à des gains pécuniaires »*.

d'asseoir les exceptions explicitées dans le Code de la santé publique[943]. Par conséquent, la non-patrimonialité a conduit à la reconnaissance juridique - et donc à la réglementation - d'un certain nombre de pratiques telles que le prélèvement d'éléments et de produits du corps humain[944], l'assistance médicale à la procréation, l'expérimentation biomédicale[945] ou encore l'étude et l'utilisation des empreintes génétiques[946].

143. L'autorisation des conventions à titre gratuit - La non-patrimonialité du corps humain a été élaborée de manière à relayer l'indisponibilité de principe auparavant attachée au corps, à ses éléments et à ses produits. Traditionnelle en droit français[947], cette non-patrimonialité est non seulement complétée par l'article 16-5 du Code civil, mais est aussi assortie de sanctions pénales. Les articles 511-2 et 511-4 du Code pénal défendent notamment, contre paiement, d'obtenir et d'apporter son entremise pour favoriser le prélèvement de tissus, de cellules, de produits, ou d'éléments du corps d'une personne, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules, des produits ou des éléments du corps d'autrui. Ces interdictions sont par ailleurs applicables dans le cas où les tissus, cellules, produits et éléments obtenus proviendraient d'un pays étranger.

Si les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 ont rompu avec la nullité de principe qui entachait jusque-là toute convention ayant trait au corps humain, à ses éléments et produits, elles ont aussi clairement ouvert la porte aux stipulations et revendications contractuelles. Sur ce point, les lois de bioéthique ont clarifié ce qui faisait défaut à l'indisponibilité, soit la reconnaissance des pratiques visant à la disposition à titre gratuit des éléments et produits issus du corps humain. Des conventions sont donc valables, car seules sont interdites celles qui ont pour effet de conférer aux éléments ou aux produits du corps humain une valeur patrimoniale[948]. Dire que le corps, ses éléments et produits, ne peuvent faire l'objet de conventions à titre onéreux, c'est en effet laisser le

---

943 THOUVENIN (D), « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *RTD civ.*, 1994, p. 717.

944 Art. 16-6 du Code civil ; Cass. crim., 3 février 2010, n° 09-83468 ; « Q*u'en effet, les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherches médico-légales pour les nécessités d'une enquête ou d'une information, qui ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial aux termes de l'Art. 16-1 du Code civil, ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'Art. 41-4 du code de procédure pénale ».*

945 Art. L.1121-1 et s. du Code de la santé publique.

946 Art. 16-10 et s. du Code civil.

947 PETIT (B), *Les personnes*, éd. Pug, 3ème éd., 2003, p. 27.

948 Art. 16-5 du Code civil.

champ ouvert aux conventions à titre gratuit, et donc suggérer qu'il y a bien finalement une place pour le corps humain, ses éléments et produits, auprès des actes juridiques.

2 - La non-transmissibilité onéreuse de ses éléments et produits

144. La disponibilité du corps - Pour Lucien Sève, le langage des biologistes, comme celui des juristes, brille le plus souvent par sa précision. Toutefois, lorsqu'il est question des concepts les plus communs, sans lesquels aucun avis éthique n'est formulable, être humain, personne, respect, dignité, ce souci de précision semble ne plus être requis[949]. Il est évident que la référence à la notion de patrimoine hante le législateur. Au travers elle subsiste un raisonnement en termes de droit des biens qui s'était, antérieurement, manifesté par l'expression d'indisponibilité du corps humain.

Pour autant, le législateur n'envisage pas le don d'éléments et produits du corps humain autrement que sous l'angle contractuel. Le Professeur Grégoire Loiseau remarque d'ailleurs que, dans le droit spécial du Code de la santé publique, lorsque le législateur qualifie l'acte visant au don d'éléments et produits du corps humain de « cession »[950], il prend soin, dans les dispositions de droit commun du Code civil, de laisser cours à la conclusion d'un tel contrat à titre gratuit en prohibant expressément les contrats ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale audits éléments et produits[951]. Lorsque le législateur énonce que : *« Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles »*[952], il ne prohibe expressément que les contrats ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale aux éléments et produits du corps humain. Cela peut paraitre tautologique, seulement, il est important de noter que le corps humain, ses éléments et produits peuvent valablement faire l'objet de conventions.

---

[949] SEVE (L), *Pour une critique de la raison bioéthique*, éd. Odile Jacob, 1994, p. 62.

[950] Art. 1121-1 du Code de la santé publique ; *« 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 civil et par les dispositions du présent livre. Les activités afférentes à ces éléments et produits, mentionnées au présent livre, y compris l'importation et l'exportation de ceux-ci, doivent poursuivre une fin médicale ou scientifique, ou être menées dans le cadre de procédures judiciaires conformément aux dispositions applicables à celles-ci ».*

[951] LOISEAU (G), « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, p. 2252.

[952] Art. 16-5 du Code civil.

145. L'extra-commercialité du corps - La réforme de 1994 a introduit une non-transmissibilité onéreuse. Celle-ci considère les éléments et les produits du corps comme des biens dont le commerce est limité par le principe de gratuité, mais pas interdit. D'ailleurs, le fait qu'ils ne soient cessibles qu'à titre gratuit n'empêche pas qu'on puisse les qualifier de biens, puisque, comme tout bien, ils peuvent être transmis pour procurer une utilité à un autre. Il ne s'agit pas de choses hors commerce, car la cession gratuite fait partie du commerce juridique, entendu comme l'ensemble des conventions portant sur les biens. La simple reconnaissance dans la licéité des conventions à titre gratuit autorise en ce sens chacun - dans les conditions fixées par la loi - à disposer des éléments et produits de son corps, pourvu que ce soit à titre gratuit[953].

Mais le fait de parler de don trahit une fois encore la reconnaissance implicite d'un droit à tendance patrimonial de la personne sur le corps, et cela pour la simple et bonne raison qu'il est impossible de donner ce que l'on ne possède pas. Situer la discussion en termes d'indisponibilité puis *a fortiori* en termes d'extrapatrimonialité, c'est implicitement, mais nécessairement donner à penser que la personne pourrait, si la loi l'y autorisait, disposer des mêmes droits sur les éléments et produits issus « de son corps » que ceux dont elle dispose déjà vis-à-vis des éléments de son patrimoine[954]. Marie Cornu a justement fait remarquer la maladresse du législateur, qui au lieu d'extrapatrimonialité aurait dû se contenter de parler d'extra-commercialité, sauf à assimiler patrimonialité et pécuniarité[955]. En effet, si le corps vivant est en tant que tel - et en raison de son assimilation impérieuse à la personne - éloigné des conventions à titre onéreux, l'extrapatrimonialité pourrait comme l'indisponibilité avant elle marquer un abus de langage. S'agissant d'éléments et produits détachés du corps qui sont instrumentalisés comme des choses, le sang, le sperme, les tissus et cellules, mais aussi, les organes peuvent très bien faire l'objet d'actes de disposition entre vifs. Tout au plus, pour chacun, la loi impose-t-elle certaines conditions, dont la gratuité de l'acte. Or cela n'éloigne pas les éléments ainsi considérés du patrimoine de la personne.

---

953 PENNEAU (J), « Corps humain, bioéthique », *Rép. civ.*, septembre 2012 (actualisation : octobre 2014).
954 TERRE (F) et FENOUILLET (D), Droit Civil, *Les personnes*, *Personnalité-Incapacité-Protection*, éd. Dalloz, 8ème éd., 2012, p. 68.
955 CORNU (M), « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *D.* 2009, n° 28, p. 1909.

Paragraphe 2 - L'introduction du corps dans le domaine contractuel

146. La circulation organisée des éléments et produits humains - En tant que convention créatrice d'obligation(s)[956], le contrat est communément considéré comme l'outil de base de tout échange, que ce soit dans les relations de patrimoine à patrimoine ou en dehors. Qu'il s'agisse de contrats réels ou personnels, nous nous engageons tous quotidiennement à réaliser telle ou telle prestation ou à transférer tel ou tel bien : lorsque l'on achète notre pain, un billet de train ou d'avion, lorsque l'on souscrit à un crédit ou un bail[957]. Le contrat occupe ainsi, eu égard à sa fonction, une place considérable dans notre vie quotidienne, au point d'être considéré comme l'un des trois piliers du Droit, parmi les biens et la famille[958]. Passerelle entre le patrimoine de tous et les intérêts de chacun, le contrat est au nombre de ces figures dont on ne perçoit plus la présence tant elles font partie de notre quotidien. S'il est possible d'échapper au droit pénal ou aux dispositions du droit du travail, il est impossible d'échapper au droit des contrats. Que ce soit dans les relations de personne à personne, ou dans les relations que la personne entretient avec les choses qui composent son environnement, le contrat est par nature omniprésent[959].

Avant même que les progrès dans le domaine du vivant autorisent prélèvements et greffes, le contrat appréhendait déjà cheveux, ongles, lait maternel, et plus généralement tous les produits du corps humain ne poursuivant pas un usage médical et scientifique, et/ou prélevés et utilisés à des fins thérapeutiques autologues dans le cadre d'une seule et même intervention médicale, sans être conservés ou préparés. Désormais, le sang, le plasma et leurs dérivés, le sperme, les ovocytes, ou même les organes sont eux-mêmes

---

956 Art. 1101 du Code civil.

957 RESPAUD (J-L) et MAINGUY (D), *Droit des obligations*, Coll. Cours magistral, éd. Ellipses, 2008, p. 27.

958 V. CARBONNIER (J), *Flexible Droit*, *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. LGDJ, 10ème éd., 2014.

959 V. PROUDHON (P-J), *Système des contradictions, ou philosophie de la misère*, t. 1, 1846, chap. II ; *« La capacité qu'ont tous les produits, soit naturels, soit industriels, de servir à la subsistance de l'homme, se nomme particulièrement valeur d'utilité; la capacité qu'ils ont de se donner l'un pour l'autre, valeur en échange... Comment la valeur d'utilité devient-elle valeur en échange ?... La génération de l'idée de la valeur (en échange) n'a pas été notée par les économistes avec assez de soin : il importe de nous y arrêter. Puis donc que, parmi les objets dont j'ai besoin, un très grand nombre ne se trouve dans la nature qu'en une quantité médiocre, ou même ne se trouve pas du tout, je suis forcé d'aider à la production de ce qui me manque, et comme je ne puis mettre la main à tant de choses, je proposerai à d'autres hommes, mes collaborateurs dans des fonctions diverses, de me céder une partie de leurs produits en échange du mien ».*

l'objet de conventions. Aujourd'hui, rares sont les éléments ou produits du corps humain qui échappent au contrat. Le Professeur Jean-Pierre Baud a justement noté, à propos du sang, qu'il était entré *« dans un mécanisme qui en fait un produit industriel et, parfois, contrairement à ce qu'on a écrit jusqu'à ce jour, une marchandise »*[960]. C'est ainsi que de l'innommé au nommé (A), le corps humain, ses éléments et produits, disposent aujourd'hui de leur propre régime juridique. Du don au contrat réel (B), tous les produits du corps humain sont assurément appréhendés par le droit comme des choses pouvant faire l'objet de conventions dans les conditions que la loi autorise pour cela.

A - LE CORPS HUMAIN, DE L'INNOMÉ AU NOMMÉ

Dans le cadre de la formalisation des conventions ayant trait au corps humain, à ses éléments et produits, le législateur a mis en place un cadre spécifique (***1***). Il a procédé à la circonscription de ces mêmes conventions et subordonné leur licéité à certaines exigences tout aussi spécifiques (***2***).

1 - La mise en place d'un cadre spécifique

147. De l'exceptionnel au commun - Naturellement, le contrat se prête à la réalisation d'une infinie d'opérations économiques. En vertu de la liberté contractuelle, il est possible d'imaginer autant de contrats qu'il y a d'opérations. Pluriel dans ses formes, le contrat peut ainsi être usuel : lorsqu'une personne achète son pain par exemple, d'entreprise : lorsqu'elle achète un billet de train ou d'avion, complexe : lorsqu'elle souscrit à un crédit ou un bail, ou encore il peut être spécial : comme les contrats d'affaires, de distribution, de cession d'action ou de sous-traitance[961]. Les relations les plus fréquentes se font au moyen de contrats établis sur le même modèle. On parle à leur propos de contrats nommés ; par opposition aux contrats originaux que l'on dit innomés[962]. La

---

[960] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 198.
[961] RESPAUD (J-L) et MAINGUY (D), *Droit des obligations*, Coll. Cours magistral, éd. Ellipses, 2008, p. 27.
[962] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd., 2017, n° 867.

fixation du régime juridique de l'innommé s'effectue la plupart du temps par référence aux cadres nommés les plus proches. Dans un droit se développant en fonction des nécessités, suivant une évolution continue, la transformation de cadres innommés en cadres nommés est parfois fulgurante[963].

C'est suivant cette dynamique que les lois de bioéthique ont autorisé des opérations qui sont venues rejoindre l'intervention volontaire de grossesse, mais aussi de nombreuses conventions légalisées en tant qu'actes accomplis dans l'intérêt d'autrui. Cela est notamment le cas des dons d'organes ou de produits qui se régénèrent, mais surtout des actes à but thérapeutiques comme le don du sang ou le prélèvement d'organes sur une personne vivante. Passant de l'exceptionnel, du subsidiaire, du relatif et du transitoire au commun, les conventions ayant trait au corps humain, à ses éléments et produits, ont emprunté au nommé jusqu'à ce que leur régime soit suffisamment fixé. Pour parvenir à encadrer les pratiques autorisées par les progrès de la technique, le droit n'a pas seulement rompu avec le caractère strictement indisponible du corps humain, de ses produits et éléments, il a aussi pourvu à la formalisation de certaines conventions. Cela a pris du temps, mais le corps humain a fini par devenir l'objet de contrats nommés.

148. De l'illicéité à la licéité - Par le biais des lois de bioéthique, le législateur a parachevé la transformation du corps biologique en un corps juridique. La standardisation de la greffe, et l'accroissement de la demande l'ont motivé à intégrer au Code civil plusieurs dispositions visant à concilier la satisfaction des besoins contemporains en rapport avec le domaine médical et la protection de la personne en son corps. De l'utilisation du corps à l'exploitation et l'appropriation par autrui, il faut bien insister sur le fait que pour user du corps, de ses éléments et produits, il a fallu créer, en aval et/ou en amont, les conditions nécessaires, et utiliser les moyens contraignants à sa fabrication en tant qu'objet d'échange[964]. Mais s'il s'agit en premier lieu de faire en sorte que la cession d'une substance humaine s'accorde avec le respect de ce nouvel ordre public, il s'agit aussi - et surtout - d'entraver d'éventuels glissements.

---

963 TERRE (F), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, éd. LGDJ, 2014, p. 454 et s.

964 POULIN (R), « Prostitution, crime organisé et marchandisation », *Rev. Tiers Monde*, 2003, n° 176, p. 769.

Organisant la licéité de plusieurs atteintes à l'intégrité physique de la personne, le législateur a ainsi aménagé un cadre juridique propre aux conventions ayant trait au corps humain, à ses éléments et produits. Il a pour cela fixé des conditions précises pour leur validité ; de telle sorte que la faculté contiguë de consentir à ce qu'il soit procédé à des fins thérapeutiques sur son corps au prélèvement d'éléments ou de produits s'accorde avec certaines conditions que la loi détermine spécifiquement. La circulation des éléments et produits issus du corps humain obéit dès lors à certaines exigences légalement fixées. En dehors de la possibilité simplement physique, matérielle, de disposition, de détachement de la personne du sujet de droit, il faut désormais une autorisation du droit positif, du droit objectif[965].

2 - La mise en place de conditions spécifiques

149. La nécessité médicale - Pour bénéficier du fait justificatif de permission de la loi, les conventions ayant trait au corps humain, à ses éléments et produits, sont subordonnées au respect de plusieurs conditions cumulatives, des exigences générales, essentielles[966] : il s'agit notamment de la nécessité médicale ou de la finalité thérapeutique, de la gratuité et de l'anonymat. Fait justificatif de l'atteinte au corps humain, la nécessité médicale constitue l'une des principales conditions de validité du contrat médical. Aux termes du premier alinéa de l'article 16-3 du Code civil, il ne peut en effet être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale[967] pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui[968]. La nécessité médicale individuelle justifie l'atteinte au corps humain par la sauvegarde d'un intérêt supérieur, que la santé du patient, et, à plus forte raison, sa vie, semblent concerner. Cette nécessité médicale se confond ainsi avec l'intérêt légitime du sujet de l'acte ou le bénéfice

---

965 V. FABRE-MAGNAN (M), « Propriété, lien social et patrimoine », *RTD civ.*, 1997, p. 583.

966 PETIT (B), *Les personnes*, éd. Pug, 3ème éd., 2003, p. 27-28 ; BONNARD (J), « La révision des lois bioéthiques », *D.* 2010, p. 846.

967 PENNEAU (J), « Corps humain, bioéthique », *Rép. civ.*, septembre 2012 (actualisation : octobre 2014) ; « *La notion de nécessité médicale, substituée par la loi n° 99-641 du 27 Juin 1999 à la notion de nécessité thérapeutique employée par le texte d'origine, est certainement plus pertinente, car elle recouvre non seulement les actes thérapeutiques, mais également les examens para-cliniques, les actes et actions préventifs et des actes qui n'entrent dans aucune de ces rubriques ou pour lesquels il n'existe qu'une nécessité thérapeutique discutable ou parfois artificielle ».*

968 Référence ajoutée par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004.

thérapeutique d'un tiers. Consacrant une solution dont les manifestations avaient déjà été retenues en jurisprudence[969], cette nécessité s'oppose à la contingence ou à l'inutilité, et concerne des actes indispensables, essentiels, ou encore obligatoires. Préalable indispensable à toute atteinte au corps humain, cette nécessité médicale est aussi une cause objective d'irresponsabilité pénale[970]. En effet, lorsque le temps presse, qu'il n'est plus possible d'attendre, que la nécessité est d'agir, l'état de nécessité permet de déroger à certaines des conditions exigées d'ordinaire par le droit commun[971].

150. La gratuité - Après la nécessité médicale vient ensuite la gratuité des conventions[972]. Celle-ci s'entend principalement par le biais de l'article 16-5, en ce qu'il proscrit toute convention qui serait en mesure de conférer au corps humain une quelconque valeur patrimoniale. L'article L.1211-4 du Code de la santé publique précise qu'*« 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 ».* Aucun texte ne consacre explicitement ce principe. Bien qu'il soit souvent rattaché au principe de non-patrimonialité, ce principe de gratuité ne correspond pas à un principe juridique moteur de l'action des pouvoirs publics en ce domaine ni à une règle de droit imposable à l'ensemble des personnes engagées dans la mise en oeuvre de ce droit[973]. Mais qu'est-ce que la gratuité sinon l'absence de rémunération ? Cela étant, depuis les premières lois de bioéthique le principe de gratuité gouverne l'utilisation des éléments et produits issus du corps humain[974].

151. L'anonymat - Enfin, après la nécessité médicale et la gratuité vient l'anonymat. Celui-ci garantit la neutralité du processus. Il défend de divulguer quelque information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un

---

969 Cass. civ. 1ère, 5 mars 1974, n° 72-12540 ; Cass. civ. 1ère, 5 mars 1974, n° 73-11862.

970 HENNION-JACQUET (P), « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038.

971 Art. 122-7 et 223-6 du Code pénal ; V. PY (B), *Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril*, AJP, 2012, p. 384.

972 Art. 16-6 du Code civil ; « *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 ».*

973 KOUBI (G), « Réflexions sur la gratuité dans le droit de la santé », *RDSS*, 1999, p. 1.

974 CAIRE (A-B), « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS*, 2015, p. 865.

produit de son corps et celui qui l'a reçu ; de sorte que le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur[975]. Il permet notamment en matière de don de gamètes de ne pas accorder à la parenté biologique une valeur excessive par rapport à la parenté sociale et affective[976]. Vis-à-vis de cela, l'anonymat suscite, en France, d'intenses discussions, notamment par rapport au droit de connaître ses origines. Mais malgré le fait qu'une quinzaine de pays ne partagent pas sa perception[977], le législateur français a entendu rappeler son attachement au principe d'anonymat et conforter au travers la réforme des lois bioéthiques de 2011[978]. L'anonymat s'applique à tous les types de dons et ne demeure contournable qu'en cas de nécessité thérapeutique[979]. L'anonymat peut être appréhendé comme le corollaire à la fois de l'intégrité du corps humain[980], et de la gratuité, en ce sens que le fait d'ignorer l'identité du donneur évite le sentiment de dette[981].

152. D'autres exigences spécifiques - L'ensemble de ces exigences dresse le cadre juridique au sein duquel un praticien est autorisé à pratiquer des gestes attentatoires à l'intégrité corporelle. Elles sont en *sus* complétées par d'autres, plus spécifiques, propres aux différentes opérations. Par exemple, le prélèvement d'organe obéit à des règles différentes selon qu'il est pratiqué du vivant du donneur ou après le décès de celui-ci[982]. Sur une personne vivante, le prélèvement ne peut être effectué en principe que sur un donneur capable[983] et dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur, lequel ne peut être que le père ou la mère du donneur, ou par dérogation, son conjoint, son frère ou sa soeur, son fils ou sa fille, l'un de ses grands-parents, l'un de ses oncles ou tantes, l'un de ses cousins germains ou cousines germaines, ou enfin que le conjoint de son père ou de sa

975 Art. 16-8 du Code civil ; Art. L.1121-5 du Code de la santé publique.

976 LANSAC (J) et GUERIF (F), *L'assistance médicale à la procréation en pratique*, éd. Masson, 2005, p. 313.

977 BONNARD (J), « La révision des lois bioéthiques », *D.* 2010, p. 846.

978 Art. L.1221-1, L.1211-5, L.1221-7, L.1244-7 et R.1244-1 du Code de la santé publique.

979 Art. 16-8, al. 2, du Code civil.

980 Art. 16-3 du Code civil.

981 V. MAZZONI (C-M), « Le don, c'est le drame. Le don anonyme et le don despotique », *RTD civ.*, 2004, p. 701, n° 10.

982 PETIT (B), *Les personnes*, éd. Pug, 3ème éd., 2003, p. 28.

983 Art. L.1231-2 du Code de la santé publique ; même si conformément à l'appréciation d'un comité d'experts il est exceptionnellement possible d'effectuer un prélèvement sur la personne d'un mineur ; Art. L. 1231-3 du Code de la santé publique.

mère[984]. Cette exigence tient par ailleurs au fait qu'il est préférable d'opérer des prélèvements d'organes sur des corps sans vie. Bien que des études assez récentes montrent que l'efficacité des greffes est bien meilleure lorsque les organes proviennent de donneurs vivants, il existe tout de même des risques non négligeables de décès de l'ordre d'environ trois décès pour dix mille prélèvements de reins et presque une sur cent pour le foie d'adulte à adulte[985]. Au regard de ces risques, le Conseil de l'Europe a décidé de poser, le 24 janvier 2002, des restrictions au prélèvement d'organes sur donneurs vivants préférant que de tels prélèvements ne restent qu'exceptionnels[986].

B - LE CORPS HUMAIN, DU DON AU CONTRAT RÉEL

Les conventions relatives à la circulation des éléments et produits humains ont en commun deux traits propres aux contrats réels. Les contrats réels se définissent comme ceux dont la formation implique non seulement l'accord de volontés des parties (***1***), mais aussi la remise de la chose (***2***) qui fait l'objet du contrat.

1 - L'accord de volontés des parties

153. Une volonté réitéré - Globalement, les conventions portant sur la mise à disposition des éléments et produits issus du corps humain ne sont pas bien différentes des conventions qu'il est possible de rencontrer habituellement lorsqu'il est question de transférer la propriété d'un bien. Elles obéissent à des conditions assez similaires. Comme elles, elles prennent la forme d'un accord de volontés. Condition classique à toute convention, le consentement apparaît comme une évidence, tant le droit est attaché au principe de l'autonomie de la volonté[987]. Le consentement de l'intéressé doit ainsi être

---

984 Art. L.1231-1 du Code de la santé publique.

985 FAN (S-T), *Enjeux éthiques des transplantations hépatiques avec donneur vivant*, Colloque, Paris, 8 octobre 2004. ; DREIFUSS-NETTER (F), « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D.* 2005, p. 1808.

986 Art. 9 ; *« Règle générale. Le prélèvement d'organes ou de tissu ne peut être effectué sur un donneur vivant que dans l'intérêt thérapeutique du receveur et à condition que l'on ne dispose pas d'organe ou de tissus appropriés d'une personne décédée ni de méthode thérapeutique alternative d'efficacité comparable ».*

987 *Supra.* n° 59.

recueilli préalablement hors le cas où son état rendrait nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il ne serait pas à même de consentir[988]. En dehors de cette exception, aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne. L'article 16-3 du Code civil s'articule notamment sur une obligation d'information pesant sur les professionnels de santé[989].

Le patient est communément considéré comme le co-acteur de la décision médicale. Depuis que la relation du médecin avec son patient s'analyse en termes contractuels[990], celui-ci est partie au contrat. Il définit alors lui-même les termes de l'engagement. Se faisant, il peut légitimement décider d'aller à l'encontre d'un traitement médical obligatoire, quand bien même cette pratique s'analyserait comme le pendant de la protection de la santé, principe pourtant constitutionnellement garanti[991]. Cette possibilité est d'ailleurs confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci considère notamment que la vaccination obligatoire, en tant que traitement médical non volontaire, constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, tel que garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[992].

Le consentement peut en outre être retiré à tout moment[993]. Le consentement doit être renouvelé pour tout nouvel acte de soins et peut être retiré à tout moment. Il n'est jamais établi définitivement.

En France, chacun est pourtant présumé donneur, sauf s'il a exprimé de son vivant son refus d'être prélevé. Jusqu'au 1er janvier 2017, cela se faisait toujours en consultant les proches, notamment pour s'assurer que le défunt n'y était pas opposé. Mais devant le nombre insuffisant de greffons disponibles, la législation a évolué pour augmenter le nombre de greffes. Les conditions de refus ont ainsi été durcies, de sorte que :

---

988 CCNE, *Consentement en faveur d'un tiers*, Avis n° 70, 13 décembre 2001 ; *« L'exigence du consentement repose sur le principe fondamental et immémorial de l'inviolabilité du corps humain qui justifie et assure la protection de l'intégrité de la personne en son corps. […] Le législateur a prévu dans un certain nombre de situations, en considération l'ordre public ou pour des raisons de santé publique de rendre obligatoire l'intervention médicale sur le corps humain ; toutefois, même dans ces hypothèses, la valeur attachée au consentement est si prégnante, qu'il est admis qu'aucune contrainte physique ne peut être exercée ».*

989 Art. L.1111-2, al. 1, du Code de la santé publique.

990 Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ Mercier*, GAJC, éd. Dalloz, 12ème éd., 2008, n° 162-163.

991 Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; *« Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé […] ».*

992 CEDH, 9 juillet 2002, *Salvetti c/ Italie*, n° 42197/98.

993 Art. L.1211-2, al. 1, et L.1111-4 , al. 4, du Code de la santé publique.

« Le prélèvement d'organes post-mortem 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 »[994].

154. Une volonté désintéressée - Dans le cadre des contrats portant sur le corps humain, ses éléments et produits, les conditions spécifiques et cumulatives que la loi exige pour leur licéité n'ont pour seul but que de garantir le caractère libre et éclairé du consentement. L'honnêteté de l'accord de volontés des parties apparaît dès lors comme l'exigence première de tout contrat médical. La nécessité médicale, la gratuité ou l'anonymat ne sont pas dans les gènes du contrat ; celui-ci étant en effet majoritairement pensé sur le modèle de l'échange. Le Professeur Olivier Deshayes s'était directement posé la question de savoir si l'acte à titre gratuit était ou non un contrat[995]. Malgré cela, il est possible de soutenir, avec le Professeur Grégoire Loiseau, que la gratuité ne constitue pas un marqueur des contrats réels[996]. Elle fait partie intégrante du paysage contractuel français.

L'article 1107 du Code civil en son second alinéa précise que le contrat *« est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie ».* Le contrat à titre gratuit se caractérise par un acte désintéressé où l'une des parties cherche à procurer à l'autre un avantage sans attendre une quelconque contrepartie ou réciprocité. Il s'agit d'une libéralité, il suppose impérativement l'intention libérale de l'auteur, tel est le cas de la donation entre vifs : acte par lequel le donateur se dépouille volontairement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire, lequel accepte cette libéralité. À ce titre, le contrat à titre gratuit est un contrat conclu *intuitu personæ* c'est-à-dire souscrit en considération de la personne du bénéficiaire. Ceci étant, la loi n'établit aucun lien entre la gratuité de l'acte et la révocabilité du consentement. Cette exigence est surtout justifiée par les principes de dignité de la personne humaine et de non-patrimonialité du corps humain.

---

994 Loi n° 2016-41 portant modernisation de notre système de santé, 26 janvier 2016.

995 DESHAYES (O), *Gratuité et contrat : l'acte à titre gratuit est-il un contrat ?*, MARTIAL-BRAZ (N) et ZOLYNSKI (C), *La gratuité, un concept au frontières de l'économie du droit*, éd. LGDJ, 2013, n° 153.

996 LOISEAU (G), « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, p. 2252.

2 - La remise d'une chose

155. Une condition de validité du contrat - Les termes propres aux conventions portant sur les éléments et produits issus du corps humain se limitent globalement au transfert du produit ou de l'élément considéré dans les conditions légalement prévues. Les contrats emportent une obligation de *dare*[997], c'est-à-dire de transférer la propriété. À cet effet, ils traduisent l'existence d'un double mouvement : l'abandon auquel répond la mise en possession. Dans la continuité de « tradition », utilisée par le Code civil jusqu'à la réforme du 10 février 2016[998], il s'agit de désigner la remise de la chose[999].

Concrètement, les règles qui administrent le don d'éléments et produits du corps humain s'accordent plutôt bien avec le réalisme des contrats réels. Il en est d'ailleurs de même avec la finalité du procédé contractuel qui en lui-même est de permettre aux établissements de santé de disposer, physiquement, de produits et éléments humains utilisables à des fins thérapeutiques. À ce sujet, le Professeur Grégoire Loiseau remarque que c'est : *« cette remise, en tant que fait volontaire du donneur, qui forme le contrat de don d'élément ou de produit du corps humain. Avant sa réalisation, il n'y a aucun engagement du candidat au don »*[1000]. La cession, vue comme un contrat réel, ne se forme que par la remise volontaire de l'élément ou du produit humain. La faculté de consentir à ce qu'il soit procédé à des fins thérapeutiques sur son corps au prélèvement d'éléments ou de produits est en ce sens susceptible de caractériser une remise au sens du droit des contrats réels. Communément, le contrat réel se forme par la remise effective d'une chose ,

---

997 La notion d'obligation juridique est un polysémique. Non définie par le Code civil, elle possède en effet plusieurs sens. Communément l'on distingue trois types d'obligations : de donner, de faire et de ne pas faire. Certains auteurs critiquent toutefois l'autonomie reconnue à l'obligation de donner. Il s'agirait d'un mythe, en ce sens que le transfert de propriété serait un *effet du contrat*, et non l'effet d'une obligation ; FABRE-MAGNAN (M), « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.,* 1996, p. 85.

998 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; Ancien Art. 1138 du Code civil ; *« L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».*

999 V. LE BOURG (J), *La remise de la chose, Essai d'analyse à partir du droit des contrats*, Thèse, Grenoble, 2010.

1000 LOISEAU (G), « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, p. 2252.

la personne qui reçoit cette chose n'en devenant débiteur que par cette tradition réelle[1001]. Matériellement, le prélèvement, qu'il soit envisagé du côté du donneur comme une mise à disposition ou du côté de l'établissement médical dans le cadre duquel le prélèvement est effectué, est un acte dont la volonté puise sa force dans le fait, et plus précisément par la remise concrétisant le don.

156. Une formalité solennelle - La remise de la chose permet d'attirer l'attention de celui qui doit se dessaisir de la chose sur les conséquences de son engagement. Dans de nombreux domaines, des contrats types sont conclus, sans aucune négociation préalable ni discussion des termes du contrat. Instituées en considération de leur utilité sociale, les conventions ayant trait au corps humain, à ses éléments et produits, sont elles-mêmes souvent réduites à des contrats d'adhésions. Elles ont en cela la particularité de réduire la liberté contractuelle à la seule faculté de souscrire ou non. Il n'y a pas dans le contrat d'adhésion de discussion des termes du contrat entre les parties. Les négociations sont souvent réduites à la plus simple expression : le contrat d'adhésion est rédigé par avance, ses conditions générales sont à prendre ou à laisser[1002]. Suivant l'article 1110 du Code civil : *« Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »*. Il s'agit de considérer qu'*« il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée »*[1003]. Suivant cette réalité, il est admis que : *« Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé »*[1004]. Aussi : *« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite »*[1005].

[1001] CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014, p. 871 ; « Ex. dépôt, prêt ; le gage, sureté réelle, n'est plus un contrat réel » ; *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, 2017-2018, p. 304.

[1002] REVET (T), « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016, p. 1771 ; *« Un lien étroit existe, ainsi, entre l'absence de possibilité de négociation du contenu du contrat d'adhésion et son régime de droit commun : ce régime tire les conséquences, ou plutôt certaines conséquences, de l'absence de possibilité de négociation du contenu du contrat »*.

[1003] SALEILLES (R), *De la déclaration de volonté*, éd. Pichon, 1901, p.229-230

[1004] Art. 1190 du Code civil.

[1005] Art. 1171 du Code civil ; *« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »*.

Les contrats portant sur les éléments et produits issus du corps humain répondent à la double considération de la rédaction unilatérale et de l'absence de négociation. Pourtant, lorsque l'on y réfléchit, les termes du contrat ne sont pas ici objectivement imposés par une partie économiquement plus forte. Ils sont en effet majoritairement dictés par les dispositions du Code civil et du Code de la santé publique. Le caractère éminent de l'objet au contrat a ici conduit le législateur à intervenir et à limiter la liberté contractuelle.

En pratique, le contrat d'adhésion apporte une certaine sécurité aux conventions ayant trait au corps humain. Subordonnés à *« l'intérêt d'un tiers supérieur à celui qu'aurait la personne au maintien de son statu quo »*[1006], les actes juridiques, constitués par les prélèvements de substance humaine, sont classés en fonction des risques qu'ils constituent, et de leur utilité pour le corps humain. Et si le corps humain est dans le commerce juridique, il l'est à « commercialisation limitée »[1007], jamais dans sa globalité, seulement ses éléments détachés et détachables, et sous certaines conditions. Ce n'est que par détachement du corps et donc une fois prélevés que les éléments et produits sont susceptibles - sous certaines conditions - d'accéder à l'échange[1008], c'est uniquement la nécessité et la possibilité de les recevoir comme des choses qui leur confèrent une nature objective. De la sorte, le législateur semble avoir enregistré la tendance de l'homme à se réifier à l'égard de lui-même pour pouvoir plus efficacement assigner des limites à son action[1009].

[1006] V. DECOCQ (A), *Essai d'une théorie générale sur la personne*, éd. LGDJ, 1960, n° 9.
[1007] V. BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993.
[1008] SÉRIAUX (A), « Patrimoine », *Rép. civ.*, 2017, n° 26 et s.
[1009] ZENATI-CASTAING (F), « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445.

SECTION II - L'APPROPRIABILITÉ DE LA MATIÈRE HUMAINE

157. Le renouveau d'un paradigme - S'il est incontestable que la personne et le corps sont liés, cela n'implique pas que le corps soit une abstraction au même titre que la personne elle-même. Dans *L'affaire de la main volée*, le Professeur Jean-Pierre Baud a déjà noté qu'en se saisissant, avec la loi sur la transfusion sanguine de 1952 et la loi sur les prélèvements d'organes de 1976, des éléments et produits issus du corps humain, le droit avait entamé un retour dans la zone de perception de ces mêmes composantes[1010]. Le Professeur David avait lui-même déjà relevé que l'année 1967, année de la première greffe du cœur, avait été une date importante : *« Celle de la séparation d'avec le corps »*[1011]. Dans un renversement de la pensée jusnaturaliste, il est devenu de plus en plus difficile de soutenir que : *« Le corps c'est la personne »*[1012]. Il apparaît davantage comme un ensemble de choses, interchangeables et anonymes.

Dire d'une « chose » qu'elle est appropriable signifie qu'elle peut physiquement appartenir à une personne et que celle-ci peut exercer sur elle les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété. Accentuant la possibilité pour le sujet de disposer de son corps, la législation contemporaine a fait émerger l'idée que le corps humain, ses éléments et produits pouvaient effectivement être pensés en termes de biens et *a fortiori* en termes de propriété[1013]. En reconnaissant à la fois la faisabilité et la légalité de certaines opérations visant à se séparer ou à incorporer certains éléments et produits du corps, le droit positif nous tacitement amené à considérer la possible appropriation des éléments et produits issus du corps humain[1014] ; que ce soit par accession (**Paragraphe 1**) ou au sens large par l'exploitation de leurs utilités respectives (**Paragraphe 2**).

[1010] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 193.
[1011] DAVID (A), *Matière, machines, personnes*, éd. Bordas, 1973, p. 11.
[1012] VISSER'T HOOFT (H), *Les actes de disposition concernant le corps humain, quelques remarques philosophiques*, APD, t. 24, 1979, p. 88.
[1013] ZENATI-CASTAING (F), « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445 ; *« La proclamation de l'inviolabilité comme un droit subjectif n'a été rien d'autre que la consécration du pouvoir exclusif du sujet sur son corps et la reconnaissance des opérations juridiques sur le corps humain n'a été rien d'autre que la reconnaissance du droit qu'a le sujet de disposer de son corps ».*
[1014] CABRILLAC (F), *Le droit civil et le corps humain*, Thèse, Montpellier, 1962, p. 198.

Paragraphe 1 - Une appropriation par accession des éléments et produits humains

158. Potentialité objective et nature objective - Notion transversale qui diffuse un parfum de progression, l'accession induit communément l'idée d'une augmentation. Qu'il s'agisse indifféremment d'un lieu, d'un état, d'un rang d'une information ou même d'une connaissance, accéder, c'est aller vers quelque chose de supplémentaire, quelque chose qui faisait jusque-là défaut. En ces termes, l'accession désigne également l'adhésion à une doctrine, une idée ou encore une réponse favorable donnée à une requête. Dans son acception juridique l'accession est appréhendée comme un mode d'acquisition. Consacrée et définie par l'article 546 du Code civil[1015], l'accession est avant tout un mode originaire d'acquisition résultant d'un fait juridique. Elle permet au propriétaire d'une chose principale de devenir maître de la chose accessoire qu'elle produit, qui s'y unit ou s'y incorpore. La personne acquiert de la sorte les accessoires que produit sa chose tout comme ceux qui s'unissent ou s'incorporent à elle, indépendamment de toute manifestation de volonté et sans égard à la possession qu'il peut avoir de la chose[1016].

Transposé au corps humain, le droit d'accession permet de justifier les conventions au travers desquelles la personne dispose des éléments et produits qui en sont issus. Il est tout autant un droit sur ce qui est produit par le corps (A), que sur ce qui s'unit et s'incorpore au corps (B), soit naturellement, soit artificiellement.

A - UN DROIT SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LE CORPS

Lorsqu'il est considéré sous l'angle de la production, le droit d'accession induit un véritable changement de nature (***1***) et de caractère (***2***) de la chose accessoire qui vient à se détacher du principal.

[1015] *« La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession ».*

[1016] Aussi bien présent en matière immobilière, que mobilière, c'est en matière immobilière que la notion d'accession est des plus présentes aujourd'hui. C'est notamment le cas lorsqu'une personne construit avec ses matériaux sur un terrain appartenant à un tiers, le propriétaire du sol devient propriétaire de la construction ; COHET (F), « Accession », *Rép. civ.*, avril 2016 (actualisation : décembre 2017), n° 1 et s.

1 - Le changement de nature des éléments et produits

159. Des objets intérieurs au sujet - Une chose est dite frugifère lorsqu'elle porte ou rapporte périodiquement fruits sans que cela altère ou diminue sa substance[1017]. Le corps humain est une véritable usine de production. Du sang aux cellules hépatiques[1018] qui avait forgé le mythe de Prométhée, il se renouvelle sans cesse et produit périodiquement nombre de substances. Biologiquement structurée pour se maintenir en bonne santé, chacune de ses cellules est une mini usine chimique capable de fabriquer en permanence plusieurs milliers de produits différents. En marge, de cette production périodique, le corps est aussi composé d'éléments non indispensables à sa survie. Un individu est tout à fait capable de vivre, sans rate, sans appendice, sans vésicule biliaire, avec un seul poumon ou avec un seul rein.

Lorsqu'il sont attachés à la personne, les éléments et produits issus du corps humain profitent de son statut. Support de la personne et de la personnalité, le corps et ses démembrements sont traités comme elle, autrement dit, au travers du droit des personnes. Suivant cet état, la réalité corporelle du sujet empêche de les considérer comme des objets extérieurs au sujet, et donc oblige le droit à les reconnaître comme étant parties intégrantes du sujet[1019].

À l'inverse, lorsqu'ils ne sont plus destinés à la personne, c'est-à-dire lorsqu'ils ont perdu leur lien d'attache, les éléments et produits issus du corps humain se changent en des choses dont elle peut se dessaisir sans avoir à ne subir aucune réduction. Dès lors que, sans préjudice pour sa vie ou sa santé, les éléments ou les produits sont détachés d'une personne physique, ceux-ci glissent vers une qualification réelle[1020]. Bien qu'ils demeurent des parties de la personne, ces derniers, par le biais de leur séparation physique effective, pourront être appréhendés comme résultant de l'exploitation non régulière d'une chose, ou

---

[1017] CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014, p. 481.

[1018] Cellules du foie. La fonction hépatique est quant à elle l'ensemble des actions que le foie effectue.

[1019] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 271.

[1020] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 270 ; *« Lorsque l'objet corporel n'est pas, ou n'est plus destiné à la personne, c'est-à-dire lorsqu'il a perdu son lien d'attache, ou son affectation à la conservation de l'individu, l'objet retrouve alors sa qualification réelle. Le corps devient ou redevient chose. Nous devons alors qualifier le droit qu'exerce l'individu sur une chose , de « droit réel », de « droit de propriété » ».*

au sens large, comme des biens produits périodiquement et régulièrement par une chose sans altération de sa substance, et que l'on appelle des fruits. L'accession est ici étroitement associée à la séparation physique effective entre le sujet de droit et l'objet de droit et à la possibilité successive de voir les éléments et produits détachés du corps circuler[1021].

160. Des objets extérieurs au sujet - Le Professeur Jean-Christophe Galloux relève qu'un individu, même amputé d'un bras, demeure le même à l'égard du droit. Il ne vient à l'esprit de quiconque de voir dans le bras ou la jambe promis à l'incinération une partie substantielle de celui-ci[1022]. Dans cet ordre d'idées, le Professeur Jean-Pierre Baud, dans *L'affaire de la main volée*[1023], prend pour exemple l'histoire d'un prisonnier, Jamel Daoud, alors incarcéré à la maison d'arrêt d'Avignon et qui avait décidé d'attirer l'attention du garde des Sceaux en lui envoyant par voie postale la phalange supérieure de son auriculaire droit. Il obtint son attention ainsi que celle de l'administration hospitalière qui lui confia un bocal dans lequel était conservé son doigt. Ce même bocal fut par la suite confisqué par les autorités de la prison, ce qui agaça le mutilé qui fit appel aux tribunaux afin que son doigt lui soit restitué. Le juge des référés estima toutefois que ce même doigt coupé n'était qu'une chose à l'image du bocal et du liquide dans lesquels il était conservé, et qu'en conséquence il était sujet à confiscation[1024]. Le rejet de cette demande permet d'illustrer le caractère appropriable des fractions du corps qui ont été détachées de ce dernier, et sans lesquelles la survie de la personne ne saurait être engagée.

1021 FABRE-MAGNAN (M), « Propriété, lien social et patrimoine », *RTD civ.*, 1997, p. 583 ;
« L'accessibilité matérielle d'une chose à l'échange implique une circulation possible de la chose et donc une séparation physique possible entre le sujet de droit de la propriété (le propriétaire) et l'objet de ce droit ».

1022 GALLOUX, (J-C), *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Thèse, Bordeaux, t.1, 1988, p. 72.

1023 BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 21 ; *« En 1986, les juristes français n'avaient pas encore perçu l'importance doctrinale de la question. La publication dans la Gazette du palais de l'affaire Daoud (le doigt confisqué) ne fut que l'occasion de publier un commentaire pétillant d'humour intitulé « Un doigt de droit, deux doigt de bon sens », où l'on parlait d'un prisonnier qui devait maintenant « se mordre les doigts », s'interrogeant sur la possibilité pour « un petit doigt de faire des confidences » au garde des sceaux, avant de conclure sur l'heureuse rencontre en l'occurence du droit et du bon sens qui, pour une fois, étaient allés « de pair comme les deux doigts de la main »*.

1024 TGI d'Avignon, ord. référé, 24 septembre 1985.

2 - Le changement de caractère des éléments et produits

161. De la possession - Quels qu'il soient, les éléments et produits qui ont été extraits du corps humain appartiennent à la personne dès lors qu'ils sont séparés de son corps. La solution est depuis longtemps certaine s'agissant des cheveux, des ongles, du lait maternel, et plus généralement de tous les produits du corps humain ne poursuivant pas un usage médical et scientifique, et/ou prélevés et utilisés à des fins thérapeutiques autologues [1025]dans le cadre d'une seule et même intervention médicale, sans être conservés ou préparés à aucun moment au sein d'un organisme ou d'un établissement autorisé[1026]. En ces termes, Von Ihering affirmait : *« Mes cheveux m'appartiennent et quand ils sont coupés, ils tombent dans ma propriété, mais il ne s'ensuit pas encore que, auparavant ils devaient m'appartenir sous cette forme »*[1027]. Les éléments et produits qui ont été extraits du corps humain deviennent, dès ce moment, des choses de droit commun[1028]. La confusion entre l'objet et le sujet de droit[1029].

Bien qu'à l'évidence, le corps humain - c'est-à-dire l'ensemble des organes envisagés au point de vue statiques et indépendamment de leur fonction, avec plus largement l'action de la personne, notamment l'énergie musculaire - soit toujours le support de la personne physique[1030], il n'a plus le même caractère[1031]. Le refus d'un droit patrimonial de l'homme sur son propre corps n'est plus alors un obstacle à l'existence d'un droit réel sur les parties détachables de celui-ci. Ces parties, ainsi détachées ne s'identifient plus immédiatement au sujet lui-même. Dès lors que le sujet se détache d'elles - ou qu'elles sont détachées du sujet - celui-ci acquiert vis-à-vis d'elles titulaire un droit subjectif patrimonial [1032].

[1025] Se dit d'une substance organique, d'une greffe lorsque le donneur et le receveur sont le même individu.
[1026] Art. L.1211-8 du Code de la santé publique.
[1027] VON IHERING (R), *L'esprit du droit romain*, § 61, t. 4, 1878, p. 362.
[1028] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 271.
[1029] V. CABRILLAC (F), *Le droit civil et le corps humain*, Thèse, Montpellier, 1962, p. 198.
[1030] V. CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 198 ; DECOQ (A), *Essai d'une théorie générale sur la personne*, éd. LGDJ, 1960.
[1031] NERSON (R), « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », *RTD civ.*, 1970, p. 660.
[1032] DIJON (X), *Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Thèse, Presses Universitaires de Namur, Société d'Etudes morales, sociales et juridiques, 1982, n° 985.

162. De la disposition - « L'accessoire suit le principal »[1033] : suivant cet adage, le droit accessoire suit le sort d'un bien ou d'une valeur considérés comme constituant le principal. Le propriétaire de la chose principale devient celui des choses accessoires qui s'y unissent, il en devient propriétaire par accession[1034]. Mais si la disposition d'un bien entraîne celle d'un autre, et que le bien peut être accessoire par le biais d'une production, il est permis de penser qu'une fois détachés, les éléments et produits issus du corps humain, lui offrent la possibilité d'exercer sur elle les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété. Comme le précise l'article 546 du Code civil : *« La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement.* Ce droit s'appelle « droit d'accession ». Après tout n'est-il pas entendu que l'on accède en un lieu, à un grade ou aux honneurs comme on accède à la propriété ?

B - UN DROIT SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE AU CORPS

En dehors des accessoires qu'une chose peut produire, le droit d'accession recouvre aussi ceux qui trouvent à l'intégrer. De l'affectation à la notion de « personne par destination » (***1***), le droit d'accession peut ainsi permettre qu'une chose étrangère au corps humain se change en une chose composant le corps humain (***2***).

1 - De l'affectation à la notion de « personne par destination »

163. Des choses incorporées à la personne - Avant de s'interroger sur les produits transfusés et les éléments greffés, la question se posait déjà au sujet des prothèses. Incontestablement, les prothèses naissent biens corporels. Mais une fois attachées à leur porteur se pose le problème de leur statut juridique. La prothèse demeure-t-elle une simple chose ? Ou, au contraire, devient-elle une partie du corps humain ?[1035].

[1033] *« Accessorium sequitur principale ».*

[1034] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd., 2017, n° 752.

[1035] V. BAUD (J-P), « La nature juridique du sang », *Rev. Terrain*, n° 56, 2011, n° 41 ; *« Cicéron louait la sagesse de l'antique loi des Douze Tables qui, en interdisant de mettre de l'or dans les tombes, avait fait une notable exception pour l'or dentaire ».*

Afin de rendre insaisissables les prothèses et les appareils nécessaires aux infirmes, la jurisprudence contemporaine a développé la théorie de la « personne par destination ». Dans un arrêt du 11 décembre 1985, la première chambre civile a ainsi interdit la saisie d'une prothèse dentaire, un objet intégré à la personne. En l'espèce, la prothèse qui a été conçue pour un patient particulier était qualifiée comme étant hors du commerce. De ce fait le prothésiste ne pouvait exercer son droit de rétention sur ce bien quand bien même il se heurterait au non-paiement d'une dette exigible envers le patient. De là, la Cour de cassation a admis qu'une prothèse dentaire faisait partie intégrante de la personne[1036]. Il s'agit plus ou moins d'appliquer aux prothèses la notion juridique d'« immeuble par destination »[1037].

L'article 517 du Code civil précise que : *« Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent »*. Les « immeubles par destination » sont des meubles que la loi répute immeubles parce qu'ils sont, par la volonté de leur(s) propriétaire(s) soit affectés au service et à l'exploitation d'un immeuble, soit attachés à ce dernier à perpétuelle demeure[1038]. En conséquence un objet mobilier affecté au service de la personne physique, sujet de droit, peut parfaitement devenir un élément de sa personnalité.

164. Des choses affectées au service de la personne - La notion de « personne par destination » est particulièrement pertinente dans la mesure où l'objet matériel remplace la chair, en remplissant exactement les mêmes fonctions, voire même en faisant mieux. Pourtant, l'objet incorporé n'intègre en réalité nullement la personne. Il intègre le corps humain. Le Professeur Xavier Labbée fait toutefois remarquer que c'est la destination qui importe et pas seulement son intégration[1039]. En droit des biens, pour qu'un meuble puisse être qualifié d'immeuble par destination il faut réunir deux conditions. En

---

[1036] Cass. civ. 1ère, 11 décembre 1985, n° 84-10.339, *Obs.* PERROT (M), *RTD civ.*, 1985, 3ème trimestre, BERTIN (P), « Touche pas à mon dentier », *Gaz. Pal.*, 10 octobre 1985.

[1037] Art. 524 et s. du Code civil.

[1038] CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014, p. 518 ; *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, 2017-2018, p. 586.

[1039] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 253 et s. ; *« Ce critère nous semble trop restrictif. En interdisant la saisie des objets « intégrés à la personne », la cour semble transporter la distinction, connue en droit des biens, entre l'immeuble par nature et l'immeuble par destination »*.

premier lieu, le meuble et l'immeuble par nature doivent avoir le même propriétaire. Ensuite, le meuble doit être placé pour le service et l'exploitation de l'immeuble par nature. Un meuble devient immeuble par destination dès lors que le propriétaire de l'immeuble a eu la volonté de créer un lien entre le meuble et l'immeuble, de faire du meuble un immeuble par destination. La volonté joue ainsi un rôle déterminant dans l'intégration et donc dans sa qualification « par destination ».

Pour autant, la volonté n'est pas en soi insuffisante, puisque le meuble doit être soit destiné à l'exploitation du fonds, soit attaché au fonds à perpétuelle demeure. Dès lors qu'un objet est attaché au corps humain, il devient personne. Peu importe alors que l'objet soit ou non utile à la conservation de l'individu, et qu'il appartienne ou non à son propriétaire. Lorsque l'unité du bien résulte de l'union matérielle des éléments qui le composent, son hétérogénéité résulte d'une divergence dans leur appropriation. Le droit plie alors devant le fait que le bien, devenu corporellement homogène, le devienne aussi juridiquement[1040].

2 - De la chose étrangère au corps humain à celle composant le corps humain

165. Un corps composite - Le corps humain est une entité complexe. Communément défini comme la structure physique de la personne, comme l'ensemble de ce qui la structure à la fois anatomiquement et anthropologiquement, le corps humain est par lui-même un système comprenant plusieurs niveaux d'organisation structurale et fonctionnelle en relation permanente. Consubstantiel à la réunion d'éléments de matières identiques ou différentes, le corps est intrinsèquement pluriel. En plus de cela, il faut aussi distinguer l'élément d'origine, le naturel, des éléments corporels venus d'ailleurs du fait

[1040] DROSS (W), *Droit des biens*, Coll. Précit Domat droit privé, éd. LGDJ, 3ème éd., 2017, n° 392 ; *« Certaines choses ont une structure hétérogène pour être composées d'éléments matériellement divers. Bien que composites, elles n'en constituent pas moins un tout en raison du lien d'ordre économique ou matériel qui soude ces éléments entre eux. Cette cohérence objective doit trouver une traduction juridique si l'on veut qu'elle puisse être préservée. Il s'agit donc pour le droit de traiter la pluralité sous le signe de l'unité. Structurellement hétérogène, la chose composite sera considérée comme juridiquement homogène de telle façon que les actes qui la prendront pour objet concernent l'ensemble de ses composants sans distinction. L'avantage est de soumettre à un seul corps de règles des biens qui, s'il savaient été envisagés sous leur individualité propre, auraient été soumis à des exigences variées ».*

des prothèses et des transfusions, ou bien même des greffes. Cet ensemble forme un tout qui lui-même prend la forme d'un corps.

Mais cet ensemble complexe n'est pas la personne, il est représenté par la personne sur la scène juridique[1041]. Les éléments corporels de nature et d'origine diverses ayant été regroupés en une seule chose, c'est cette chose composite, le corps humain, qui devient au contact du sujet une personne physique.

166. Une « oeuvre » composite - Cette approche procure une assise solide à la distinction du corps et de la personne. Lorsque le droit se saisit des produits issus du corps humain, il se comporte comme en présence de choses. Le Professeur Jean-Pierre Baud conclut à ce sujet que les prothèses et les appareils médicaux sont des marchandises qui deviennent des choses corporelles par le droit, qui réalise ici ce que le rapport de chose à chose effectue naturellement pour les éléments transfusés ou greffés. Une prothèse ou un appareil médical ne passe pas de la catégorie des choses à celle des personnes, elle passe de la catégorie des choses étrangères au corps humain à celle des choses composant le corps humain[1042]. Quand bien même la responsabilité sans faute ne saurait s'étendre aux organes transplantés qui ne constituent pas en tant que tels des produits de santé[1043], les organes destinés à la greffe obéissent au même principe. Qu'il s'agisse des prothèses, du

---

[1041] BAUD (J-P), « La nature juridique du sang », *Rev. Terrain*, n° 56, 2011, n° 40 ; *« Mais puisqu'il faut être un corps avant d'être une personne, il est nécessaire d'apporter quelques précisions sur l'incorporation de ce qui ne faisait pas partie de la livraison d'origine »* ; ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, n° 275 ; *« Le corps en tant que support de la personne juridique déclenche la mise en oeuvre particulière du régime de la personnalité juridique, sans pour autant emprunter la nature du sujet de droit : le sujet est une forme tandis que le corps est matière. Le corps ne constitue pas une personne juridique par destination »* ; GALLOUX (J-C), *La personne physique entre réalité biologique et matérialité*, *L'identité politique*, éd. Puf, 1994, p. 180 ; Supra. n° 31 et s. ; *« Dans une conception positiviste étroite, la personne n'est qu'une réalité juridique : point n'est besoin de rechercher si elle correspond à une quel- conque réalité sensible ou révélée »*.

[1042] BAUD (J-P), *Op. Cit*, n° 41 ; *« Je pense que ce n'est qu'une approche – non pas de la vérité (notion dont on doit toujours se méfier) mais – d'une théorie juridique donnant une base solide à la distinction, désormais acquise, du corps et de la personne. Une prothèse ne peut pas être une personne par destination parce qu'elle ne peut pas être une personne distincte de la personne représentant l'être humain dans son ensemble. En revanche, les prothèses et les appareils médicaux, qui sont des marchandises, à l'origine souvent très onéreuses, deviennent des choses corporelles par le droit, qui réalise ici ce que le rapport de chose à chose effectue naturellement pour les éléments transfusés ou greffés »*.

[1043] CAA de Paris, 18 octobre 2006, n° 03PA00636, Mme Véronique T. c/ Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Etablissement français du sang ; FOLSCHEID (B), « Quelle responsabilité hospitalière du fait de la greffe d'un organe contaminé ? », *RDSS*, 2007, p. 290 ; CE, 27 janvier 2010, Hospices civils de Lyon, CHU de Besançon, n° 313568, PEIGNÉ (J), « L'inapplicabilité de la jurisprudence Marzouk à la réparation des dommages résultant de la transplantation d'un organe contaminé », *RDSS*, 2010, p. 501.

sang transfusé ou des organes greffés, tous sont des objets mobiliers affectés au service du sujet de droit ; comme le corps humain, ils sont « personne par destination ».

Mais de cette réflexion, la question se complique au fur et à mesure que les prothèses se perfectionnent. Les progrès actuels dans la conception de membres artificiels sont époustouflants. Grâce aux avancées technologiques, des prothèses plus naturelles esthétiquement et fonctionnellement font leur apparition aujourd'hui. De la jambe de bois au coeur artificiel, les prothèses remplissent des fonctions bien plus complexes. Contrairement à la prothèse classique, laquelle se contente de se substituer à un membre manquant par un mécanisme pour la plupart du temps relativement sommaire, les prothèses modernes sont amenées dans une tout autre mesure à se fondre avec le corps du patient, comme le ferait un organe humain tiers. Elles connaissent en cela connaissent un degré d'hybridation jamais atteint jusqu'alors[1044].

À ce stade, il peut être intéressant de s'attarder sur les éventuelles frictions qui pourraient naître de leur intégration, notamment en matière de propriété intellectuelle. Quand bien même une prothèse serait, consécutivement à son affectation, considérée comme une « personne par destination », il faut aussi tenir compte des éventuels droits profitant aux inventeurs et exploitants de la technologie que la personne tendrait à incorporer. Les droits de la personne sur son propre corps[1045] nous invitent alors à nous interroger sur l'applicabilité des situations d'incorporation mobilière[1046] : de l'adjonction, de la spécification et du mélange[1047].

[1044] V. LAZARO (C), *La prothèse et le droit, Essai sur la fabrication juridique des corps hybrides*, Coll. Les voix du droit, éd. IRJS, 2016.

[1045] Que l'on reconnaisse l'existence d'un droit subjectif - en tant que pouvoir juridiquement reconnu - au profit de la personne sur son corps ou que l'on estime que la personne ne saurait ainsi avoir - au sens traditionnel - un droit de propriété sur son corps ; DIJON (X), *Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Thèse, éd. Presses universitaires de Namur, Société d'Études morales, sociales et juridiques, 1982, n° 916. ; « *C'est la nature et non le droit, qui fait que l'homme est et doit rester lui-même en son propre corps. Le lien juridique lie le sujet à autrui ; il ne le lie pas à son propre corps : cela la nature l'a déjà fait pour lui* ».

[1046] Art. 712 du Code civil.

[1047] Art. 566 à 571 du Code civil.

Paragraphe 2 - Une appropriation par l'exploitation des éléments et produits humains

167. Un corps à exploiter - Suivant l'article 1245-2 du Code civil : *« Est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit »*. Au sens strict, un produit est un bien qui résulte de l'exploitation non régulière d'une chose et qui altère la substance de celle-ci. Au sens large, il s'agit de tout ce qu'une chose peut produire, tant les produits au sens strict que les produits qui n'altèrent pas la substance de la chose et que l'on appelle des fruits. le Professeur William Dross précise toutefois que : *« En droit le fruit est un bien accessoire qui vient se détacher d'un autre, considéré comme principal, de manière périodique, sans que ce détachement ne vienne affaiblir le principal. Ce dernier critère permet alors de distinguer les fruits des produits qui ne peuvent être retirés du bien principal sans en diminuer définitivement la substance »*[1048]. À l'inverse des éléments dont le détachement altère et affaiblit le principal, les produits, tels que le sang, le plasma et leurs dérivés, et les cellules participant à la reproduction, n'en altèrent pas la substance. Pour marquer davantage la distinction entre les éléments et produits issus du corps humain, il s'agirait : plutôt que de parler de « produits humains », de parler de « fruits humains ».

Ici, le corps humain est un capital. Sans pousser outre mesure cette analyse sémantique, il est comme l'arbre sur lequel pousse le fruit, et cela dans tous les aspects de son exploitation périodique ; des déchets médicaux aux produits défectueux (A), et des produits de santé aux données personnelles (B).

[1048] DROSS (W), *Droit des biens*, Coll. Précit Domat droit privé, éd. LGDJ, 3ème éd., 2017, n° 13 ; *« La notion juridique de fruit ne se distingue guère de celle qu'offre le langage courant. Une pomme est aussi juridiquement un fruit et c'est sur un semblable modèle que les juristes ont raisonné afin de dégager les spécificités de la notion ».*

A - DES DÉCHETS MÉDICAUX AUX PRODUITS DÉFECTUEUX

Les éléments et produits issus du corps humain peuvent servir à l'élaboration de produits manufacturés (***1***). Ils sont susceptibles d'être soumis au régime de la responsabilité du fait des produits de santé défectueux (***2***).

1 - L'élaboration de produits manufacturés d'origine humaine

168. Des choses abandonnées - Entre utilité et risques sanitaires, les éléments et produits issus du corps humain sont traités comme des *res derelictae*. Comme les parties détachées après amputation ou prélèvement, ils sont appropriables par celui qui s'en empare sans avoir à payer de prix ou demander de consentement, puisqu'il s'agit de choses sans maître[1049]. Dans la pratique, la grande majorité des substances corporelles et anatomiques détachées à l'occasion de prélèvements, d'ablations ou d'amputations, sont éliminées après l'opération. À l'exception des éléments et produits prélevés à des fins de greffe ou de transfusion, la plupart des substances corporelles prélevées le sont à des fins thérapeutiques. C'est bien souvent parce que ces substances sont pathogènes que les médecins entreprennent de les extraire.

Ces substances pathogènes sont, dans le milieu hospitalier, considérées comme des déchets[1050]. Ces déchets de soins médicaux comprennent tous les déchets produits par des activités médicales. Ils embrassent des activités de diagnostics aussi bien que des traitements préventifs, curatifs et palliatifs. En d'autres thermes, sont considérés comme déchets de soins médicaux tous les déchets produits par des institutions médicales, un établissement de recherche ou un laboratoire. Qu'il s'agisse de déchets contaminés par du sang et d'autres substances corporelles ou médicales, de déchets anatomiques ou de produits chimiques et pharmaceutiques, toutes sont vouées au même sort : la destruction[1051].

[1049] HERMITTE (M-A), *Le corps hors du commerce, hors du marché*, APD, t. 33, p. 33.
[1050] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 84 et s. ; *« Néanmoins, les établissements hospitaliers , lorsqu'ils cèdent ces produits le font de manière onéreuse, même si avec une certaine hypocrisie, ils facturent les « frais de stockage » précédant la livraison et non la vente des produits en cause »*.
[1051] Art. L.541-2 du Code de l'environnement.

169. Des produits de santé - Les substances extraites en vue d'une utilisation thérapeutique ultérieure échappent à la qualification de déchet. Conditionnant l'intérêt thérapeutique, elles sont considérées comme des produits de santé. Cette notion est formellement apparue avec la loi n° 98-535 du 1er juillet 1998, relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme. Elle a ensuite été utilisée, lors de la recodification[1052] du code de la santé publique, dont la cinquième partie s'intitule « Produits de santé »[1053]. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades a également eu recours à cette notion pour établir les principes régissant la responsabilité dans le domaine de la santé.

Malgré les réticences éthiques et les inconvénients juridiques que cela peut soulever, les éléments et produits issus du corps humain constituent des produits au regard de la loi. Aux termes de l'article L.5311-1 du Code de la santé publique - lequel détermine le champ de compétence de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (ANSM) - est établie une liste non exhaustive de ces produits destinés à l'homme. Parmi les produits recensés figurent explicitement les médicaments, y compris les insecticides, acaricides et antiparasitaires à usage humain, les préparations magistrales, hospitalières et officinales, les substances stupéfiantes, psychotropes ou autres substances vénéneuses utilisées en médecine, les huiles essentielles et plantes médicinales, les matières premières à usage pharmaceutique ; les produits contraceptifs et contragestifs ; les biomatériaux et les dispositifs médicaux ; les dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* ; les produits sanguins labiles ; les organes, tissus, cellules et produits d'origine humaine ou animale, y compris lorsqu'ils sont prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale ; les produits cellulaires à finalité thérapeutique ; le lait maternel ; les produits destinés à l'entretien ou à l'application des lentilles de contact ; les procédés et appareils destinés à la désinfection des locaux et des véhicules ; les produits thérapeutiques annexes ; les lentilles oculaires non correctrices ; les produits cosmétiques ; les micro-organismes et toxines ; les produits de tatouage ; les logiciels utilisés par les laboratoires de biologie médicale ; les dispositifs à finalité non strictement médicale utilisés dans les laboratoires de biologie médicale.

[1052] Ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique.
[1053] Art. L.5111-1 et s. du Code de la santé publique.

Du fait de leur spécificité « éthique », les produits de santé issus du corps humain auraient logiquement dû suivre un régime particulier[1054]. La conception extensive et indifférenciée de la notion de produit, consacrée par le texte communautaire, a néanmoins conduit à les introduire dans le champ d'application du texte[1055]. De ce fait, la notion regroupe indifféremment les produits naturels et les produits industriels, qu'ils soient bruts ou manufacturés. Dans une formule particulièrement lourde de sens, le Professeur Nicolas Molfessis a très bien résumé l'esprit de cet état : *« Tout est produit »*[1056].

2 - La responsabilité du fait des produits de santé défectueux

170. Une responsabilité sans faute - Les dommages liés à l'activité médicale peuvent être de nature très variée. Il peut s'agir de dommages purement économiques ou moraux, mais aussi de dommages résultant d'une atteinte à l'intégrité corporelle, infirmité, voire décès. Depuis 1936, la jurisprudence reconnaît que le médecin n'est pas tenu à obligation de résultat, mais simplement à une obligation de moyen[1057]. Il n'est tenu qu'à la prudence et à la diligence. Pourtant, il arrive dans certaines circonstances que la jurisprudence reconnaisse l'existence d'une obligation de résultat[1058]. Les juges ont pu considérer les nouvelles technologies médicales comme un risque, dont les conséquences dommageables doivent être réparées indépendamment de toute faute[1059].

[1054] V. AN, séance du 12 mars 1997, JO, 13 mars 1997, p. 1877 ; AN, séance du 13 mars 1997, JO, 14 mars 1997, p. 1914 ; AN, séance du 25 mars 1998, JO, 26 mars 1998, p. 2129, p. 2138, p. 2139 et p. 2140 ; AN, séance du 25 mars 1998, JO, 26 mars 1998, p. 2135 et p. 2139.

[1055] MOLFESSIS (N), « Les produits en cause », *LPA*, 28 décembre 1998, p. 20 ; *« Trois raisons pouvaient être invoquées. Tout d'abord, les produits visés par la directive seraient des produits du commerce, notion précisément incompatible avec les produits du corps humain et de ses éléments. Ceux-ci en effet ne sont-ils pas soumis à un principe de non-patrimonialité, principe à ce point essentiel qu'il est affirmé à plusieurs reprises dans les lois bioéthiques de 1994 (à l'article 16-1, alinéa 3 : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » ; à l'article 16-5 : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ») ? Ensuite, les risques inhérents à ces produits ne peuvent être anticipés ni souvent prévus, de sorte qu'il n'est pas possible d'aboutir à une « sécurisation », objet premier du texte. Enfin, comme le souligna le ministre, « le régime de la directive est inadapaté à cette catégorie de produit : le principe de l'anonymat du don s'oppose à ce que la victime puisse remonter la chaîne de distribution, comme l'autorise le texte communautaire, du produit au producteur originaire. Quant à la personne qui bénéficie des produits ou éléments du corps humain, elle ne pourrait être assimilée à un consommateur ». Le prélèvement, était-il ajouté, n'est pas une mise en circulation ».*

[1056] MOLFESSIS (N), *Ibid*.

[1057] Cass. civ., 20 mai 1936.

[1058] CHABAS (F), « Vers un changement de nature de l'obligation médicale », *JCP*, 1973, p. 2541.

[1059] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses, à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996, n° 430.

En vertu des dispositions de la loi du 21 juillet 1952 modifiée par la loi du 2 août 1961, les centres de transfusion sanguine ont le monopole des opérations de collecte du sang et ont pour mission d'assurer le contrôle médical des prélèvements, le traitement, le conditionnement et la fourniture aux utilisateurs, des produits sanguins. *« Eu égard tant à la mission qui leur est ainsi confiée par la loi qu'aux risques que présente la fourniture de produits sanguins, les centres de transfusion sont responsables, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits fournis de résultat pour les centres de transfusion sanguine, lesquels sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices »*[1060].

Depuis la directive 85/374/CEE les produits de santé sont soumis au régime de la responsabilité du fait des produits défectueux[1061]. Tardivement transposée en droit français[1062], cette directive a donné naissance à une responsabilité de plein droit des producteurs professionnels au profit des victimes de dommages causés par un produit défectueux. Désormais, le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime[1063]. Le seul fait du produit de santé défectueux suffit à obtenir l'indemnisation des préjudices causés par le produit. De plus, si le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions

---

[1060] CE, ass., 26 mai 1995, n° 143238 ; V. CARTRON (J), « La responsabilité sans faute des centres de transfusion sanguine en cas de contamination par le VIH », *LPA*, n° 66, 31 mai 1996, p. 21.

[1061] Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (JOCE 7 août 1985), modifiée par la directive 99/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 1999 (JOCE 4 juin 1999).

[1062] CJCE, 13 janv. 1993, aff. C-293/91 ; PEIGNÉ (J), « Quelle responsabilité hospitalière du fait de la greffe d'un organe contaminé ? », *RDSS*, 2007, p. 294 ; *« S'il est permis de résumer, on dira que l'Assemblée nationale, soutenue dans un premier temps par la ministre de la Justice, était à l'origine opposée à une conception extensive de la notion de produit et ne souhaitait donc pas intégrer dans le champ du régime de responsabilité du fait des produits défectueux les organes et les produits issus du corps humain. De solides motifs plaidaient en ce sens. Les principes de bioéthique, consacrés par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, interdisent en effet de faire du corps humain, de ses éléments et de ses produits, l'objet d'un droit patrimonial (art. 16-1 c. civ.). Les circonstances de l'époque, baignées par une « lourde atmosphère » de sécurité sanitaire (dont on peut se demander si elle a aujourd'hui disparu), ont pourtant eu raison de ces principes. Sous la pression du Sénat, la logique indemnitaire, reposant en l'occurrence sur la confusion des objectifs de sécurité juridique et de sécurité sanitaire, l'a emporté. C'est un fait : la loi du 19 mai 1998 n'est pas une loi de bioéthique, mais une loi destinée à régir la responsabilité sans faute des producteurs, dans un contexte de technicité croissante et d'émergence de nouveaux risques, parmi lesquels figure le risque biomédical. De ce point de vue, les patients sont considérés comme de véritables consommateurs ».*

[1063] Art. 1245 du Code civil.

que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée[1064]. Le recours du fournisseur contre le producteur obéit aux mêmes règles que la demande émanant de la victime directe du défaut[1065].

Pour la Cour de justice de l'Union européenne, l'application de la responsabilité du fait des produits défectueux du fabricant n'exclut pas l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle reposant sur des fondements différents, tels que la garantie des vices cachés ou la faute[1066]. Sans aborder le lourd écueil concernant le caractère du préjudice[1067] et l'enjeu probatoire relatif au lien de causalité[1068] ou à la démonstration par présomptions[1069], c'est une responsabilité aux visages multiples[1070] - pouvant être de natures différentes. Une responsabilité qui peut être pénale, mais aussi qui peut avoir une finalité indemnitaire et prendre alors la forme d'une responsabilité civile, ou administrative selon les cas. En matière de produits de santé, les responsables peuvent aussi être très divers[1071]. Il y a là une responsabilité complexe au travers de laquelle les éléments et produits du corps humain ont rejoint tous les biens meubles manufacturés, agroalimentaires, sanitaires, technologiques, etc. susceptibles de présenter un danger pour les utilisateurs et les tiers. Cette même responsabilité a conféré aux éléments et produits détachés après amputation ou prélèvement une qualité qui donne à penser ces derniers, non seulement comme des produits de santé, mais aussi, et surtout, comme autant de biens de consommation.

[1064] Depuis le 1er janvier 2000, a été institué un opérateur unique responsable en matière de transfusion sanguine : l'Établissement français du sang ; Art. L.3122-3 du Code de la santé publique.

[1065] Art. 1245-6 du Code civil.

[1066] Art. 13 de la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux ; CJCE, 25 avril 2002, Aff. C-52/00, *Commission contre France.*

[1067] PENNEAU (J), « Médecine, Réparation des conséquences des risques sanitaires », *Rép. civ.*, décembre 2013 (actualisation : juin 2015).

[1068] KILGUS (N), « Responsabilité du fait d'un vaccin défectueux et lien de causalité : renvoi devant la CJUE », *Dalloz actualité*, 19 novembre 2015.

[1069] Cass. civ. 1ère, 23 septembre 2003, n° 01-13.063 ; Cass. civ. 1ère, 19 décembre 2006, n° 05-15.719 ; CE, 9 mars 2007, n° 267635 ; Cass. civ. 1ère, 22 mai 2008, n° 06-10.967, n° 05-20.317, n° 05-10.593, n° 06-14.952, n° 06-18.848 ; Cass. civ. 1ère, 25 juin 2009, n° 08-12.781.

[1070] Il existe en la matière de nombreux régimes spéciaux ; Art. L.1121-10, L.311-9, L.3122-1 et s., L. 1221-14 du Code de la santé publique.

[1071] WEISSE-MARCHAL (C), « La responsabilité de l'État du fait de la mise sur le marché de médicaments dangereux », sous la direction de HOCQUET-BERG (S), « Les responsabilités du fait des médicaments dangereux, Perspectives nationales et transfrontalières », *RGDM*, numéro spécial, 2012, p. 149 et s.

171. Une obligation générale de sécurité - Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre[1072]. Il s'agit de tenir compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. Par l'intermédiaire de ce régime, le droit a admis l'idée que le sang et les produits extraits du corps pouvaient être des marchandises dangereuses, voire des poisons[1073].

En France, la contamination au virus de l'immunodéficience humaine (VIH) n'est pas une infraction en tant que telle. Confrontée à l'absence d'une incrimination légale de la contamination volontaire ou consciente, la jurisprudence[1074] condamne la contamination consciente par le VIH au titre de l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui[1075]. Dans l'affaire du sang contaminé, il n'a pas été contesté que le sang a été matériellement empoisonné, c'est-à-dire imprégné d'une substance mortifère quels qu'en soient les effets, mais la question s'est posée de savoir s'il l'avait été intentionnellement[1076]. Pour la Cour de justice de la République, à défaut d'intention, il n'est possible de retenir qu'une faute d'imprudence ou de négligence et un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence, telle qu'imposée par le Code de la santé publique[1077].

[1072] Art. 1245-3 du Code civil ; Art. L. 221-1 du Code de la consommation ; Cass. civ. 1ère, 27 juin 2018 n° 17-17.469.

[1073] V. TGI de Toulouse, 16 juillet 1992 ; Trib. corr. de Paris, 23 octobre 1992 ; MAYER (D), « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », *D.* 1994, p. 325 ; *« De même que le langage dispose d'un terme spécifique pour désigner l'attentat à la vie par le moyen du poison, de même le droit pénal dispose d'une incrimination spécifique. De même que le mot est forgé à partir du moyen utilisé, de même l'incrimination est centrée sur ce moyen à tel point qu'elle déroge au droit commun par son caractère formel ».*

[1074] CA de Colmar, 4 janvier 2005 ; Cass. crim., 10 janvier 2006, n° 05-80.787.

[1075] Art. 222-15 du Code pénal.

[1076] PROTHAIS (A), « La contamination d'hémophiles par le virus du SIDA ne constitue pas un empoisonnement, mais le délit de tromperie sur la qualité des marchandises », *D.* 1994 p. 118 *« Dans l'affaire dite du sang contaminé par le virus du sida, il n'a pas été contesté que le sang a été matériellement empoisonné, c'est-à-dire imprégné d'une substance mortifère quels qu'en soient les effets, mais le problème débattu consiste à déterminer s'il l'a été aussi intentionnellement ».*

[1077] CJR, 9 mars 1999, n° 99-001 ; *« Attendu que, à cet égard, Edmond Z... a commis une faute d'imprudence ou de négligence et un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence qui lui était imposée par le code de la santé publique ; que cette faute et ce manquement ne sont en relation de causalité, au moins indirecte, qu'avec le décès de Sarah A..., contaminée au stade fœtal en l'absence du rappel de sa mère, transfusée le 25 avril 1985, ainsi qu'avec l'incapacité totale de travail subie par Sylvie F..., à la suite de sa contamination, le 2 août 1985, par un don de sang non testé, prélevé le 13 juillet 1985 ».*

Le 12 avril 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation avait déjà rendu un arrêt de principe sur le drame du sang contaminé en décidant que : *« Les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices et qu'ils ne peuvent s'exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée »*[1078]. Plus récemment, la Cour a réaffirmé sa position, précisant que : *« Le contrat d'hospitalisation et de soins liant un patient à un établissement de santé privé met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits, tels les médicaments, qu'il fournit »*[1079] .

B - DES PRODUITS DE SANTÉ AUX DONNÉES PERSONNELLES

Les informations contenues dans les produits ont conduit à l'utilisation des prélèvements à des fins d'études génétiques (***1***) et à des fins de séquençages génétiques (***2***).

1 - L'utilisation des prélèvements à des fins d'études génétiques

172. Des choses incorporelles - Le droit romain distinguait les *res corporales* et les *res incorporales*. Opposant l'esprit et la matière, il a isolé les choses matérielles et les droits portant sur ces mêmes choses[1080]. Toutefois, si les droits ont une nature incorporelle, ce ne sont pas pour autant des choses incorporelles aux sens où ils ne sont pas objets de propriété[1081]. Suivant cette idée, le Code civil n'a pas opéré de distinction entre droits et choses. Intégrant ces droits à l'univers tangible, aux choses sur lesquelles ils portent, il s'est écarté de ce schéma, pour ne distinguer que les meubles et les immeubles[1082]. En son sein, seules les choses corporelles sont susceptibles d'appropriation. Elles ont une

[1078] Cass. civ. 1ère, 12 avril 1995, n° 92-11.950 et n° 92-11.975.
[1079] Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2000, n° 99-12.255.
[1080] RAMPELBERG (R-M), *Pérennité et évolution des res incorporales après le droit romain*, APD, n° 43, 1999, p. 36 ; *« Cette opposition entre res corporales et incorporales permet à Gaïus de mettre en regard la propriété spécifiquement entendue, autorisant la maîtrise matérielle, physique des biens, et les droits sur les choses, c'est-à-dire les rapports sociaux issus de la science juridique et constituant des res incorporales ».*
[1081] DROSS (W), *Droit des biens*, Coll. Précit Domat droit privé, éd. LGDJ, 3ème éd., 2017, n° 427.
[1082] Art. 516 du Code civil ; *« Tous les biens sont meubles ou immeubles ».*

existence physique et tangible. Elles s'opposent en cela aux choses incorporelles qui ne peuvent être saisies que par l'esprit.

Les choses incorporelles[1083] se distinguent par quelques traits des choses corporelles[1084]. Dépourvues de toute substance matérielle, elles ont une existence abstraite. Pourtant, l'idée d'appropriation concerne les choses incorporelles tout comme les choses corporelles, quoique d'une façon légèrement différente[1085]. Si les substances humaines peuvent être utilisées à des fins de diagnostics ou pour servir de produits thérapeutiques, le matériel et les informations qu'elles contiennent sont appropriables de la même manière que le sont les cellules dont elles proviennent, c'est-à-dire comme toute substance corporelle et anatomique prélevée à l'occasion de prélèvements, d'ablations ou d'amputations. Tout ce matériel, tant qu'il est incorporé à un organisme vivant, animal, ou micro-organisme, en suit le régime. Une fois extrait, ce matériel acquiert un statut spécifique. Il cesse d'être une grandeur physique pour entrer dans le champ de la communication et de la valeur. Nul besoin que la matière elle-même soit tangible, elle est énergie, information[1086]. Irma Arnoux remarque que l'objection tirée de la spécificité des

---

1083 V. SAVATIER (R), « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.,* 1958, p. 1 ; *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Journées Savatier, éd. Puf, 1991 ; ZENATI-CASTAING (F), *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981, n° 254.

1084 LIBCHABER (R), « Biens », *Rép. civ*., mai 2016 (actualisation : avril 2018), n° 60 et s. ; *« Elles sont, bien sûr, dépourvues de toute substance matérielle ; si elles ne sont pas en nombre limité, celles que l'on connaît sont pour l'heure peu nombreuses, sans préjudice de celles que l'avenir mettra au jour ; elles ne sont enfin jamais naturelles : les choses incorporelles naissent dans les relations économiques – ou y sont en tout cas repérées par l'expression de leur valeur –, et sont de ce point de vue toujours en quelque manière artificielles. Cette première approche permet d'écarter de la catégorie des choses incorporelles certains biens que l'on pourrait à tort avoir la tentation d'y ranger : fluides, gaz, ondes, électricité, forces, rayonnements ou radiations. Outre que ces biens ne sont pas tous également corporels – l'eau peut se toucher, l'électricité se ressentir, un gaz parfois se sentir, mais les rayonnements ou les forces pas toujours se percevoir propriis sensibus –, quoique leur déplacement suppose toujours un conditionnement particulier qui est, quant à lui, évidemment matériel, ce sont des biens naturels que la physique ou la chimie analyseraient toujours comme faits de matière. En revanche, les choses incorporelles dont on va à présent traiter sont dépourvues de composante matérielle, ce qui constitue leur véritable spécificité : elles se conçoivent en esprit, ce qui ne les empêche pas de se manifester dans les relations juridiques par une certaine valeur. »*.

1085 MOUSSERON (J-M), RAYNARD (J) et REVET (T), *De la propriété comme modèle*, éd. Litec, 1993, p. 281.

1086 GALLOUX (J-C), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229 ; *« Le droit, et singulièrement le droit des biens, doit s'adapter à ces transformations conceptuelles : moins d'immeubles, plus de meubles, disait-on, voici quelques années pour caractériser le changement de contenu du patrimoine ; moins de corporel, plus d'incorporel, devrait-on dire aujourd'hui. Si l'on considère les choses comme la première saisine du monde, il n'y a aucune raison pour ne pas les comprendre en toutes leurs dimensions, corporelle et incorporelle »* ; V. MALLET-POUJOL (N), « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330 ; DARAGON (E), « Étude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63.

gènes humains, tant sur le plan génotypique[1087] que phénotypique[1088], ne constitue pas un obstacle à l'identité de nature de l'information des êtres vivants. Une information génétique peut très bien être à la fois spécifique à l'espèce humaine du point de vue biologique et chose du point de vue juridique[1089].

173. Des biens incorporels - Aujourd'hui, la notion de bien s'est élargie à l'incorporel[1090]. Elle admet certains biens immatériels, qui ne peuvent être touchés, qui ne tombent pas sous les sens[1091]. Ceux-ci ne sont pas pour autant imaginaires et représentent une valeur économique certaine : ils sont des richesses immatérielles[1092].

L'information se présente d'abord comme une réalité « brute »[1093]. L'utilité de l'appréhender exclusivement afin de pouvoir en disposer[1094] permet ensuite de l'envisager comme un bien. Dans certaines circonstances, elle est appropriée, alors que dans d'autres elle est *res communis* ou *res nullius*. Une très large majorité des informations sera constituée de choses communes[1095]. Le droit en réglementera l'usage. En dehors de cette éventualité, les informations circuleront plus ou moins librement selon que la société éprouvera le besoin d'organiser leur appropriation temporaire par une forme du droit de propriété[1096]. Les informations que contient l'ADN dépendent de l'ordre dans lequel se suivent les quatre types de bases qu'il renferme. Cet ordre définit une séquence qui détermine la structure des protéines construites à partir de cette formule. Leur séquençage est le point de départ d'une meilleure compréhension des phénomènes biologiques au

---

1087 Le génotype exprime l'ensemble des caractères génétiques d'un être vivant, qu'ils se traduisent ou non dans son phénotype.

1088 Le phénotype exprime l'ensemble des caractères anatomiques, physiologiques et antigéniques permettant d'identifier et de classer chaque type de bactérie ou de virus.

1089 GALLOUX (J-C), *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Thèse, Bordeaux, 1988, p. 141 ; *« Ne pas reconnaître ce principe c'est exposer le concept de personne à une définition purement génétique qui prendrait la forme d'un seuil : on sera personne non plus en raison de sa couleur de peau ou de son quotient intellectuel, mais en raison du nombre de ses chromosomes ou la qualité de ses gènes »*.

1090 TERRÉ (F), *Variation de sociologie juridique sur les biens*, APD ,n° 24, 1979, p. 17-29.

1091 CARBONNIER (J), *Droit civil*, *Les biens, Les obligations,* t. 2, éd. Puf, 2ème éd, coll. Quadrige, 2017, n° 712.

1092 V. MALAURIE (P) et AYNÈS (L), *Droit des biens*, éd. LGDJ, 7ème éd., 2017.

1093 GREGORCZYK (C), *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, APD, 1981, p. 268.

1094 ZENATI-CASTAING (F), *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981, n° 571.

1095 Art. 714 du Code civil.

1096 GALLOUX (J-C), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229.

niveau cellulaire et moléculaire. Outil essentiel tant en médecine que dans de nombreuses autres disciplines des sciences de la vie, ce séquençage peut permettre d'identifier, diagnostiquer et potentiellement trouver des traitements à des maladies génétiques. Le siècle dernier, un tel exercice correspondait à un travail considérable. Un doctorant pouvait passer une partie significative de sa thèse à séquencer ne serait-ce qu'un seul gène. Aujourd'hui, il s'agit d'un exercice de routine pour les laboratoires de biologie. Les connaissances acquises grâce à cette méthode et la possibilité de séquencer des génomes de grande taille, tels que le génome humain, ont amené les chercheurs à développer des techniques de séquençage de plus en plus sophistiquées[1097]. Les progrès de la recherche en génétique et particulièrement la mise au point de techniques de séquençage de l'ADN à haut débit ont réduit le coût de l'analyse de l'ADN humain, au point qu'aujourd'hui plusieurs entreprises proposent ce service directement aux particuliers.

L'information héréditaire revêt une valeur économique susceptible de justifier son appropriation. Elle est une richesse immatérielle susceptible de dévoiler les origines d'une personne s, sa personnalité, et même ses futures maladies.

2 - L'utilisation des prélèvements à des fins de séquençages

174. Une utilisation à des fins médicales - Les données génétiques sont des informations relatives aux caractéristiques génétiques qui donnent des informations uniques sur la physiologie ou l'état de santé. Pour l'essentiel, la gestion des données génétiques entre dans le cadre plus général des données personnelles, notamment de santé, qui sont stockées en masse et partagées en permanence, qu'il s'agisse d'identifiants et de dossiers bancaires, par exemple, ou de dossiers médicaux.

Les violations de la vie privée par le biais des fichiers de caractéristiques génétiques ne sont évidemment pas seulement dangereuses en elles-mêmes, mais par les utilisations qui pourraient en être faites[1098]. Si seul le point de vue de l'amélioration de la

---

[1097] V. LAMORIL (J), AMEZIANE (N), DEYBACH (J-C), BOUIZEGARENE (P) et BOGARD (M), *Les techniques de séquençage de l'ADN : une révolution en marche. Première partie*, Immuno-analyse & Biologie Spécialisée, Vol. 23, p. 260-279.

[1098] Notamment en matière d'assurance, de généalogie, de marketing.

santé publique à partir des données génétiques individuelles collectées prévaut, la protection de la vie privée peut être considérablement atteinte, d'autant plus que l'épigénétique, donc l'histoire des personnes et leurs comportements, est nécessaire à une juste interprétation des données génétiques. Dès lors, sous couvert de faire progresser la santé publique, de sérieuses intrusions pourraient être portées sur la vie privée pour mieux caractériser les comportements[1099]. Pour l'essentiel, la gestion des données génétiques entre dans un cadre plus général : celui des données personnelles, notamment de santé, qui sont stockées en masse et partagées en permanence, qu'il s'agisse d'identifiants et de dossiers bancaires, par exemple, ou de dossiers médicaux. À l'heure de la digitalisation croissante du quotidien, les enjeux éthiques n'ont jamais été aussi importants : risques de manipulation génétique et de discrimination, maîtrise de son patrimoine génétique, marchandisation des données. Particulièrement intimes et potentiellement discriminantes, les données génétiques ne sont pas des données personnelles comme les autres.

Protégées par le biais du droit à la vie privée, les données génétiques ne sauraient être rendues publiques sans que l'intéressé y ait préalablement consenti. Cantonnées à des fins médicales ou de recherche scientifique[1100], le fait de détourner de leurs finalités les informations recueillies sur une personne au moyen de l'examen de ses caractéristiques génétiques constitue aussi une infraction pénalement répréhensible[1101]. Il faut savoir que les violations de la vie privée par le biais des fichiers de caractéristiques génétiques ne sont évidemment pas seulement dangereuses en elles-mêmes, mais par les utilisations qui pourraient en être faites. Si seul le point de vue de l'amélioration de la santé publique à partir des données génétiques individuelles collectées prévaut, la protection de la vie privée peut être considérablement atteinte, d'autant plus que l'épigénétique, donc l'histoire des personnes et leurs comportements, est nécessaire à une juste interprétation des données génétiques. Dès lors, sous couvert de faire progresser la santé publique, de sérieuses intrusions pourraient être portées sur la vie privée pour mieux caractériser les comportements[1102].

[1099] CCNE, *Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit*, Avis n° 124 , 21 janvier 2016.
[1100] Art. 16-10, al. 1, du Code civil ; Art. L.1131-1 et s. du Code de la santé publique.
[1101] Art. 226-26 et s. du Code pénal.
[1102] CCNE, *Ibid*.

175. Une utilisation à des fins privées - Particulièrement conscient du risque induit de discriminations sociales[1103], de manipulations génétiques, et de croyance en une preuve biologique jugée parfaite, les informations génétiques bénéficient d'un statut légal très protecteur. Le Code civil précise spécifiquement que : *« Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques »*[1104]. Mais comme le fait remarquer le Comité consultatif national d'éthique, il existe à côté des études génétiques très réglementées - lorsqu'elles entrent dans le cadre d'une démarche médicale[1105] - des tests génétiques en accès libre ainsi que de nombreuses applications non médicales dans un secteur complètement dérégulé, soumis aux lois du commerce électronique, profitant des nouvelles technologies de l'information via internet. Ce mouvement, surtout fort aux États-Unis, s'inscrit dans le courant de pensée de la responsabilité individuelle sans intervention du corps médical et sans prise en charge collective. Un professionnel de santé n'intervient généralement pas. Ceci entraîne des risques sanitaires, économiques et sociaux, et ouvre de larges questionnements éthiques[1106].

La motivation principale de ceux qui achètent ces tests aux États-Unis est la découverte de leurs ascendances sur la base de liens génétiques. Dans cette indication de généalogie - contrairement à la prédiction médicale - les résultats sont effectivement solides, mais utilisent d'autres marqueurs. La publicité de ces études vise directement le consommateur, et la vente des tests et la communication de leurs résultats se font directement auprès du consommateur. Un professionnel de santé n'intervient généralement pas. Ceci entraîne des risques sanitaires, économiques et sociaux, et ouvre des

---

[1103] La tentation pourrait être forte pour certains de se renseigner. Par exemple, les assureurs s'interrogent aujourd'hui sur les risques médicaux propres à leurs assurés. Ils auraient un intérêt à connaître le résultat de tests génétiques, pour savoir par exemple si un assuré a un risque accru de développer la maladie d'Alzheimer, etc. Le potentiel génétique des animaux fait de son coté déjà l'objet d'une surveillance et d'une sélection poussée. De la circulation des semences à l'insémination artificiel tout est mis en oeuvre afin d'organiser les espèces. De l'amélioration d'une espèce jusqu'à sa conservation.

[1104] Art. 16-13 du Code civil.

[1105] Largement utilisées dans le cadre du dépistage des maladies génétiques, les informations contenues dans les gènes humains permettent de mieux comprendre les causes et le mode opératoire desdites maladies, et de déterminer les facteurs de susceptibilité les à des pathologies courantes dont les causes sont complexes, mais qui comportent au moins une composante génétique. Ce sont en effet plus de six milles maladies qui sont dues à des anomalies monogéniques, qui portent sur un seul gène. C'est par exemple le cas de la drépanocytose, la chorée de Huntington, la myopathie de Duchenne et la mucoviscidose.

[1106] CCNE, *Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit*, Avis n° 124 , 21 janvier 2016.

questionnements éthiques[1107]. Le secteur de la génétique est l'un de ceux qui offrent le plus important potentiel de croissance et d'innovation pour les prochaines décennies[1108], tant en raison des domaines concernés, que des investissements envisagés.

Riche en informations, le décryptage du génome humain a donné lieu à une véritable course entre les entreprises du secteur privé et le secteur public. Il est possible d'assister à des investissements financiers colossaux dans des centres de génomique moléculaire, des infrastructures destinées à améliorer l'efficacité, et surtout la qualité du recueil et du séquençage de l'ADN des patients et de leurs caractéristiques cliniques. Il s'agit d'une véritable course pour se positionner idéalement afin de jouer un rôle clé dans le développement de nouvelles approches médicales basées sur la génomique[1109], et ainsi tirer profit des retours financiers immenses que, par exemple, une thérapeutique totalement nouvelle pourrait apporter. L'exemple du géant informatique Google est, de ce point de vue, très éclairant, comme l'est le fait qu'il ait investi dans la création d'une des plus emblématiques sociétés d'analyse génétique en lien direct avec les consommateurs. Cette concentration du pouvoir d'analyse et de stockage de données génétiques et personnelles facilite des entreprises d'appropriation de ces données, et donc de marchandisation des informations personnelles et des prélèvements à des fins de reséquençage[1110].

[1107] CCNE, *Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit*, Avis n° 124 , 21 janvier 2016 ; *« La génomique à l'heure du séquençage d'ADN à très haut débit participe à la mise en place de gigantesques bases de données concernant la santé des personnes (« big data ») qui représentent des enjeux éthiques considérables, notamment dans le domaine du droit à la vie privée. D'autre part, la connaissance et la compréhension croissantes du génome ouvrent la voie à des méthodes de plus en plus spécifiques et sophistiquées d'intervention sur l'ADN humain, ce qui n'est pas sans soulever de vastes questionnements éthiques tant dans le domaine des cellules somatiques (thérapie génique cellulaire) que de celui des cellules reproductrices ou de l'embryon (thérapie génique germinale) ».*

[1108] COMMISSION EUROPÉENNE, Communication, 23 janvier 2001, concernant les sciences du vivant et de la biotechnologie, Une stratégie pour l'Europe, p. 10 et s.

[1109] Le défi de l'archivage et de la bioinformatique est aussi un défi économique de ces techniques de séquençage. La bioinformatique a fait irruption dans la biologie et la médecine et représente là encore une mutation très importante.

[1110] CCNE, *Ibid* ; *« Depuis les années 2000, un transfert de la recherche publique vers la recherche privée s'est opéré via la multiplication des firmes de biotechnologies, dites de génomique, spécialisées dans la découverte de gènes humains, et de fait dans la recherche fondamentale, si bien qu'elles ne commercialisent pas des produits mais des connaissances scientifiques. C'est donc le changement même du statut de la connaissance scientifique qui est ici posé. L'octroi d'un droit de propriété sur les connaissances scientifiques produites « en amont » par la recherche fondamentale ne risque donc pas seulement de constituer un frein à leur diffusion, comme c'est le cas avec les mécanismes de brevets, qui, eux, s'appliquent à l'invention d'applications nouvelles. On ne peut exclure l'hypothèse selon laquelle c'est le rythme même de production des connaissances sur le génome, et par conséquence des flux d'innovation découlant de leurs applications, qui est susceptible d'être ralenti. » En fait, que la recherche soit publique ou privée, l'important est qu'elle respecte les critères d'investissement dans la production de connaissances d'intérêt général et dans la diffusion à grande échelle des résultats de recherche exploitables ».*

* * *

176. Conclusion du Chapitre II du Titre II - Très marquées par l'esprit de la technique du droit des biens, les lois de bioéthique ont frappé les esprits par leur rédaction en termes de non-patrimonialité. Indiscutablement orientées vers l'acceptation de certains actes juridiques, elles ont conduit à frapper de nullité les seules conventions auxquelles la loi n'accède pas. Sur ce point, la non-patrimonialité a conduit à la reconnaissance juridique - et donc à la réglementation - d'un certain nombre de pratiques telles que le prélèvement d'éléments et de produits du corps humain, l'assistance médicale à la procréation, l'expérimentation biomédicale ou encore l'étude et l'utilisation des empreintes génétiques. Les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 ont donc ouvert la porte aux stipulations et revendications contractuelles. Elles ont clarifié ce qui faisait défaut à l'indisponibilité, soit la reconnaissance des pratiques visant à la disposition à titre gratuit des éléments et produits issus du corps humain. Chacun peut ainsi - dans les conditions fixées par la loi - disposer des éléments et produits de son corps. Tout au plus, pour chacun, la loi impose-t-elle certaines conditions pour la licéité de l'acte.

Les lois de bioéthique ont été élaborées afin de préserver l'intégrité du corps humain et mettre à l'abri la personne de pressions que d'autres exerceraient pour se procurer des éléments de ce corps devenus utiles ou précieux. Les progrès réalisés en matière de biologie et de biotechnologies, et l'éclatement corrélatif des conventions tenant à la mise à disposition du corps humain ont néanmoins ouvert une brèche au sein de cette protection. Ils ont ouvert de nombreuses possibilités qui ont avec temps permis de lever certains interdits. Il semblerait que les progrès aient consisté à rendre à chacun la maîtrise sur son corps et de l'information qui le concerne. La cession organisée des éléments et produits - apportant la preuve sensible du caractère anonyme et interchangeable des organes vivants - a conduit à appréhender le corps humain comme une source de matériaux biologiques[1111].

[1111] V. CNCDH, *Droits de l'homme, bioéthique et rapport au corps*, Avis, 2007.

PARTIE II - LE CORPS HUMAIN, NI PERSONNE NI CHOSE

177. L'incessante revendication des corps - La Révolution qui s'est opérée en matière de biologie et de biotechnologies s'est accompagnée d'une évolution des moeurs et des mentalités. Cette évolution a mis en avant la revendication de nouveaux droits, de nouvelles libertés de l'individu sur son corps, comme le droit de maîtriser sa descendance par les techniques d'assistance médicale à la procréation ou de maîtriser la qualité de sa progéniture par le diagnostic prénatal[1112]. Sur ce point, les progrès réalisés dans le domaine des biotechnologies sont à la source d'une série de nouveaux défis absolument inédits pour les pays occidentaux[1113]. Ce qui n'est d'abord qu'une réflexion prend rapidement un sens politique et juridique, avant de devenir une véritable demande sociétale sursoyant à l'assentiment du droit, à l'institution de nouveaux textes, ou à la réfaction d'anciens[1114].

Le droit civil distingue de manière irréductible les sujets et les objets de droit. Il n'existe par principe aucune catégorie intermédiaire. Bien sûr, cette vision binaire est atténuée par la diversité des régimes applicables à chaque catégorie. Néanmoins, les notions, et plus globalement la théorie, se doit d'évoluer et de s'adapter aux exigences contemporaines. Kelsen reconnaissait lui-même dans la préface de la seconde édition de sa *Théorie pure du droit* qu'une théorie générale du droit est toujours exposée au risque que les concepts fondamentaux du droit qu'elle a élaboré se révèlent trop étroits ou au contraire trop larges[1115].

De fait, si le droit consent à mettre à disposition le corps humain de manière pragmatique (**TITRE I**), il ne doit pas faire l'économie d'une réflexion touchant à une qualification juridique atypique du corps humain (**TITRE II**).

[1112] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 18.

[1113] ENGELI (I), *La problématisation de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse*, Revue française de science politique, 2009, Vol. 59, p. 203-219.

[1114] MARCUZZI (M), *La revendication des corps, Le corps et ses représentations*, Dir. DOCKES (E) et HUILIER (G), Paris, éd. Litec, 2001, p. 3. ; V. POPPER (K), *La société ouverte et ses ennemis*, éd. Seuil, 1979 ; HABERMAS (J), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, éd. Gallimard, 1997.

[1115] KELSEN (H), *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN (C), éd. LGDJ, 1999, p. 7.

TITRE I - UNE MISE À DISPOSITION PRAGMATIQUE DU CORPS HUMAIN

178. « L'argent corrompt tout » - Il est de notoriété publique que l'argent est apte à tout transformer en bien. En économie libérale en effet, la qualité de bien-marchandise peut être attribuée à toute chose, du fait seulement de la valeur qu'elle représente et quelle que soit sa nature, personnelle ou réelle. Économiquement, le fait qu'un élément soit qualifié de personnel ne met pas obstacle « à son existence comme bien ». L'argent a été conçu dans le dessein de tout attraire vers les biens, pour les posséder ou les négocier, même ce qui *a priori* ne peut être raisonnablement considéré comme un bien. La nature personnelle de tel ou tel élément ou attribut, comme la dimension personnelle celui-ci ne constitue pas un obstacle à son existence comme bien[1116].

En se référant à ces phénomènes induits, le Doyen Josserand avait très tôt manifesté ses préoccupations pour ce qu'il voyait comme une sorte de « chosification » de la personne humaine[1117]. Contrairement à ce qui a longtemps prévalu, l'auteur affirmait en effet qu'*« entre le patrimoine et la personne humaine […] des points de contact s'établissent, de plus en plus nombreux ; ces deux concepts antithétiques voisinent volontiers, et dans cette fréquentation, la personne humaine laisse, à chaque fois, un peu de son intégrité et de son intangibilité […] ; parfois elle est traitée comme une valeur économique et juridique, voire comme un colis ; elle se hausse – ou elle s'abaisse – au niveau d'une chose ; elle se commercialise, elle se patrimonialise… »*[1118]. De la loi Caillavet aux lois de bioéthique l'objectif a été de rendre l'offre adéquate à la demande dans une logique analogue à celle du marché[1119]. La réification *in vitro* (**CHAPITRE I**), et *in vivo* (**CHAPITRE II**) du corps humain n'est plus aujourd'hui une perspective lointaine. Elle est une réalité tout ce qu'il y a de plus tangible.

[1116] REVET (T), *L'argent et la personne*, APD, n° 42, 1997, p. 48 et s.

[1117] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses, à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, Paris, 1996, p. 8.

[1118] JOSSERAND (L), « La personne dans le commerce juridique », *D.* 1932, Chron., p. 1.

[1119] HERMITTE (M-A), *Le corps hors du commerce, hors du marché*, APD, t. 33, p. 335 ; *« Les organes sont dans l'échange et dans le marché non rémunéré... dans le marché puisqu'il y a tentative de rendre l'offre adéquate à la demande ».*

CHAPITRE I - LA RÉIFICATION DU CORPS HUMAIN *IN VITRO*

179. La révolution *in vitro* - Ayant pour but de créer ou de modifier des matériaux vivants ou non vivants aux fins de la production de connaissances, de biens et de services, les biotechnologies mettent les sociétés en présence d'un phénomène social tout à fait inédit[1120]. Les progrès réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies se retrouvent dans certains champs en conflit ouvert avec la dignité humaine. Ainsi que le relève le Professeur Roberto Andorno, l'être humain est en train d'acquérir le pouvoir de modifier et de contrôler toutes les potentialités des hommes à travers la manipulation de leurs corps[1121]. Si les progrès réalisés grâce aux technologies nouvelles dans les domaines des communications, de l'énergie ou du transport ont déjà modifié les biens mis à la disposition des individus et leurs conditions d'utilisation, ceux réalisés dans les domaine de la biologie et des biotechnologies tendent à modifier l'usager lui-même[1122]. Extirpé de son cadre naturel, le corps n'est plus seulement un moyen. Désormais, la vie est élaborée en laboratoire, comme le résultat du travail d'un groupe de techniciens. La technique scientifique s'est approprié le corps humain, transformant la procréation et plus globalement la maternité en des mécanismes extérieurs aux individus, en de véritables prestations de services en devenir.

S'efforçant de parvenir à un consensus, le droit s'est attaché à encadrer les pratiques ; en approuvant notamment le recours à la procréation de substitution (**SECTION I**), tout en désapprouvant celui à la gestation de substitution (**SECTION II**).

[1120] V. Site internet de l'OCDE ; *« La définition unitaire provisoire de la biotechnologie est délibérément large. Elle couvre toute la biotechnologie moderne mais aussi beaucoup d'activités classiques. Pour cette raison, la définition unitaire devrait toujours être accompagnée de la définition par liste qui facilite les opérations dans la pratique statistique. Cette définition unitaire est la suivante : L'application de la science et de la technologie à des organismes vivants, de même qu'à ses composantes, produits et modélisations, pour modifier des matériaux vivants ou non-vivants aux fins de la production de connaissances, de biens et de services ».*

[1121] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996, p. 103 et s.

[1122] KASS, (L-R), *Toward a more natural science, Biology and human affairs*, New York, The Free Press, 1985, p. 18 ; ANDORNO (R), *Ibid*.

SECTION I - L'APPROBATION DE LA PROCRÉATION DE SUBSTITUTION

180. Lorsque la personne produit la personne - La recherche de remèdes ou de palliatifs à la stérilité a donné lieu à de spectaculaires développements des techniques scientifiques. Comme le note justement le Professeur Anne-Blandine Caire : *« Les avancées de la médecine ont permis à l'homme d'acquérir des pouvoirs démiurgiques dont chacun observe les effets aux deux extrémités de la vie et même au cours de celle-ci. Désormais, les modes de procréation sont artificiels, le terme de la vie humaine ne cesse de s'éloigner et le corps se présente comme un outil malléable »*[1123]. En France, jusqu'en 1950 environ, les naissances étaient subies. Les enfants étaient nombreux, pas toujours voulus et la mortalité des mères, après accouchement, assez élevée. Qu'il s'agisse de maîtriser la naissance, la santé, la fécondité, ou la contraception, de nombreuses méthodes ont ainsi été mises au point visant *in fine* à prévenir les différents imprévus inhérents à la procréation.

Avec les progrès dans la compréhension du corps humain et les nouvelles technologies de reproduction il est devenu d'intervenir[1124]. S'appropriant la vie prénatale, et prétendant à la maîtrise totale de la conception, ces nouvelles technologies ont en revanche profondément perturbé l'ordre normatif traditionnel et l'appréhension du vivant[1125]. Sur le plan technique, comme juridique, ces facultés nouvelles ont eu de lourdes conséquences. Elles ont obligé le droit à considérer et à encadrer la production du corps à naître (**Paragraphe 1**), tout comme la manipulation du vivant lui-même (**Paragraphe 2**).

[1123] CAIRE (A-B), « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS*, 2015, p. 865 ; *« L'acquisition de telles facultés par l'espèce humaine lui permet de se dépasser et s'inscrit dans un désir d'émancipation dont Prométhée incarne le parangon. Guidé par sa soif d'absolu, l'Homme devient son propre créateur »*.

[1124] Qu'il s'agisse d'empêcher ou au contraire de favoriser la reproduction.

[1125] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd., 2017, n° 404 ; *« La recherche de remèdes ou de palliatifs à la stérilité a donné lieu à de spectaculaires développements des techniques scientifiques. De vertigineuses possibilités ont été ouvertes, posant la question des limites à respecter au regard des principes fondamentaux régissant la société »*.

Paragraphe 1 - Une production encadrée du corps à naître

181. Le renouveau de la procréation - Il y a un peu plus de quarante ans, Simone Veil défendait devant l'Assemblée nationale son projet de loi sur l'interruption volontaire de grossesse (IVG). Marquant la lutte pour le droit des femmes de disposer de leur propre corps, son texte adopté le 17 janvier 1975[1126] leur a permis de ne plus être forcées à subir une grossesse non désirée et à élever un enfant qu'elles n'auraient pas souhaité, surtout dans les cas de viol et d'inceste. Paradoxalement, nombreux sont encore ceux qui voient dans l'avortement qu'un aspect dramatique ou au mieux celui d'un mal nécessaire, alors qu'il s'agit surtout d'un acte de liberté individuelle.

Entre « droit » et « liberté », l'IVG est un fait social pareil à l'assistance médicale à la procréation (AMP). Si des femmes, fortes d'une parfaite capacité reproductive, peuvent choisir d'arrêter leur grossesse. D'autres, souffrant de stérilité, sans espoir de conception spontanée peuvent à l'inverse obtenir une grossesse. Après la maîtrise possible de la conception, le développement de la médecine de la reproduction a permis de ne plus regarder la stérilité comme une fatalité : la maîtrise n'est plus seulement négative, via la possibilité d'empêcher la conception, elle est aussi positive grâce à l'AMP. Côte à côte, IVG et AMP témoignent d'une évolution des modèles familiaux et plus spécifiquement de la procréation traditionnelle. Avec la mise à disposition organisée du matériel reproductif (A) et la mise à disposition organisée du matériel embryonnaire (B), une étape décisive dans la modernisation de la procréation a été franchie.

A - LA MISE À DISPOSITION ORGANISÉE DU MATÉRIEL REPRODUCTIF

Désormais, la réalisation de la parentalité s'appréhende en dehors des rapports traditionnels. Avec l'artificialisation de la procréation (***1***), et son instrumentalisation successive (***2***), la parentalité est devenue une affaire de la technique contemporaine.

[1126] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse ; Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

1 - L'artificialisation de la procréation

182. Un projet parental - Historiquement, procréer a rarement résulté d'un choix conscient. Pendant très longtemps, la majeure partie des grossesses étaient en effet subies[1127]. *« Ce serait l'un des plus grands triomphes de l'humanité si l'on parvenait à élever l'acte responsable de la procréation au rang d'action intentionnelle »*[1128], expliquait Freud dans *La première théorie des névroses*. Le XXème siècle a sur ce point été le théâtre d'une véritable rupture. Il a donné au désir d'enfant une physionomie moderne davantage orientée vers une conception totalement maîtrisée. Avec les progrès en matière de contraception, avoir un enfant relève dorénavant plus d'une ouverture en conscience, d'un projet cohérent bâti sur l'être que d'une simple situation matérielle.

Initialement reconnue dans un rapport[1129] commandé par le Conseil d'État précédant l'instauration d'un régime légal d'assistance médicale à la procréation (AMP), la notion de « projet parental » a été consacrée par le législateur français en 1994 à l'occasion des lois de bioéthique. Le projet parental a ainsi été défini comme la décision pour un couple d'avoir un enfant en ayant recours à l'ensemble des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle[1130]. Cette notion occupe aujourd'hui une place déterminante dans l'édifice normatif français de l'AMP[1131]. Pour autant, cette notion n'est pas restée cantonnée à l'AMP. En effet, elle est

---

[1127] En 1942, l'avortement est déclaré « Crime contre l'État ». Les femmes y ayant recours ou l'ayant pratiqué sont condamnées à la peine de mort.

[1128] FREUD (S), *La première théorie des névroses,* éd. Puf, Coll. Quadrige, p. 172.

[1129] CE, *Sciences de la vie, De l'éthique au droit*, n° 4855, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 1988.

[1130] Art. L.2141-1, al. 1, du Code de la santé publique ; *« L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. La liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine. Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste. Les critères portent notamment sur le respect des principes fondamentaux de la bioéthique prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du code civil, l'efficacité, la reproductibilité du procédé ainsi que la sécurité de son utilisation pour la femme et l'enfant à naître. L'Agence de la biomédecine remet au ministre chargé de la santé, dans les trois mois après la promulgation de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, un rapport précisant la liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation ainsi que les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste ».*

[1131] Art. L.2141-3, L.2141-4, L.2151-5, L.2131-4, L.2141-9 du Code de la santé publique.

parfois aussi appliquée à l'interruption volontaire de grossesse ou même à l'adoption. Apparue parallèlement au développement des techniques de fécondation *in vitro*, la terminologie de « projet parental » est alors souvent employée pour exprimer - de manière générale - le désir d'enfant. Le projet parental recouvre l'enfant lui-même : quand l'avoir, combien en avoir. Il coïncide avec un désir d'enfant qui lui-même suppose une ambiance, un entourage, un climat accueillant, bienveillant et positif[1132].

183. Un projet parental et scientifique - Pendant l'élaboration des lois de bioéthique, la notion de projet parental avait déjà été jugée trop vague par les parlementaires. L'expression est en effet extrêmement ambiguë. Parler de « projet parental » peut tout autant évoquer l'idée d'une préparation matérielle que celle d'une planification eugéniste. En outre, le simple fait de parler de « projet » confère à cette démarche une dimension qui relève de la projection et de la spéculation. Le concept de « projet parental » peut en cela être critiqué pour son potentiel à faire de l'enfant l'objet d'une industrie d'avenir avec son marché et son cadre législatif, normatif et financier.

Les progrès réalisés dans le domaine de la fécondation *in vitro* ont en cela été la source d'une série de problèmes absolument inédits, car elle implique de « produire » l'homme, en induisant le résultat désiré par les biotechniciens. Au travers la fécondation *in vitro*, les médecins peuvent concevoir des êtres humains dans leurs laboratoires. Désormais, l'enfant est pensé dans un projet parental et scientifique, comme on le ferait *in fine* avec n'importe quel autre produit conçu par la main de l'homme. L'embryon est produit par les médecins, il peut être congelé, cédé, voire même utilisé comme matériau de recherche. Comme le note justement le Professeur Roberto Andorno : *« L'expression « procréation médicalement assistée » est trompeuse. En réalité, le médecin est la causa efficiens de l'enfant, bien qu'il n'emploie pas une « matière première » produite par lui, mais provenant du couple ou de tiers anonymes. Il est en quelque sorte le « père technologique » de l'enfant »*[1133].

[1132] ONFRAY (M), *Féeries anatomiques*, éd. Grasset & Fasquelle, 2003, p. 216 ; *« Évidemment, le temps passant, les histoires d'amour cessent de générer les anesthésies grâce auxquelles elles voient le jour, existent et durent »*.

[1133] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996, n° 195, 198 et 293.

2 - L'instrumentalisation de la procréation

184. De la procréation médicalement assistée - Aujourd'hui, la conception d'un enfant peut soit se réaliser « classiquement », soit dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation (AMP). La liste des procédés biologiques utilisés en AMP est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine, ce qui permet de tenir compte de l'évolution des méthodes scientifiques, sans avoir à modifier la loi. Un décret en Conseil d'État précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste[1134]. Sans qu'il soit nécessaire de s'étendre sur l'écueil relatif à l'ouverture de l'AMP aux couples homosexuels, ou sur la légitimité de la souffrance des individus éprouvant un désir d'enfant, le développement des nouvelles technologies de la reproduction a complètement bouleversé la manière d'appréhender la procréation et *a fortiori* la conception.

Confortant une appréhension mécanique et artificielle de la conception et de la procréation, ces techniques ont non seulement donné à considérer les cellules reproductrices, mais aussi l'embryon comme de simples matériaux dans lesquels réside l'ensemble du matériel génétique. Issu d'une fécondation in vitro, l'embryon - appelé « bébé éprouvette » - n'est qu'un œuf conservé hors du corps, fécondé et transférable in utero. Le « bébé médicament », quant à lui, est un embryon utilisé à des fins thérapeutiques. Il s'agit ici de réaliser à partir d'embryons indemnes triés par un diagnostic préimplantatoire[1135] un autre diagnostic biologique permettant de sélectionner les embryons à même d'être utilisés comme « médicaments ». Si le diagnostic préimplantatoire vise à rechercher la présence d'une maladie chez le futur enfant, le diagnostic biologique associé au typage HLA[1136] vise à ce que celui-ci soit génétiquement

---

[1134] Art. L.2141-1 et s. du Code de la santé publique.

[1135] Art. L.2131-4 du Code de la santé publique.

[1136] Cet examen permet d'identifier de quel gène ou antigène HLA une personne a hérité. L'analyse est effectuée principalement dans le cas d'une greffe d'organe ou de moelle osseuse pour faire correspondre un donneur et un receveur. Les molécules HLA sont des présentoirs pour les déterminants antigéniques. Les chaînes polymorphes qui composent les molécules HLA sont codées par un ensemble de gènes situés sur le chromosome 6, ensemble de gènes très proches les uns des autres. De ce fait, les gènes HLA sont transmis en bloc (haplotype) des parents aux enfants. Chaque enfant hérite d'un haplotype paternel et d'un haplotype maternel. Chaque allèle de chacun des deux haplotypes est exprimé. L'identification de ces allèles correspond au groupage HLA. Chaque personne possède ainsi une « carte d'identité biologique » qui lui est propre et qui lui a été transmise par ses parents.

compatible avec un frère ou une soeur ainé(e), lequel ou laquelle offrira la possibilité de le guérir de la maladie génétique dont il est atteint, en envisageant ultérieurement une greffe de sang du cordon ombilical qui a été prélevé après sa naissance. Il s'agit de considérer le recours exceptionnel à ce diagnostic biologique à visée thérapeutique comme un ultime recours. Le Comité consultatif national d'éthique rappelle d'ailleurs que l'objectif de soigner l'aîné ne doit être que second. Le voeu pieux est d'oublier qu'il a été obtenu et sélectionné en fonction de caractéristiques ciblées. Quoi qu'il en soit ces expressions de « bébé éprouvette » et de « bébé médicament », bien qu'utilisées à des fins de vulgarisation des pratiques auxquelles elles se rapportent, témoignent de manière suffisamment manifeste et sensible de l'instrumentalisation[1137] du matériel reproductif et embryonnaire[1138].

185. De la reproduction à la production - Par la mise à disposition qu'elles organisent, les techniques d'AMP ont habitué chacun à ce que les gamètes et les embryons en résultant soient conçus comme des objets, congelés, stockés, décongelés, et traités comme des moyens. Dans certains pays, l'AMP représente un véritable marché. Si en France le don de gamètes se fait encore, pour le moment sur le principe de la gratuité, ce n'est pas le cas de tous les pays. Aux États-Unis, par exemple, la circulation et la sélection des gamètes se situent dans l'espace d'un droit constitutionnel à la vie privée et sont régulées par le marché. Les donneurs et les donneuses sont ainsi libres d'offrir leurs gamètes contre rémunération. Ils sont aussi choisis en fonction de l'offre et de la demande, lesquels peuvent considérablement varier d'une clinique à l'autre ou selon la région géographique considérée. Sans aller dire que l'enfant ainsi conçu se trouve dans une situation d'inégalité par rapport à ses parents, aux médecins et à ses autres frères conçus d'une façon naturelle, l'on peut tout même relever que comme dans n'importe quel autre processus de production, l'AMP implique une maîtrise du producteur sur la chose produite[1139].

[1137] Un risque d'instrumentalisation particulièrement sensible dans le cas où le diagnostic préimplantatoire associé au typage HLA ne serait pas suivi d'une naissance.

[1138] CHEYNET DE BEAUPRÉ (A), « Le bébé du double espoir », *D.* 2011, p. 603.

[1139] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996, n° 288.

B - LA MISE À DISPOSITION ORGANISÉE DU MATÉRIEL EMBRYONNAIRE

L'embryon *in vitro* est, d'une certaine manière, l'aboutissement de l'assistance médicale à la procréation (AMP)[1140]. Toutefois, lorsque des embryons ne sont pas utilisés pour la conception, plusieurs sorts peuvent leur être réservés. De l'utilisation de l'embryon à des fins de recherche (***1***) à l'utilisation des cellules souches embryonnaires à des fins thérapeutiques (***2***), la tentation est alors grande de traiter l'embryon comme du matériel génétique, en faisant abstraction de son devenir humain.

1 - L'utilisation de l'embryon à des fins de recherche

186. Une absence de statut - Depuis plusieurs années, les techniques d'AMP ont une finalité qui dépasse de loin le seul projet parental de parents en mal d'enfant. Ils permettent non seulement de comprendre le développement précoce de l'embryon et ses perturbations éventuelles, mais aussi de développer de nouvelles méthodologies et procédures pour une éventuelle utilisation ultérieure à visée thérapeutique et de mener des recherches fondamentales, précliniques ou cliniques, par exemple pour mettre au point de nouvelles méthodes de thérapie cellulaire. Cette finalité purement scientifique s'est néanmoins rapidement heurtée à la question éthique du statut de l'embryon, laquelle a amené le législateur à former un choix entre l'intérêt de cette recherche et la protection de l'embryon.

La question du statut juridique de l'embryon demeure l'une des plus délicates de la matière juridique. Les rapports Mattéi et Lenoir qui ont initialement inspiré le législateur ne s'étaient par ailleurs ni l'un ni l'autre prononcés clairement sur la nature juridique de l'embryon. Ainsi que le rappelle Bernard Edelman, le rapport Mattéi pour des raisons à la fois scientifiques, contraceptives et philosophiques avait recommandé de s'en tenir à la réaffirmation du respect de la vie dès son commencement et de ne pas aborder l'impossible statut de l'embryon. C'est notamment ainsi que le législateur a accouché d'un hiatus

---

[1140] EDELMAN (B), « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, p. 205 ; *« Détaché du corps maternel, conçu en éprouvette, amas de cellules tout à fait « abstrait », la tentation est grande de le traiter comme du matériau génétique, en faisant abstraction de son devenir humain ».*

permettant de dissocier le respect de l'embryon et celui de la vie dès son commencement, qu'il faut comprendre comme le respect des seuls êtres humains dès le commencement de leur vie[1141].

Ce hiatus témoigne d'une volonté assez précise[1142]. En effet, *« certains silences sont avant tout prudents et celui de la loi pourrait bien être une marque de sagesse pour n'avoir pas à se soumettre à la dictature d'un concept »*[1143]. Ce n'est sans doute pas une coïncidence si ce silence est aussi partagé par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour européenne des droits de l'homme estime notamment que le point de départ du droit à la vie, à supposer qu'il s'applique au foetus, relève de la marge d'appréciation des États[1144]. Elle reconnaît qu'un embryon humain, même *in vitro* et ne faisant plus l'objet d'un projet parental n'est pas une chose[1145]. Cependant, elle ne lui reconnaît pas la qualité de personne. La Cour de justice de l'Union européenne se contente de son côté de donner une simple définition de ce qu'il faut entendre par « embryon ». Elle qualifie ainsi d'embryon tout ovule humain dès lors que la fécondation est de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain[1146].

187. Un régime dérogatoire - Du fait de la possibilité inhérente à l'embryon de devenir une personne juridique, celui-ci bénéficie d'une certaine protection. Cela commence par sa finalité strictement procréative[1147] et donc par l'exclusion corrélative et de principe de toute finalité industrielle ou commerciale. Ces dispositions visent à protéger la collectivité des manipulations génétiques, du clonage. En *sus*, et parce que la recherche sur le matériel embryonnaire fleurte avec l'ensemble des techniques permettant soit de

---

[1141] EDELMAN (B), « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, p. 205 ; *« On constatera l'habileté de cette position. En toute logique, respecter la « vie » de l'embryon aurait dû conduire à lui reconnaître la qualité d'un être humain. On ne respecte pas la « vie » d'une grenouille dès le commencement ! Or, le rapport dissociait le respect de la vie dès le commencement de sa qualification inévitable ; en d'autres termes, on ne devrait respecter que les êtres humains dès le commencement de leur vie ».*

[1142] CCNE, *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de foetus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*, Avis n° 1, 22 mai 1984.

[1143] LOISEAU (G), *La qualification juridique de l'embryon : sujet ou objet ?, L'embryon sujet/objet de soins et de recherches*, conférence, Eska, 2009, p. 92.

[1144] CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c/france*, n° C-53924/00.

[1145] CEDH, 25 août 2015, *Parrillo c/ Italie*, n° 46470/11.

[1146] CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle c/ Greenpeace eV*, n° C-34/10, Point 38.

[1147] Art. L.2141-3 du Code de la santé publique.

faire naître un enfant génétiquement identique, soit de transformer les caractères génétiques dans le but de modifier la descendance d'une personne, l'on a dans un premier temps estimé qu'il convenait de poser une interdiction de principe de toute recherche sur l'embryon[1148], en n'autorisant les chercheurs à utiliser les seuls embryons surnuméraires ne faisant plus l'objet d'un projet parental, et cela dans un cadre très réglementé[1149]. La qualification de l'embryon dépend ainsi pour beaucoup du projet parental. En effet, si la loi sanctionne pénalement la production d'embryons humains par fécondation *in vitro* à des fins de recherche ou d'expérimentations ou à des fins commerciales ou industrielles[1150], les recherches restent en effet possibles sur des embryons en surnombre conçus *in vitro* dans le cadre d'une AMP, avec le consentement du couple dont ils sont issus et sous le contrôle de l'Agence de biomédecine et des ministres de la Santé et de la Recherche[1151].

Bien que forcé de prendre en considération les perspectives thérapeutiques offertes par les recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, le législateur ne pouvait pas réduire l'utilisation de l'embryon à celle d'un simple matériau[1152]. Pourtant, lors de l'examen du projet de loi en première lecture le 8 avril 2011, les sénateurs ont décidé, conformément aux préconisations du Conseil d'État et de l'académie de médecine de substituer au régime d'interdiction, assorti de dérogations, un régime d'autorisation encadré[1153]. Entériné par la loi n° 2013-715 du 6 août 2013, ce régime permet de conduire un protocole de recherche sur un embryon humain dès lors que la pertinence scientifique de la recherche est établie[1154] ; si la recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ; si, en l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ; et si le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires[1155].

[1148] Art. L.2151-5 du Code de la santé publique ; Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.
[1149] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, p. 261, n° 295.
[1150] Art. 511-15 et s. du Code pénal.
[1151] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd., 2017, n° 98.
[1152] BONNARD (J), « La révision des lois de bioéthique », *D.* 2010, p. 846.
[1153] BAILLON-WIRTZ, (N), « Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d'un relatif *statu quo* », *RLDC*, 2011.
[1154] Cons. const., 1er août 2013, n° 2013-674 DC.
[1155] Art. L.2151-5 du Code de la santé publique.

2 - L'utilisation des cellules embryonnaires à des fins thérapeutiques

188. Un réservoir de cellules amalgamées - C'est en identifiant, en 1953, la théorie du renouvellement des cellules souches que les docteurs Charles Philippe Leblond et Yves Clermont ont mis en exergue l'existence de cellules indifférenciées se caractérisant par leur capacité à engendrer des cellules spécialisées. Cette biologie du développement nourrit depuis lors la recherche visant ces cellules, capables de s'autorenouveler, de se différencier en d'autres types cellulaires et de proliférer en culture[1156].

Les cellules souches embryonnaires ont été pour la première fois mises en évidence en 1981 chez la souris. Chez l'être humain, ces mêmes cellules ont été repérées en 1998[1157]. Ces propriétés ouvrent en effet de nombreuses perspectives, non seulement pour la médecine régénérative, mais également pour l'étude des maladies génétiques et la mise au point de traitements. Susceptibles de former tous les types de cellules du corps humain, les cellules souches hématopoïétiques, et les cellules souches pluripotentes sont douées de deux capacités importantes : celle de se multiplier à l'infini, par simple division, et celle de donner naissance à tous les types de cellules de l'organisme[1158]. Ces propriétés ouvrent de nombreuses perspectives. Elles peuvent non seulement aider à comprendre les mécanismes qui commandent ces transformations, mais peuvent aussi ouvrir des pistes en matière médecine régénérative[1159]. Suivant le champ de ces possibilités et l'intérêt thérapeutique en jeu, le législateur a ainsi estimé qu'interdire la recherche sur les cellules souches serait contraire à l'intérêt des malades. C'est ainsi que le mythe actuel de la santé parfaite - voire de la vie éternelle - a conduit à supprimer le caractère absolu de l'interdiction des recherches.

[1156] IGNASSE (J), « Une cellule souche : qu'est-ce que c'est ? », *Sciences et Avenir*, 29 août 2014.

[1157] THOMSON (J-A), ISTKOVITZ-ELDORAL (J), SHAPIRO (S-S), WAKNITZ (M-A), SWIERGIEL (J-J), MARSHALL (V-S) et JONES (J-M), « Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts », Science, n° 282, 1998 ; REUBINOFF (B-E), PERA (M-F), FONG (C-Y), TROUNSON (A) et BONGSO (A), « Embryonic stem cell lines from human blastocysts: somatic differentiation in vitro », *Nature Biotechnology*, n° 18, mai 2000.

[1158] Toutes les cellules souches ne disposent pas du même potentiel de différenciation. Il existe des cellules souches unipotentes, en mesure de ne fournir qu'un seul type cellulaire ; des cellules souches multipotentes capables de donner naissance à plusieurs types cellulaires ; des cellules souches pluripotentes qui peuvent donner naissance à plus de deux cents types cellulaires représentatifs de tous les tissus de l'organisme ; des cellules souches totipotentes capables de donner naissance à tous les types de cellules de l'organisme et les seules à permettre le développement complet d'un individu.

[1159] GALLOUX (J-C) et GAUMONT-PRAT (H), « Droits et libertés corporels, février 2008-Décembre 2009 », *D.* 2010, p. 604.

189. Un moyen au service de la science - S'alignant de manière générale sur le régime relatif au prélèvement de tissus ou de cellules ou la collecte de produits du corps humain sur une personne vivante en vue de don[1160], le revirement opéré par la loi n° 2013-715 a non seulement fait de l'embryon humain un objet de recherche, mais a aussi permis de penser ce dernier comme un réservoir de matières premières à exploiter. Bien qu'il ne puisse être conçu ou utilisé à des fins commerciales ou industrielles[1161], cette réglementation autorise la réduction de l'embryon à celle d'un simple matériau destiné à la production de cellules souches ou la réalisation d'expérimentations[1162].

Englobant de surcroît dans une même catégorie juridique des êtres conçus en lien avec un projet parental et des embryons issus d'opérations thérapeutiques destinés uniquement à la recherche scientifique[1163], le statut de l'enfant simplement conçu recouvre indistinctement la totalité du processus de développement de la vie prénatale. Pour autant, le zygote, dont la réalité humaine échappe encore aux connaissances scientifiques, ne peut être identique à l'enfant *in utero* qui n'est plus une cellule ni un amas cellulaire, mais un être transitionnel dont la naissance constitue un simple changement de milieu[1164].

Si le législateur, en instaurant un régime de protection, considère l'humanité comme une fin, il accepte également, dans certaines situations, de la considérer comme un moyen. Ainsi que le relève le Professeur Aline Cheynet-De-Beaupré : *« Les questions en matière de bioéthique sont souvent affaire de limites et de degrés : jusqu'où aller, jusqu'où ne pas aller ? Chaque hypothèse scientifique ou thérapeutique peut être, en elle-même, acceptable, mais peut aussi ouvrir la voie à d'autres, une étape plus loin, discutables au mieux, voire éthiquement non acceptables »*[1165].

[1160] *« Le prélèvement de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que de cellules du cordon et du placenta ne peut avoir lieu qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et à la condition que la femme, durant sa grossesse, ait donné son consentement par écrit au prélèvement et à l'utilisation de ces cellules, après avoir reçu une information sur les finalités de cette utilisation. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment tant que le prélèvement n'est pas intervenu. Le don peut être dédié à l'enfant né ou aux frères ou sœurs de cet enfant en cas de nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement ».*

[1161] Art. L.2141-8 du Code de la santé publique.

[1162] BONNARD (J), « La révision des lois de bioéthique », *D.* 2010, p. 846.

[1163] HENNETTE-VAUCHEZ, (S), « L'embryon de l'Union », *RTDE*, 2012, p. 355.

[1164] BAILLON-WIRTZ (N), « L'enfant simplement conçu », *RLDC*, 2011 ; *« Toutefois, on ne peut nier que cette absence de statut juridique cohérent nous oblige à entretenir un rapport contradictoire avec l'enfant conçu qui consiste à vouloir assurer sa protection tout en permettant de lui porter atteinte ».*

[1165] CHEYNET DE BEAUPRÉ (A), *« Le bébé du double espoir »*, *D.* 2011, p. 603.

Paragraphe 2 - Une manipulation limitée du vivant

190. L'intervention sur l'espèce - Cela fait des millénaires que les hommes agissent sur la nature et tentent de définir la vie. La science, en augmentant les connaissances dont l'homme dispose, accroît sans cesse sa maîtrise sur son environnement. Ainsi, comme dans de nombreux récits où sont mis en scène croyances et représentations idéalisées, les avancées dans le domaine des cellules souches - et plus largement dans le domaine des biotechnologies - ont permis d'envisager *animo deliberato* la création d'êtres humains. Jamais l'homme n'avait atteint une telle capacité d'agir sur le vivant. Grâce aux progrès en matière de transgénèse[1166], il est désormais possible d'intervenir sur le patrimoine génétique d'une personne en devenir, l'on n'est plus seulement auteur de la technique, on en devient aussi l'objet, le résultat. Mais qu'il s'agisse de prédéterminer ledit patrimoine ou simplement de le modifier à convenance, les pratiques autorisées par la biologie moléculaire suscitent de graves problèmes moraux, éthiques et juridiques.

Dans le registre de ce que l'homme peut faire, la reproduction génétique (A) et l'intervention sur le patrimoine génétique (B) autorisent une *« franche célébration de la pulsion de vie : exacerber la vitalité, l'entretenir, la conserver, la décupler, combattre tout ce qui l'entrave, déclarer la guerre à l'entropie, la fatigue, l'épuisement, la douleur, la souffrance »*[1167].

A - LA QUESTION DE LA REPRODUCTION GÉNÉTIQUE

Le fait de séparer sexualité, fécondation, et gestation donne le tournis à la plupart des spectateurs de ce jeu nouveau. Les fantasmes prennent ainsi une incroyable consistance. Les questions touchant à l'interdiction du clonage reproductif (***1***) et à l'exception relative au clonage thérapeutique (***2***), synthétisent à elles seules toutes les peurs contemporaines. Les techniques de clonage sont en cela foncièrement nihilistes.

[1166] La transgenèse est une technique développée par les scientifiques qui permet d'insérer une séquence d'ADN dans les êtres vivants.
[1167] ONFRAY (M), *Féeries anatomiques*, éd. Grasset & Fasquelle, 2003, p. 195.

1 - L'interdiction du clonage reproductif

191. Une reproduction asexuée - En biologie cellulaire, à l'instar du bouturage des plantes, il est depuis plusieurs dizaines d'années possible d'obtenir par multiplication mitotique[1168] d'une seule cellule, une colonie de cellules possédant le même patrimoine génétique[1169]. D'abord éprouvé sur l'animal, ce procédé a permis, à partir de noyaux de cellules différenciées réimplantés dans des ovocytes préalablement énucléés, de cloner des cellules et d'établir des lignées cellulaires stables. Cette technique pourrait dans l'absolu permettre de créer un enfant avec une identité génomique « à la carte » sans avoir recours à la fécondation impliquant la fusion des gamètes. Elle peut servir dans des cas de stérilité particulièrement graves ou dans des cas de maladies génétiques héréditaires impliquant un des partenaires du projet parental.

Depuis la naissance de la brebis Dolly le 5 juillet 1996[1170], la question du clonage et du système international approprié pour sa gouvernance a suscité de nombreuses discussions de fond au niveau national, comme international. Concernant directement la construction symbolique qui sépare l'homme des autres espèces vivantes[1171], le clonage reproductif amène à s'interroger sur la responsabilité humaine, sur les droits des personnes et surtout sur l'éventuelle instrumentalisation d'êtres humains[1172]. Le débat relatif au clonage reproductif - à l'instar de celui concernant les recherches sur les cellules souches embryonnaires - est alimenté comme l'est un fleuve par ses affluents : Il est rendu bouillonnant par l'espoir et la demande des malades, les promesses des chercheurs, les opposants à l'utilisation de l'embryon, les défenseurs de l'éthique, les gains qu'espèrent les laboratoires, les banques de cellules, et les médias[1173].

[1168] Mode de division le plus fréquent de la cellule vivante, au cours duquel le noyau se dédouble avant le corps cellulaire.

[1169] *Axis l'univers documentaire, Dictionnaire*, Vol. 2, éd. Hachette, 1993, p. 600.

[1170] La méthode utilisée est appelée le transfert nucléaire somatique et nécessite une harmonisation sophistiquée entre certains facteurs cytoplasmiques et nucléaires. Depuis quelques années, plusieurs équipes indépendantes ont réalisé des clonages de mammifères impliquant des ovidés, bovidés, rongeurs, suidés et félidés. Le transfert nucléaire consiste à remplacer le noyau cellulaire d'un ovocyte par le noyau d'une cellule somatique. Le noyau de l'ovocyte est éliminé par aspiration ou irradiation. Il est remplacé par un noyau prélevé dans une cellule somatique de l'organisme donneur de la même espèce.

[1171] DELMAS-MARTY (M), « Faut-il interdire le clonage humain ? », *D.* 2003, p. 2517.

[1172] GEIEB, *Aspects éthiques des techniques de clonage*, Avis n° 9, 28 mai 1997.

[1173] *Les lois de bioéthique, cinq ans après*, Rapp. public, Doc. Fra.,1999, p. 19.

Cette possibilité enflamme depuis longtemps l'imagination populaire, y compris dans l'univers du divertissement. Pour beaucoup, le clonage a des connotations d'immortalité humaine ou d'eugénisme à la chaîne. Les canulars, les affirmations injustifiées et les conjectures des médias, qui relèvent parfois plus du domaine de la science-fiction que de la réalité des expériences scientifiques ont inévitablement interféré dans le débat sur le clonage[1174]. Autorisant l'une des pires manipulations que les apprentis sorciers de la génétique puissent imaginer : la fabrication d'être humain à la chaîne alimente notamment la peur du sosie. Toutefois, même si cette peur se trouvait justifiée par l'état des technologies impliquées[1175], le fait est qu'elle procède encore pour beaucoup d'une méconnaissance de ses réelles conséquences ; comme si la télévision[1176] ne clonait pas plus surement et plus efficacement que le génie génétique.

192. Une forme d'instrumentalisation - À considérer les principes de base du Code civil, le clonage reproductif met en cause des règles essentielles relatives à l'existence de la personne et à son statut. Impliquant la volonté d'une personne de prédéterminer le patrimoine génétique d'une autre, donc de réduire l'espace dans lequel s'exercera la liberté de ses choix, le clonage reproductif a très vite été perçu comme une forme d'instrumentalisation[1177], comme une façon d'affaiblir la dignité humaine et la part d'indétermination de chacun[1178]. Ainsi que l'a exprimé le le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) : *« La création d'un être humain de manière asexuée remet fondamentalement en cause le principe même d'humanité puisque l'identité et l'unicité de*

[1174] Le clonage humain, Questions éthiques, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 2004, p. 11.

[1175] Dans l'état actuel des technologies impliquées, il serait médicalement irresponsable de vouloir appliquer à l'espèce humaine la technique du clonage reproductif. L'on a tendance à oublier que le clonage reproductif connaît un fort taux d'échec. En l'état actuel de la technique, le clonage reproductif d'êtres humains comporte des risques de santé excessifs pour les enfants qui en seraient issus.

[1176] Il n'y a même pas un demi siècle la publicité n'occupait pas la place qu'elle occupe. Aujourd'hui, nul ne peut plus y échappe : panneaux, journaux, télévision, cinema, internet, la publicité est omniprésente. Dans les pays développés, il est désormais impossible de passer ne serait-ce qu'une journée sans être opposé à une publicité. Façonnant les comportements et les habitudes, la télévision, en général, nous fournit les standards, la publicité nous fait courir après des biens de consommation, faisant de chacun le sous produit d'un mode de vie entre mimétisme et besoin obsessionnel et compulsif. Alors que ce qui définit l'être humain est sa conscience, il est majoritairement invité à ne plus penser librement et à suivre la voie qui lui est tracée.

[1177] CE, *Réflexions sur le droit de la santé*, n° 49, Doc. Fra., Études et documents, février 1998, p. 282 et s.

[1178] PIC DE LA MIRANDOLE (J), *Discours sur la dignité de l'homme*, Oeuvres philosophiques, éd. Puf, 1993, p. 3 et s. ; DELMAS-MARTY (M), « Faut-il interdire le clonage humain ? », *D.* 2003, p. 2517.

l'être sont mises en cause »[1179]. Reprenant le principe énoncé à l'article 1 du Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et de la biomédecine du 4 avril 1997[1180], la loi interdit toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée[1181].

À cause des risques pour l'homme et des dérives qu'entraînerait, sur le plan éthique, la réification de l'embryon humain, c'est-à-dire le fait de le considérer comme une chose, et non plus comme une personne humaine potentielle[1182], le recours au clonage reproductif fait l'objet d'une désapprobation quasi unanime dans le monde. Il existe à son sujet un large consensus de la communauté internationale. Qu'il s'agisse de la Convention sur les droits de l'homme et de la biomédecine du 4 avril 1997[1183], de la Déclaration universelle sur le génome humain[1184], de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, de la Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains[1185], nombreuses sont les dispositions condamnant le clonage reproductif[1186]. Pourtant, bien qu'unanimement condamné, le clonage reproductif n'est pas unanimement prohibé.

[1179] CCNE, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, Avis n° 54, 22 avril 1997.

[1180] STCE n° 168, Protocole portant interdiction du clonage d'êtres humains, entré en vigueur le 1er mars 2001.

[1181] Art. 16-4, al. 3, du Code civil, tel que modifié par la Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 ; Complétée par l'Art. L.2151-2, al. 1, du Code de la santé publique, l'interdiction s'entend de la même manière pour *« la conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche »* ; Art. 214-2, 215-4, 511-1, 511-1-2, 511-17 et 511-18 du Code pénal.

[1182] V. CCNE, *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, Avis n° 67, 18 janvier 2001.

[1183] 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 de la biomédecine du 4 avril 1997 (STE n° 164, entrée en vigueur le 1er décembre 1999).

[1184] Art. 11 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997.

[1185] *« Déclare solennellement ce qui suit : a) Les États Membres sont invités à adopter toutes les mesures voulues pour protéger comme il convient la vie humaine dans l'application des sciences de la vie ; b) Les États Membres sont invités à interdire toutes les formes de clonage humain dans la mesure où elles seraient incompatibles avec la dignité humaine et la protection de la vie humaine ; c) Les États Membres sont en outre invités à adopter les mesures voulues pour interdire l'application des techniques de génie génétique qui pourrait aller à l'encontre de la dignité humaine ; d) Les États Membres sont invités à prendre les mesures voulues pour écarter le risque de l'exploitation des femmes dans l'application des sciences de la vie ; e) Les États Membres sont également invités à adopter et à appliquer sans délai une législation nationale donnant effet aux paragraphes a à d ; f) Les États Membres sont en outre invités, dans les ressources qu'ils consacrent à la recherche médicale, y compris les sciences de la vie, à ne pas méconnaître les problèmes de portée mondiale urgents tels que le VIH/sida, la tuberculose et le paludisme, qui touchent particulièrement les pays en développement ».*

[1186] JORDAN (B), « Les montagnes russes du clonage thérapeutique », *Rev. Médecine/sciences*, Vol. 20, n° 5, mai 2004, p. 604-606 ; *« Indépendamment des objections de principe au clonage reproductif humain, soulignons le caractère irresponsable d'une telle tentative, compte tenu du risque très élevé d'anomalies embryonnaires et de l'impossibilité de s'assurer réellement du bon état de l'embryon avant implantation ».*

2 - L'exception du clonage thérapeutique

193. Un clonage de cellules, de tissus ou d'organes - L'importance de la question éthique soulevée par la perspective d'application du clonage à l'être humain a rapidement conduit à distinguer le clonage reproductif, du clonage dit « thérapeutique ». Par opposition au clonage reproductif, qui consiste à reproduire un être vivant, ce denier type de clonage, aussi appelé clonage « thérapeutique », se limite à la production de cellules embryonnaires ne visant qu'à produire des cellules pour les pousser à se différencier vers un type cellulaire désiré, l'idée n'est pas de faire naître des individus génétiquement identiques, mais seulement d'utiliser ces cellules dans des thérapies pour soigner diverses pathologies. Il s'agit de créer des cellules souches embryonnaires dont la culture *in vitro* pourrait fournir des lignées de cellules différenciées ou de tissus susceptibles d'être utilisées, notamment par greffes. Cette technique pourrait ainsi permettre de réparer un organe lésé ou malade grâce à des cellules souches qui vont remplacer les cellules défectueuses. Vulgairement, il suffirait de cloner quelques cellules saines et de les injecter afin de remplacer les cellules défaillantes. Au-delà de la diversification, de la recombinaison du gène caractéristique de la reproduction sexuée, elle pourrait, par exemple, permettre de remplacer des tissus oculaires endommagés ou de créer des cellules productrices d'insuline pour guérir le diabète. Recouvrant la production et la culture de cellules d'origine embryonnaire ou adulte et la production d'embryons dont le développement serait arrêté à un stade précoce, ce dernier type de clonage se présente comme une technique de production de matériel vivant utilisable comme « médicament », pour permettre notamment la production de cellules, de tissus ou d'organes.

À l'heure de la globalisation scientifique et économique[1187], le clonage thérapeutique rend difficile une condamnation sans appel du clonage. Créer la vie pour la détruire et en sauver, hypothétiquement une autre, relève pourtant d'un état de nécessité très singulier[1188].

[1187] DELMAS-MARTY (M), « Faut-il interdire le clonage humain ? », *D.* 2003, p. 2517 ; *« Il est sans doute vrai que c'est le poids d'une interdépendance économique et scientifique croissante, plus que le souci éthique, qui pourra conduire les Etats à abandonner progressivement une parcelle de leur souveraineté ».*

[1188] HENNION-JACQUET (P), « Réflexions sur la révision des lois de bioéthique : vers la légalisation du clonage thérapeutique ? », *RDSS*, 2008, p. 1061.

194. Un clonage reproductif, non reproductif - Considéré comme l'une des voies de recherche envisageables dans le domaine de la médecine régénératrice, le clonage dit « thérapeutique » divise[1189]. En France est interdite toute constitution par clonage d'un embryon humain à des fins thérapeutiques[1190]. En revanche, la recherche est autorisée à titre exceptionnel, sous couvert de pertinence scientifique, de finalité médicale, de nécessité médicale et de respect des principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires[1191].

Dans son avis du 18 janvier 2001 sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique[1192], le CCNE était déjà favorable à l'autorisation encadrée du clonage dit thérapeutique, expliquant en quoi un refus pourrait affecter la recherche française et favoriser l'émigration des chercheurs dans d'autres pays. Dans la perspective de la révision des lois de bioéthique, un rapport parlementaire de juillet 2006 recommandait notamment d'encourager la création de banques de cellules souches, d'alléger les procédures concernant les cellules souches embryonnaires importées, d'autoriser le transfert nucléaire sous contrôle strict, et de modifier la terminologie [1193].

Le clonage « thérapeutique » est un terme ambigu proposé pour désigner l'utilisation des cellules souches obtenues selon la même technique de départ, à savoir le transfert du noyau d'une cellule somatique dans un ovule préalablement énucléé[1194]. S'il est possible de considérer la juxtaposition des termes « thérapeutique » et « clonage » comme relevant d'un contresens[1195], il faut reconnaître que le procédé pose des problèmes éthiques et juridiques qui ne diffèrent pas fondamentalement de ceux soulevés par le clonage reproductif. Comme son homologue reproductif, il implique de disposer d'un grand nombre d'ovocytes. Ce qui laisse craindre que la demande en ovocytes soit de nature

---

[1189] ATLAN (H), AUGÉ (M), DELMAS-MARTY (M), FRESCO (N) et DROIT (R-P), *Le clonage humain*, éd. Seuil, 1999, p. 173 et s.

[1190] Art. L.2151-4 du Code de la santé publique.

[1191] Art. L.2151-5 du Code de la santé publique.

[1192] CCNE, *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, Avis n° 67, 18 janvier 2001.

[1193] FAGNIEZ (P-L), *Cellules souches et choix éthiques*, Rapp., Juillet 2006.

[1194] GEENEN (V), « Cellules souches embryonnaires, clonage reproductif, clonage thérapeutique : discussion discernement bioéthiques », *Science & Culture*, n° 401, mai-juin 2006.

[1195] À la différence du clonage reproductif, et faute de transfert intra-utérin il n'est à aucun moment question de pourvoir à la création d'embryons. Bien qu'elle ne se distingue du clonage reproductif que dans l'appréciation du résultat, elle n'est qu'une technique de pure ingénierie cellulaire.

à favoriser l'établissement d'un trafic à caractère commercial. Les deux procédés sont éthiquement condamnables. Le clonage thérapeutique l'est d'autant plus qu'il relève d'une conception utilitariste de l'embryon, laquelle considère, dès l'origine, la vie humaine comme un moyen, et non comme une fin[1196].

B - L'INTERVENTION SUR LE PATRIMOINE GÉNÉTIQUE

Le génie génétique permet de manipuler et d'altérer le patrimoine génétique des organismes vivants. Véritable révolution médicale, la puissance, à la base de cette faculté entraîne à proportion équivalente de nombreux risques. De l'éventualité touchant aux thérapies géniques (***1***), aux dangers de l'eugénisme (***2***), le génie génétique oscille entre espoirs et craintes, entre idéalisation et instrumentalisation.

1 - L'éventualité de la thérapie génique

195. Une identification des anomalies génétiques - Avec la redécouverte des lois de Mendel[1197] concernant la transmission héréditaire des traits caractéristiques des organismes, il s'est avéré qu'il existe des caractères dominants et d'autres récessifs ; que les déterminants ne se mélangent pas et sont transmis inaltérés et de façon aléatoire à la descendance ; que des caractères différents sont transmis de manière indépendante. Appréciant la ségrégation des chromosomes homologues lors de l'anaphase de la première division méiotique, ces lois ont aussi permis de constater que de nombreuses pathologies étaient en réalité inscrites *ab initio* dans le patrimoine génétique et se léguaient successivement de génération en génération. Il a ainsi été remarqué que de nombreux maux qui touchent l'être humain ne sont pas nécessairement ponctuels et ne s'attachent pas non plus uniquement à un individu déterminé.

[1196] HENNION-JACQUET (P), « Réflexions sur la révision des lois de bioéthique : vers la légalisation du clonage thérapeutique ? », *RDSS*, 2008, p. 1061 ; *« Partant, on comprend mal pourquoi le clonage reproductif, qui vise à conduire à une naissance, est présenté comme un crime attentatoire à la dignité humaine - le clone serait-il moins digne qu'une autre personne ? -, alors que le clonage thérapeutique est considéré comme une infraction hiérarchiquement inférieure ».*

[1197] BATESON (B), « Experiments in plant hybridization, translation of Mendel's 1865 paper », *Journal of the Royal Horticultural Society*, t. 26, 1901, p. 1-32 ; Uniformité des hybrides de première génération ; Disjonction des allèles ; Ségrégation indépendante des caractères héréditaires multiples.

196. Une reprogrammation génétique - Au moyen des progrès accomplis depuis plusieurs années dans les domaines de la génomique puis des méthodes de transfert de gènes, la recherche s'est attachée à intervenir sur le patrimoine génétique pour traiter les pathologies à leur source. S'agissant d'injecter dans une cellule un gène, soit pour suppléer à un gène déficient, soit pour faire fabriquer une substance destinée à détruire les cellules défectueuses, cette pratique dite de thérapie génique, réalisable aussi bien *in vivo* qu'*ex vivo*, consiste soit à compenser l'anomalie de fonctionnement d'un gène altéré par l'apport d'un gène normal qui va prendre en charge la production d'une protéine déficitaire, soit à ajouter une fonction nouvelle à une cellule, dans un but thérapeutique, diagnostique ou préventif. Un transfert génétique doit alors permettre de corriger les déficiences constatées ou de moduler certaines réponses biologiques de ses cellules[1198]. Il s'agit d'un véritable changement de paradigme dans l'approche du traitement et de la maladie[1199].

Chaque année, une fraction croissante de la population des pays développés est touchée par des troubles hépatiques, cardiaques ou neurologiques. D'ici à 2030, la population mondiale devrait même affronter une vague de cancer sans précédent[1200]. Un quart de ces derniers pourrait être lié à un facteur génétique. *A priori*, intervenir sur le génome humain pour envisager la prévention d'une maladie ou son traitement ne peut que difficilement déclencher l'opprobre. Quels parents préféreraient le pire au meilleur pour leur enfant ? Qui souhaiterait transmettre à son enfant une mucoviscidose ou une malformation cardiaque ?

Ramenée au minimum éthique, la Convention d'Oviedo laisse la porte ouverte aux interventions ayant pour objet de modifier le génome humain, lorsqu'elles sont entreprises pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elles n'ont pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance. En France : *« Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des*

1198 COHEN-HAGUENAUER (O), *Réglementation de la thérapie génique*, Médecine/Sciences, Dossier technique, n° 5, vol. 15, mai 1999, p. 682.

1199 V. Dossiers d'information de l'INSERM.

1200 Telle est la conclusion d'une étude réalisée par des chercheurs du Centre international de recherche sur le cancer (CIRC), à Lyon, et de la Société américaine du cancer.

maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne »[1201].

La thérapie génique n'a pas directement pour objectif de modifier la descendance du patient. Pour autant, Ce procédé entraine une reprogrammation génétique de l'organisme, lequel possède suite à cela un nouveau caractère héréditaire. Cet aspect n'empêche pas le Code de la santé publique prévoit les conditions dans lesquelles l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé délivre, modifie, suspend ou retire les autorisations relatives aux préparations de thérapie génique et aux préparations de thérapie cellulaire xénogénique[1202]. Au regard de la visée thérapeutique de la modification, il est certainement préférable d'autoriser ce procédé plutôt que de refuser les bénéfices qu'il pourrait offrir. Pour autant il faut garder à l'esprit que l'expérience est le nom que chacun donne à ses erreurs.

2 - Le dangers de l'eugénisme

197. Un eugénisme illégitime - Dans le sillon du clonage, le développement des techniques d'ADN recombinant[1203] suscite auprès de l'opinion publique certaines réticences et spéculations concernant les risques induits de discriminations, d'instrumentalisations et d'aliénations. Il est craint que la modification du patrimoine génétique puisse pousser l'homme vers une certaine forme d'eugénisme. Dans des sociétés où les critères physiques et moraux répondent à de véritables standards, l'intervention sur le patrimoine génétique pourrait en effet être à l'origine d'une définition nouvelle de la normalité : ce serait la fin de l'individualité et de la diversité humaine. Cette crainte a incité le législateur à édicter le principe suivant lequel : *« 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. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques,*

[1201] Art. 16-4, al. 4, du Code civil.
[1202] Art. L.5121-20 du Code de la santé publique.
[1203] L'ADN recombinant est le terme médical utilisé pour décrire l'épissage des gènes..

aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne »[1204].

L'analyse historique démontre que les horreurs médicales réalisées par le régime nazi n'auraient pu se produire s'il n'y avait pas eu à ce moment-là un fort sentiment eugénique ayant pu servir de terreau à l'expression de sa rhétorique[1205]. Pourtant, l'eugénisme n'est pas une idée nouvelle. Introduite par Francis Galton, cousin de Darwin, la doctrine eugéniste est apparue au XIXème siècle. Elle se définit alors comme l'étude des facteurs socialement contrôlables qui peuvent élever ou abaisser les qualités des générations futures. L'idée est que l'enrayement des mécanismes de la sélection naturelle par les dispositifs sociaux de protection des plus pauvres, des malades et des plus faibles en général ne peut que mener à la dégénérescence de la race humaine[1206].

Pendant près de cinquante ans à partir du XIXème siècle, les intellectuels, les dirigeants politiques et les élites médiatiques du monde entier se sont convaincus avec toujours plus de force que la science de l'eugénisme était « établie »[1207]. Roosevelt déclara lui-même qu'*« il est vraiment surprenant que notre peuple refuse d'appliquer aux êtres humains un savoir aussi élémentaire que celui utilisé par n'importe quel fermier dès lors qu'il s'agit de son propre élevage de bétail »*[1208]. Pour Shaw, l'eugénisme pouvait sauver l'humanité. Affirmer dans ce contexte que le sacrifice d'un groupe de personnes était justifié si celui-ci permettait d'améliorer ou de sauver la vie de millions d'autres n'était pas intellectuellement répréhensible. Si les fantasmes du surhomme nietzschéen et des haras humains du national socialisme révélèrent les dérives de cette doctrine et marginalisèrent les préoccupations de Galton, il s'agissait dans l'esprit de ces hommes d'agir dans l'intérêt collectif.

[1204] Art. 16-4 du Code civil ; Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

[1205] Lamy Droit de la santé, *Dérives sous l'Allemagne Nazie*, Étude, 377-13.

[1206] Il s'agit alors de distinguer l'eugénisme négatif, visant à limiter la reproduction des classes inférieures, de l'eugénisme positif, visant à encourager la procréation des classes supérieures

[1207] *Cf* . CAROL (A), *Histoire de l'eugénisme en France*, éd. Seuil, 1995 ; On assiste ainsi à la création en 1907 de la société pour l'éducation eugéniste, connue sous le nom d'Institut Galton, et à la Société française d'eugénique le 29 janvier 1913.

[1208] Lettre au biologiste Charles Davenport, 3 janvier 1913 ; *« Je suis d'accord avec vous si, comme je l'imagine, ce que vous souhaitez dire c'est que la société ne devrait en aucun cas permettre aux dégénérés de se reproduire entre eux. Il est vraiment surprenant que notre peuple refuse d'appliquer aux êtres humains un savoir aussi élémentaire que celui utilisé par n'importe quel fermier dès lors qu'il s'agit de son propre élevage de bétail ».*

198. Un eugénisme légitime - L'identification des déterminants impliqués dans les maladies génétiques a permis de faire des progrès considérables en matière de diagnostic. Conjuguée à l'utilisation des techniques d'imagerie, elle permet de détecter *in utero* d'éventuelles anomalies morphologiques, génétiques, chromosomiques, ou prédisposition pathologique[1209]. Non obligatoire, mais systématiquement proposé aux femmes enceintes, ce diagnostic est destiné à éviter des maladies incurables. Dans les cas où *« la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »*[1210], il pourra être procédé à une interruption médicale de grossesse (IMG).

Dans son rapport sur le dépistage de la trisomie 21[1211], Jean-François Mattei, a souligné que le diagnostic prénatal a souvent une connotation péjorative, au moins pour ceux qui n'y voient qu'une possible condamnation à mort pour des fœtus mal formés. Il est pourtant préférable d'y voir une procédure qui a pour objectif de permettre à des parents porteurs d'une tare génétique ou appartenant à un groupe à risque, d'avoir les enfants normaux qu'ils désirent. Éradiquer une pathologie grave au sein d'une famille ne pose pas en soi de problème éthique.

Ce diagnostic conduit à une « sélection » des bébés à naître, même si au fond cela n'a rien à voir avec la volonté de sélectionner des gènes pour concevoir un enfant parfait. Rien ne distingue dans ses modalités d'exécution un eugénisme médical d'un eugénisme criminel ou génocidaire, sinon la pureté de l'intention, la sincérité de la motivation et la qualité de la finalité poursuivie[1212]. Tout tient dans l'intention. Elle procède d'une attitude altruiste, individuelle et consentie. Il y aurait en cela un bon eugénisme et un mauvais.

[1209] Art. L. 2131-1 et s. du Code de la santé publique ; Art. R.2131-1 du Code de la santé publique.
[1210] Art. L. 2213-1 et s. du Code de la santé publique.
[1211] 11 décembre 1996.
[1212] V. MILLIEZ (J), *L'euthanasie du fœtus*, éd. Odile Jacob, 1999

SECTION II - LA DÉSAPPROBATION DE LA GESTATION DE SUBSTITUTION

199. De la procréation pour autrui - La maternité de substitution est une pratique séculaire permettant de remédier à l'infertilité d'une femme[1213]. Avant la médicalisation de la procréation, un couple dont la femme était stérile pouvait faire appel à une autre femme pour que son mari ait avec elle une relation sexuelle et qu'elle porte l'enfant, lequel était successivement considéré comme étant celui du couple[1214]. Longtemps tolérée, cette pratique devait toutefois être maintenue secrète, puisqu'elle supposait une relation adultérine.

Grâce aux progrès réalisés en matière d'insémination artificielle et de fécondation *in vitro* il est désormais possible d'envisager la conception d'un enfant, et plus globalement la réalisation de la parentalité, en dehors de tout rapport charnel. La technique a en cela permis de dissocier la maternité génétique de la maternité utérine, de parfaire la dissociation de la procréation et de l'acte procréatif. La femme qui porte l'enfant n'est plus nécessairement sa mère génétique, elle n'est plus que la gestatrice. Cette artificialisation créée de nouveaux cas de figure et remet en cause une règle fondamentale du droit de la filiation, suivant laquelle la maternité résulte de l'accouchement[1215] : *« Mater semper certa est »*. Suivant cet adage, la mère, à la différence du père, est toujours certaine.

Les règles ordinaires sont toutes établies en considération d'une procréation « naturelle ». La gestation de substitution, par la dissociation qu'elle opère entre maternité génétique et maternité utérine (**Paragraphe 1**), réduit la maternité à une simple prestation de service (**Paragraphe 2**).

[1213] Génèse, 16-1-4 ; *« Saraï, femme d'Abram, ne lui avait pas donné d'enfants ; et elle avait une servante égyptienne, nommée Agar »* ; *« Saraï dit à Abram: « Voici que Yahweh m'a rendue stérile; viens, je te prie, vers ma servante ; peut-être aurai-je d'elle des fils »* ; *« Abram écouta la voix de Saraï. Saraï, femme d'Abram, prit donc Agar l'Egyptienne, sa servante, après qu'Abram eut habité dix années dans le pays de Chanaan, et elle la donna à Abram, son mari, pour être sa femme »* ; *« Il alla vers Agar, et elle conçut; et quand elle vit qu'elle avait conçu, elle regarda sa maîtresse avec mépris ».*

[1214] 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.

[1215] ANDRE (M), MILON (A) et DE RICHEMONT (H), *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Rapport d'information, Sénat, n° 421, Session ordinaire 2007-2008, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008.

Paragraphe 1 - La dissociation entre maternité génétique et maternité utérine

200. Le renouveau de la maternité - Le principe de la prohibition des maternités de substitution est d'origine prétorienne. Il est le fruit d'une décision de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, en date du 31 mai 1991, et suivant laquelle : *« La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »*[1216]. En France, la prohibition de la gestation pour autrui fait aujourd'hui l'objet d'un très large consensus puisque le Parlement, le Comité consultatif national d'éthique ou le Conseil d'État se prononcent unanimement en faveur de son interdiction.

Or si cette opposition à la gestation pour autrui est constante et réaffirmée en droit français, elle est fragilisée par l'inefficacité des sanctions civiles et pénales françaises à l'égard des couples qui y ont recours à l'étranger, dans des pays où elle est autorisée[1217]. Prohibée par le droit français, la gestation pour autrui n'en est pas moins au coeur de l'actualité. Elle est à l'origine d'une déconstruction de l'ordre public à la fois national (A) et international (B).

A - LA DÉCONSTRUCTION DE L'ORDRE PUBLIC NATIONAL

Objectif à valeur constitutionnelle[1218], le maintien de l'ordre public est regardé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme le bouclier de certaines des plus fondamentales[1219]. La gestation pour autrui (GPA) contrevient doublement à l'ordre public national. D'une part, elle est atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes (***1***). D'autre part, elle viole principe d'indisponibilité du corps humain (***2***).

[1216] Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

[1217] Proposition de Loi n° 201visant à lutter contre le recours à une mère porteuse, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 septembre 2017.

[1218] Cons. const., 26 août 1986, n° 86-211 DC ; Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-261 DC ; Cons. const., 18 janvier 1995, n° 94-352 DC.

[1219] Art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

1 - L'atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

201. La filiation comme institution juridique - Comme pour une grande partie du monde occidental, le droit de la filiation s'est construit sur l'idée qu'*« on est le fils de son père, non par le fait d'une mécanique génétique, mais par une raison de droit qui nous a fait tel »*[1220]. De nombreux auteurs ont par ailleurs répété que la famille est une institution, que ni l'engendrement en tant que fait biologique, ni le désir humain ne peuvent suffire à définir la filiation, laquelle est une création du droit et non de la nature, un rapport institué par le Droit[1221]. Tandis que les origines sont une notion de fait, la filiation est une notion de droit. La filiation s'établit ou ne s'établit pas : elle est une institution juridique[1222].

En 1985, le Professeur Alain Sériaux publiait un article sur le droit naturel et les procréations artificielles[1223]. Relevant l'ambiguïté de la formule employée par le tribunal de grande instance de Créteil[1224] qui, au nom du droit naturel, justifiait la pratique de l'insémination posthume, l'auteur s'était interrogé sur la conformité au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes de la convention par laquelle une femme et son conjoint s'accordent pour qu'elle se fasse inséminer par un tiers[1225]. Traditionnellement, les éléments qui participent de l'état civil et contribuent à l'individualisation des personnes sont considérés comme étant indisponibles pour des raisons d'ordre public[1226]. L'indisponibilité de l'état des personnes fait ainsi office de barrière. Considéré comme une base essentielle de l'ordre social[1227], ce principe s'oppose à ce qu'une personne dispose de manière pleine et entière de sa personnalité juridique. Qu'il s'agisse de défense nationale, d'ordre public, de fiscalité, l'« état » d'une personne est intimement attaché à elle, à tel

---

[1220] BAUD (J-P), *Le droit de vie et de mort*, *Archéologie de la bioéthique*, éd. Alto-Aubier, 2001, p. 218.
[1221] CA de Paris, 15 juin 1990 ; BAUDOUIN (J-L) et LABRUSSE-RIOU (C), *Produire l'homme de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, éd. Puf, 1987, p. 148 et p. 241 ; IACUB (M), *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, éd. Fayard, 2004, p. 11-12.
[1222] GUTMANN (D), *Le sentiment d'identité*, éd. LGDJ, 2000, p. 46.
[1223] SÉRIAUX (A), « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », *D.* 1985, p. 55.
[1224] TGI de Créteil, 1er août 1984.
[1225] V. LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 383.
[1226] HAUSER (J), « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, janvier 2015 (actualisation : juin 2016).
[1227] Cass., 14 juin 1858.

point qu'elle ne peut s'en dépouiller ou en être dépouillée[1228]. La convention par laquelle une personne entendrait céder un élément de son état ou acquérir un état nouveau est donc entachée de nullité absolue[1229]. La gestation pour autrui en ce qu'elle a pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession contrevient au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes[1230].

202. Un élément de la personnalité juridique - En tant que composante essentielle de l'identité, la filiation permet à l'enfant de se situer généalogiquement, ce qu'il aura du mal à faire si cette filiation manque de cohérence. Dans le cadre de la gestation pour autrui, la mère abandonne l'enfant à la naissance pour le remettre à des mandataires. Paternité et maternité sont en cela dissociées entre trois revendications possibles. L'enfant est en conséquence privé d'une grande partie de son identité. Cela peut être une source de souffrance pour l'enfant[1231], celui-ci risquant non seulement un traumatisme provoqué par la séparation à la naissance, mais aussi celui résultant d'une relation intra-utérine perturbée par le fait que la gestatrice n'ait pas pour but d'être sa mère. Il y aurait par conséquent disproportion entre les bénéfices et les risques : « *Le but poursuivi ne justifie pas la prise de risque de perturbation de l'enfant qui ne peut être considéré comme un objet facilement transférable* »[1232]. Dans ce contexte, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes a été invoqué pour défendre une certaine conception de la famille et de la maternité. Mais il permet aussi de veiller à la sauvegarde de la dignité humaine[1233]. Si la personne ne peut disposer de sa personnalité comme elle disposerait d'un bien extérieur à elle, c'est en effet autant pour des raisons d'administration publique que pour lui épargner de se considérer elle-même ou de considérer autrui comme un moyen.

[1228] *Supra.* n° 48.

[1229] GALLMEISTER (I), « État et capacité des personnes », *Rép. civ.*, juin 2016 (actualisation : mars 2018).

[1230] TGI de Marseille, 16 décembre 1987 ; TGI de Paris, 20 janvier 1988 ; Cass. civ., 13 décembre 1989, n° 88-15.655, Bull. civ. I, 1989, n° 387, p. 260.

[1231] BAUDOUIN (J-L), LABRUSSE-RIOU (C), *Produire l'homme de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, éd. Puf, 1987, p. 70, et 140 : ; ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996, p. 268.

[1232] TGI de Marseille, 16 décembre 1987.

[1233] BERTRAND-MIRKOVIC (A), « La filiation d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger ne peut être reconnue en droit Français », *RLDC*, 2011.

2 - L'atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain

203. Une subversion corporelle - Le 31 mai 1991, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes qu'à celui de l'indisponibilité du corps humain[1234]. En 1985, le Professeur Alain Sériaux s'était déjà interrogé sur la conformité de la pratique au regard de l'indisponibilité de l'état des personnes, mais aussi au regard de l'indisponibilité du corps humain. Si le don d'organes est légitime, le fait de céder sa semence pouvait selon lui s'analyser comme une cession de *« son être même »*. Ainsi réinterprété, le principe de l'indisponibilité du corps humain s'est fait la projection sur le corps du principe d'indisponibilité de l'état des personnes tel qu'il est pensé dans le cadre du droit naturel.

Pour le Professeur Alain Sériaux, l'indisponibilité du corps découlait de l'état de personne mariée[1235], et plus largement de toute subversion corporelle de cet état naturel des personnes : la *« seule vraie mère est la porteuse »* qui doit également être la génitrice. Tous les arguments avancés ont ainsi visé à affirmer que les seuls vrais parents sont les géniteurs, et que s'il est tolérable que le père ne soit pas le géniteur, redéfinir la maternité est inenvisageable. C'est d'ailleurs pour éviter cette confusion que le terme de gestation pour autrui (GPA) a été préféré à celui de mère porteuse[1236].

204. Une subversion contractuelle - En 1983, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) s'était référé à l'ancien article 1128 du Code civil, suivant lequel *« Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».* Le CCNE a estimé que l'accord ayant pour objet l'engagement de concevoir et de porter un enfant pour le compte d'autrui, ne pouvait, en aucun cas, avoir une valeur juridique, qu'il soit conclu à titre gratuit ou à titre onéreux[1237]. En 1986 - alors même que les juges ne

---

[1234] Cass. ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105.

[1235] SÉRIAUX (A), « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », *D.* 1985, p. 55.

[1236] 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.

[1237] CCNE, *Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle*, Avis n° 3, 23 octobre 1984.

l'avaient pas encore fait - le Professeur François Boulanger, commentant la première décision publiée en matière de gestation pour autrui, vint établir le lien entre l'indisponibilité des personnes et l'ancien article 1128 du Code civil[1238]. Ce lien sera ensuite repris par les juges de la Cour de cassation qui, sur le fondement de ces deux principes d'ordre public, vont en 1991, et au visa de l'article 6 du Code civil, affirmer le caractère illicite de *« la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance »*[1239].

Il s'agissait alors pour le juge de condamner la gestation pour autrui au nom de règles qui n'existaient pas, tout en faisant comme s'il appliquait un droit préexistant. Il s'agissait de suivre la méthode de l'exégèse, et donc de se conformer à la pensée suivant laquelle le corps humain est hors commerce, en attendant que le législateur déclare la nullité de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui[1240] et qu'il sanctionne pénalement le fait de s'entremettre entre un couple désireux d'accueillir un enfant et une mère porteuse[1241].

Parce que le corps humain n'est pas une chose, il est hors du commerce juridique. Cet état s'oppose à tout usage économique. De manière générale, toute convention qui aurait pour objet tout ou partie du corps humain est alors nulle.

B - LA DÉCONSTRUCTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

Au-delà de l'ordre public national, la gestation pour autrui (GPA) contrevient aussi à l'ordre public international, tant par le recours qu'il est fait aux règles de droit international privé (***1***), qu'aux principes du droit international (***2***).

[1238] TGI d'Aix en Provence, 5 décembre 1984, JCP, 1986, II, 20561, §6, note BOULANGER (F) ; *« La première difficulté à laquelle se heurte la pratique des mères porteuses est tirée de l'indisponibilité du corps humain. […] Le caractère gratuit de l'acte ne modifierait rien aux données du problème. Une femme mariée ne saurait consentir à ce que son mari fasse don de sa faculté de procréation, hors commerce au sens de l'article 1128 du Code civil ».*

[1239] Cass. ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105 ; *« […] 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 ».*

[1240] Art. 16-7 du Code civil ; *« Toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».*

[1241] Art. 227-12 du Code pénal.

1 - Le recours aux règles de droit international privé

205. La réalisation des GPA à l'étranger - Prudent vis-à-vis des conséquences potentielles du procédé, le Parlement européen a lui-même invité les pays membres à rejeter toute forme de maternité de substitution[1242]. Malgré cela, plus d'une dizaine de pays de l'Union européenne n'interdisent pas formellement ce procédé. En effet, si la France, l'Espagne[1243], l'Allemagne, la Suisse ou l'Italie[1244] s'opposent à la gestation pour autrui, le procédé n'est pas unanimement condamné. En Belgique[1245], au Danemark[1246], en Irlande, aux Pays-Bas, en Pologne, et en Slovaquie, la gestation pour autrui n'est pas formellement interdite[1247]. Cette méthode de procréation est même autorisée en Roumanie, en Grèce[1248] et au Portugal, tout comme au Royaume-Uni, où elle a été légalisée en 1985[1249].

206. La transcription des actes de naissance - Cette absence d'uniformité permet aux couples français - notamment - de contourner l'interdiction posée par la législation française et de recourir aux services d'une gestatrice à l'étranger pour ensuite se prévaloir des règles de droit international privé et permettre à l'acte de naissance établi à l'étranger de produire des effets en droit interne[1250]. Ce contournement de la loi nationale a cependant eu pour conséquence certaines difficultés quant à la transcription sur les registres français de l'état civil. En effet, les Français qui ont eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger demandent souvent en France la transcription de l'acte de

---

1242 Résolution du Parlement européen, 16 mars 1989, *Fécondation artificielle in vivo et in vitro*, JO, C96, 17 avril 1989, p. 173, §11 ; *« Toute forme de maternité de substitution doit être en général rejetée »*.

1243 Loi n° 14 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction médicalement assistée comprend un article intitulé : « *Maternité de substitution* » ; *« 1. Sera nul de plein droit le contrat par lequel est convenue la gestation, à titre onéreux ou gratuit, d'une femme qui renoncera à la filiation maternelle en faveur du cocontractant ou d'un tiers. 2. La filiation des enfants nés à l'issue d'une maternité de substitution sera déterminée par l'accouchement. 3. Le père biologique conserve la possibilité de revendiquer la paternité, conformément aux règles de droit commun »*.

1244 Loi n° 40 du 19 février 2004 sur la procréation médicalement assistée.

1245 Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 octobre 2001, R.W. 2001, n° 6, 6 octobre 2001 ; Tribunal de la jeunesse de Namur, 7 janvier 2011, Act. Dr. Fam., 2013/5, p. 96.

1246 Trois lois font explicitement référence à la gestation pour autrui : La loi sur l'adoption, La loi sur la procréation médicalement assistée et La loi sur l'enfant.

1247 SERVICES DES ÉTUDES JURIDIQUES, *La gestation pour autrui*, Étude de législation comparée, n° 182, 30 janvier 2008.

1248 Depuis le 19 décembre 2002.

1249 Loi du 1er novembre 1990 sur l'assistance médicale à la procréation, Human Fertilisation and Embryology Act, « Loi sur la fertilisation humaine et l'embryologie ».

1250 BONNARD (J), « La révision des lois de bioéthique », *D.* 2010, p. 846.

naissance. Cette formalité n'est pas obligatoire, mais elle permet de bénéficier d'actes d'état civil français qui non seulement facilitent les démarches administratives du quotidien, mais qui aussi admettent la reconnaissance de la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui[1251].

En 2007 la Cour d'appel de Paris a jugé que : *« La non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient privés d'acte civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique »*[1252]. Mais consécutivement au pourvoi formé par le ministère public, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 17 décembre 2008, a estimé que le ministère public avait agi pour la défense de l'ordre public, comme le permet l'article 423 du code de procédure civile[1253]. Considérant l'intérêt à agir en nullité des transcriptions, résultant d'une convention formellement prohibée en droit français, la Cour de cassation a ainsi cassé l'arrêt précédemment rendu. Le 18 mars 2010, la Cour d'appel de Paris, autrement composé, confirme d'un côté la filiation des jumelles avec leurs parents français, mais refuse d'inscrire leurs actes de naissance à l'état civil. Le 6 avril 2011, la Cour de cassation a finalement tranché la question des effets pouvant être reconnus en France, au regard du droit de la filiation, de conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, interdites en France, mais licites dans le pays où elles sont intervenues. Par trois arrêts de rejet[1254], la Cour s'est indifféremment opposée à la transcription des actes de naissance étrangers ou de notoriété constatant la possession d'État[1255]. À partir de là, ni le respect de la vie familiale, ni l'intérêt de l'enfant ne justifiaient plus d'écarter les exigences de l'ordre public international pour transcrire les actes litigieux puisqu'*« en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du*

[1251] Cass. civ. 1ère, 17 décembre 2008, n° 07-20.468, Bull. civ. I, n° 289 ; *D.* 2009. Juri. 332, avis SARCELET (D), p. 340, note BRUNET (L), p. 778, Obs. GRANET-LAMBRECHTS (F), p. 1566, Obs. JAULT-SESEKE (F), AJF, 2009, p. 81, obs. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2009, p. 106, Obs. HAUSER (J) ; *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 320, note LAGARDE (P).

[1252] CA de Paris, 25 octobre 2007, n° 06/00507.

[1253] *« En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci »*.

[1254] Cass. civ. 1ère, 6 avril 2011, n° 09-17.130 ; Cass. civ. 1ère, 6 avril 2011, n° 09-66.486 ; Cass. civ. 1ère, 6 avril 2011, n° 10-19.053.

[1255] BERTRAND-MIRKOVIC (A), « La filiation d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger ne peut être reconnue en droit Français », *RLDC*, 2011.

droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fut-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public »[1256]. Le droit étranger, alors même qu'il aurait vocation à produire des effets en France, peut être écarté s'il est contraire à l'ordre public pris dans sa dimension internationale, c'est-à-dire dans son rapport avec les situations comportant un élément d'extranéité. En particulier une décision étrangère peut ne pas être reconnue en France si elle est contraire à l'ordre public international[1257].

2 - Le recours aux principes du droit international

207. L'intérêt supérieur de l'enfant - En cas de gestation pour autrui internationale, de nombreux problèmes se posent en raison des différences de régimes juridiques entre les États, notamment en ce qui concerne la filiation et la nationalité. En l'absence de transcription de son acte de naissance, l'enfant est placé dans une situation de forte précarité. Il est privé d'un certain nombre de prérogatives, en cas de divorce des parents ou de décès de la mère d'intention, par exemple[1258]. Par ailleurs, s'il est né par gestation pour autrui dans un pays étranger qui ne reconnaît pas le droit du sol, l'enfant est apatride, sans aucune nationalité. Parfois même, l'enfant ne peut pas rentrer sur le territoire français. Il n'est pas possible que ces enfants qui selon la législation de leur pays d'origine n'ont pas d'autres parents que ceux qui ont passé un contrat de gestation pour autrui soient les victimes de cette situation. C'est une atteinte à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989[1259].

[1256] Cass. civ. 1ère, 6 avril 2011, n° 10-19.053.

[1257] BERTRAND-MIRKOVIC (A), « La filiation d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger ne peut être reconnue en droit Français », *RLDC*, 2011.

[1258] V. Proposition n° 736, enregistrée à la Présidence du Sénat le 31 juillet 2012, autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une gestation pour autrui.

[1259] *« 1. 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.*
2. Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.
3. Les Etats parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié ».

208. Le droit à la vie privée de l'enfant - Saisie sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le refus d'inscription à l'état civil d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger conduisait à les priver de filiation à l'égard de leurs parents d'intention. Si l'interdiction de la gestation pour autrui n'est pas contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le refus de retranscrire la filiation de l'enfant l'égard du père biologique telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger constitue une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée de l'enfant, protégé par l'article 8 de la Convention[1260].

Si la Cour n'a pas jugé qu'il avait eu violation du droit des requérants au respect de leur vie familiale, compte tenu des aménagements possibles, elle a jugé qu'il y avait eu violation du droit au respect de la vie privée des deux enfants, lesquels se sont trouvés privés des conséquences d'un lien de filiation. Elle a considéré que le refus de transcription de l'acte de naissance de ces enfants nés d'un processus de gestation pour autrui affectait significativement le droit au respect de leur vie privée et posait une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant. *« Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun,* o*n ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance ».*

Condamnant le seul défaut de reconnaissance de la filiation paternelle biologique, elle n'a nullement entendu faire prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant ou le droit au respect de sa vie privée sur les valeurs juridiques des États. Elle rappelle néanmoins que si les États disposent d'une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision d'autoriser ou non ce mode de procréation, l'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard[1261].

[1260] CEDH, 5ème sect., 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11 ; CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, n° 9063/14 et 10410/14 ; CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie c/ France*, n° 44024/13.

[1261] *« La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger ».*

Paragraphe 2 - La réduction de la maternité à une prestation de service

209. L'instrumentalisation des intérêts en cause - Tirant les conséquences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation[1262] s'est résignée - entre le refus et la transcription pure et simple - à ce qu'il soit procédé à la transcription de l'acte de naissance étranger d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger, en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la mère d'intention[1263]. La transcription partielle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, dès lors que les autorités n'empêchent pas ce dernier de vivre en famille, qu'un certificat de nationalité française lui est délivré et qu'il existe une possibilité d'adoption par l'épouse ou l'époux du père[1264]. Mais ce revirement forcé comporte de nombreuses implications.

Les progrès considérables accomplis par la science depuis quelques décennies en matière de procréation n'ont pas seulement ouvert des perspectives nouvelles dans la lutte contre l'infertilité féminine liée à l'absence d'utérus, ou à sa déformation. Ils ont dans le même temps réduit la procréation et plus globalement la maternité à une simple prestation de service, nous invitant à appréhender l'enfant comme un simple objet contractuel (A) et la mère de substitution comme une simple prestataire de service (B).

A - L'ENFANT CONÇU COMME OBJET CONTRACTUEL

« On entend par vente d'enfants tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par toute personne ou tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage »[1265]. Dans le cadre de la gestation pour autrui, la captation des droits de l'enfant (***1***) permet aux parents de revendiquer la reconnaissance d'un « droit à » avoir un enfant (***2***).

[1262] Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 16-16.455 ; Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 16-16.901 ; Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 15-28.597 ; Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 15-20.052.

[1263] Art. 47 du Code civil.

[1264] Art. 353 du Code civil.

[1265] Protocole facultatif à la Convention relative aux Droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 25 mai 2000.

1 - La captation des droits de l'enfant

210. Du droit à l'épanouissement - Suivant l'article 3 de la Convention internationale 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 »*. En droit interne, la notion d'intérêt de l'enfant est identique[1266]. Il n'existe cependant aucune définition précise de cette notion, pas plus qu'il n'existe de consensus autour de son contenu. Elle est généralement entendue de manière très large et donne lieu à des interprétations très variables. Plutôt que de définir une ligne claire en la matière, elle laisse le soin aux juges du fond d'évaluer quelle est la situation la plus satisfaisante au regard de l'épanouissement ou du développement de l'enfant[1267].

Apprécié *in concreto*, au regard de la casuistique[1268], l'intérêt supérieur de l'enfant est celui que détermine le juge, le plus objectivement possible, au vu des éléments qui lui sont soumis. Cette notion favorise alors l'arbitraire judiciaire[1269]. Elle conduit à des solutions divergentes d'une situation à une autre, d'un juge à un autre, d'un enfant à un autre et d'un moment à un autre[1270]. À ce titre, le Doyen Carbonnier estimait que : *« l'intérêt de l'enfant est dans la loi, mais ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui »*. Cette notion fait selon lui figure de « formule magique »[1271] au sein du droit de la famille, et de manière plus générale, au sein de l'ordre juridique tout entier[1272].

[1266] V. Art. 373-2-6 du Code civil ; Cass. civ. 1ère, 18 mai 2005, n° 02-20.613 ; Cass. civ. 1ère, 8 et 22 novembre 2005, n° 02-18.360 et n° 03-17.912 ; Cass. civ. 1ère, 13 mars 2007, n° 06-17.869 et n° 06-12.655 ; Cass. civ. 1ère, 19 novembre 2009, n° 09-68.179.

[1267] ANCEL (B), « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA*, n° 62, 27 mars 2014, p. 6.

[1268] CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche*, n° 12875/87 ; CEDH, 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c/ France*, n° 64927/01.

[1269] CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 388 *« Dans les conflit familiaux c'est un magistrat pacificateur, médiateur, qui est demandé par la société, voire plus ou moins inconsciemment par les intéressés, non pas un juriste qui dise le droit »*.

[1270] MARIN (J-C), Cass. ass. plén., 19 juin 2015, p. 40.

[1271] CARBONNIER (J), note sous CA de Paris, 30 avril 1959, *D.* 1960, p. 673

[1272] V. EDEL (V), « L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant », *Revue de la recherche juridique*, 2009, n° 2, p. 579.

211. Du droit de la filiation - En quoi la gestation pour autrui serait-elle favorable à l'intérêt de l'enfant ? Est-ce dans son intérêt d'être abandonné par la femme qui l'a porté pendant neuf mois ? Est-ce dans son intérêt d'être produit comme un bien ? Le professeur Muriel Fabre-Magnan défend l'idée qu'*« en mettant sur les deux plateaux de la balance des choses éminemment hétérogènes - en l'occurrence d'un côté un interdit absolu et de l'autre l'intérêt de l'enfant - c'est le système juridique dans son entier qui se trouve profondément atteint. Le standard de l'intérêt de l'enfant sert en effet alors, techniquement, à saper toutes les bases et tous les interdits »*[1273]. Sous couvert de l'intérêt supérieur de l'enfant, il est demandé au juge français de s'incliner devant le fait accompli, de régulariser une situation illégale, c'est-à-dire de permettre à des citoyens de se faire juges du bien-fondé d'une loi qui contrarie leurs propres intérêts[1274]. Le Professeur Jean Hauser explique que *« l'enfant « fait accompli », après l'enfant conventionnel de 1994*[1275]*, est une idée respectable, mais courte, qui ne saurait résumer la complexité de la question en ce qu'elle occulte complètement la mère porteuse et la responsabilité des parents de commande à son égard. Dans la mesure où l'arrêt n'avait pas à introduire de distinctions, ni n'en avait le pouvoir, c'est la porte ouverte, sans limite claire, à toutes les gestations pour autrui »*[1276].

Sauf à dire que l'intérêt de l'enfant serait de naître et d'avoir une filiation[1277], il paraît difficile de considérer une identité entre la volonté des adultes et l'intérêt objectif de l'enfant. Que ce soit pour les couples homosexuels ou hétérosexuels, la question se pose exactement dans les mêmes termes, la gestation pour autrui est revendiquée dans le seul intérêt des adultes, c'est-à-dire des couples en mal d'enfants. Mais avoir un enfant n'est pas un acte altruiste et désintéressé, il s'agit d'un acte égoïste pris à la seule convenance de ceux dont il procède.

[1273] FABRE-MAGNAN (M), « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, À propos de la gestation pour autrui », *D.* 2015 p. 224.

[1274] LAMARCHE (M), *Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ?*, Droit de la famille, n° 11, novembre 2007 ; *« Brandi comme un étendard des droits de l'enfant, auquel il n'est pas de bon ton de s'opposer, l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait désormais conduire à rendre superflue une grande part des institutions du droit des personnes et de la famille et plus spécifiquement du droit de la filiation ».*

[1275] HAUSER (J), « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel », *D.* 1996, p. 182..

[1276] HAUSER (J), « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616.

[1277] V. Cass. ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053 ; CEDH, 10 avril 2019, n° P16-2018-001.

2 - La revendication d'un « droit à » l'enfant

212. Du « droit à » être parent - Par principe il n'existe pas de « droit à » l'enfant. Par ailleurs, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme ne reconnaît aucun droit de devenir parent[1278]. Cette idée a émergé dans le sillage de l'assistance médicale à la procréation (AMP). Du droit à l'AMP, un glissement s'est opéré entre la liberté de procréer et un éventuel droit d'accéder à la parentalité[1279]. L'on part du principe que chaque désir d'enfant doit être exaucé, ce qui suppose, pour l'État, une obligation positive de permettre aux personnes qui souhaitent un enfant, mais ne peuvent en avoir par voie naturelle un accès illimité et sans condition aux techniques d'AMP. La gestation pour autrui participe elle-même à la reconnaissance d'un tel droit. Au nom de l'enfant et de son « droit à » avoir un parent[1280], c'est « un droit à » avoir un enfant qui est revendiqué[1281]. Cette idée d'un « droit à » l'enfant aboutit inévitablement à transformer l'enfant en un simple objet auquel chacun aurait invariablement droit, fourni par l'État et destiné à soulager la souffrance des adultes[1282].

Derrière l'AMP « pour tous » se dissimule ainsi une médicalisation exorbitante de la vie humaine. Ainsi que le relève le Professeur Jean Hauser : *« On imagine facilement que la dérive pourra conduire tout simplement à la « fabrication à façon » d'enfants que certains produiront pour d'autres »*[1283]. Derrière la sélection des gamètes et le fantasme du bébé à la carte se dissimule une logique sélective où l'enfant est commandé, fabriqué et livré comme un produit, considéré éventuellement comme défectueux[1284].

[1278] CEDH, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n° 25358/12 ; *« Si la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent, la Cour ne saurait ignorer la douleur morale ressentie par ceux dont le désir de parentalité n'a pas été ou ne peut être satisfait. Toutefois, l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant ».*

[1279] V. NICOLAS (G), *Le droit constitutionnel du commencement de la vie*, Thèse, Aix-Marseille III, 2000.

[1280] FRISON-ROCHE (M-A), « Sophistique juridique et GPA », *D.* 2016, p. 85 ; *« Retourné comme un gant, l'enfant devient argument, et c'est au nom de l'enfant que l'on affirme qu'il a un « droit à » avoir un parent ».*

[1281] V. CNCDH, *Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation*, Avis, 20 novembre 2018.

[1282] ANDRÉ (M), MILON (A) et DE RICHEMONT (H), *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Rapp. n° 421, 25 juin 2008.

[1283] HAUSER (J), « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616.

[1284] FOYER (J), « Filiation », *Rép. intern.*, juillet 2015, (actualisation : juin 2016), §224.

213. Du « droit à » avoir un enfant - À partir du moment où il existe une convention, plusieurs litiges sont successibles de naître. Très précises au niveau des modalités touchant au déroulement de la gestation, les conventions portant gestation pour autrui sont à l'inverse très imprécises concernant les problèmes qui pourraient éventuellement survenir au cours de leur exécution. Par exemple, elles précisent que le droit des futurs parents de demander une interruption volontaire de grossesse est absolu et ne nécessite aucune explication ou justification, y compris, mais sans s'y limiter, si une anomalie ou un défaut génétique a été déterminé, comme la paralysie cérébrale ou le syndrome de Down. Mais qu'adviendrait-il si malgré tout l'enfant naissait handicapé ? Les parents d'intention seraient-ils en droit de refuser l'enfant pour non-conformité ou d'exiger une compensation ? Par ailleurs que se passerait-il si les parents d'intention décidaient finalement de renoncer à l'enfant ? Où si l'enfant venait à naître mort-né ou mourrait peu après la naissance ? Sa disparition entrainerait-elle l'extinction de l'obligation au sens de l'article 1234 du Code civil ?

La notion d'intérêt de l'enfant conduit souvent, à ce stade, à véhiculer une vision d'indifférence sentimentale. Il est possible de penser avec le Professeur Muriel Fabre-Magnan, l'argument de la volonté des adultes est une preuve supplémentaire qu'on n'a aucun égard pour l'intérêt de l'enfant[1285]. Contrairement à l'adoption internationale, la gestation pour autrui se pratique sans aucun contrôle des aptitudes des parents d'intention à élever l'enfant. Nul ne vérifie les aptitudes des parents d'intention, ni, semble-t-il, les qualités physiques et morales de la mère, ni l'état physiologique de l'enfant à naître. Le procédé se situe sous bien des aspects dans le domaine du non-droit.

B - LA MÈRE DE SUBSTITUTION COMME PRESTATAIRE DE SERVICE

En attendant que l'ectogenèse et le fantasme de l'utérus artificiel deviennent réalité, il ne peut y avoir d'enfant sans femme pour le porter. L'on ne peut donc faire fi des risques à la fois physiques et psychiques (***1***) que cela implique, pas plus que l'on peut ignorer ceux tenant à l'exploitation des femmes (***2***).

[1285] FABRE-MAGNAN (M), « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, À propos de la gestation pour autrui », *D.* 2015 p. 224.

1 - Les risques physiques et psychiques

214. Une souffrance physique - Il en va de l'intérêt de l'enfant comme celui de la mère de substitution de ne pas devenir des outils au service d'une fin. L'intérêt de l'enfant est sans doute invoqué avec raison, mais il est fait bon marché de l'intérêt des mères de substitution obligées de livrer l'enfant qu'elles ont porté pendant neuf mois. Ce sont bien elles pourtant qui dans la pratique « louent » leur utérus et leur corps pendant neuf mois, et qui pendant ce laps de temps ont la charge de l'inconfort et des souffrances que la grossesse et l'accouchement impliquent.

Les risques médicaux, y compris vitaux, encourus par la femme enceinte et l'enfant lors de la gestation sont réels et ont été rappelés de manière exhaustive par l'Académie de médecine. Ils englobent en particulier les cas de grossesses multiples et de prématurité qui seraient encourus dès lors qu'on ne se limiterait pas à transférer un seul embryon, mais aussi la réalisation d'une césarienne ou d'une intervention pour une hémorragie de la délivrance. L'hémorragie de la délivrance est en effet une complication particulièrement grave qui peut notamment conduire à une hystérectomie en urgence. Cette complication reste la cause la plus fréquente des morts maternelles en France. Ces accidents sont rares, mais les risques sont réels. Leur multiplicité fait qu'il est difficile de présumer une grossesse sans problèmes. Même si tout se passe normalement, les grossesses et les accouchements répétés éprouvent le corps des femmes et peuvent avoir des répercussions sur leur santé ultérieure[1286]. Si l'on considère les conséquences de ce procédé, tels que les nombreux risques pour la mère de substitution[1287], il apparaît difficile d'être à la fois dans une logique biologique et humaniste et dans une logique individualiste et consumériste de la fabrication et de la maternité des enfants et de la filiation[1288].

[1286] CCNE, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, Avis n° 110, 1er janvier 2010 ; *« Le droit français n'admet à cet égard les atteintes à l'intégrité physique au bénéfice d'autrui qu'à titre exceptionnel et pour des raisons d'ordre thérapeutique. C'est notamment le cas des dons d'organes à partir de donneurs vivants »*.

[1287] Syndrome d'hyperstimulation ovarienne, torsion ovarienne, kyste ovarien, douleur pelvienne chronique, ménopause précoce, perte de fertilité, tumeur cancéreuse du système reproductif, caillots sanguins, insuffisance rénale.

[1288] HAUSER (J), « Maternités pour autrui : un enfant « à façon » ou l'heure de vérité ? », *RTD civ.* 2012, p. 304.

215. Une souffrance psychique - La conception d'un enfant est un processus biologique complexe qui engage et implique - voire contraint - la femme qui le porte. La gestation est un engagement non seulement physique, mais aussi psychique. Certes, les avis sur ses éventuelles répercussions psychologiques divergent. Néanmoins, les sentiments de la mère de substitution peuvent évoluer au cours de la grossesse, et la séparation peut devenir plus difficile que prévu. La mère de substitution peut être victime d'une décompensation psychologique sévère après la naissance.

En outre, il faut aussi tenir compte des multiples sujétions auxquelles est soumise la mère de substitution au cours de l'opération. Ses habitudes de vie s'en trouvent bouleversées. Il lui est bien souvent imposé de ne pas fumer ni boire de boissons alcoolisées ou trop caféinées, de ne pas consommer de substances illicites ou prendre de médicaments délivrés sans le consentement écrit de son médecin, de ne pas pratiquer d'activités sportives dangereuses, suivre un régime alimentaire sain, de s'abstenir de relations sexuelles ou intimes avec d'autres personnes, de limiter ses déplacements, etc. L'emprise consentie par la mère porteuse sur son corps et sa vie intime se mesure à la hauteur des droits et libertés fondamentales auxquels elle est forcée de renoncer.

2 - Les risques d'exploitation

216. L'exploitation de femmes vulnérables - Pour l'heure, l'état actuel du droit admet la possibilité de transcrire la filiation paternelle d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger alors même qu'il n'est nullement possible de le faire pour des enfants nés d'une gestation pour autrui en France[1289]. Cela signifie qu'il permet aux citoyens en ayant les moyens la possibilité de contourner la loi française, en laissant l'interdiction à ceux qui ne peuvent se le permettre financièrement. Il suffit d'aller à l'étranger pour obtenir le résultat défendu. L'article 16-7 du Code civil n'empêche plus les couples qui en ont les moyens de se rendre à l'étranger, lesquels auront à ce titre toute latitude pour porter atteinte à l'intégrité et à l'indisponibilité de leurs semblables sur un autre sol. Il y a ici une

[1289] Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 15-28.597 ; Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 16-16.901 ; Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 16-16.455 ; Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 16-16.495.

redoutable hypocrisie, une rupture d'égalité caractérisée[1290] prise *a priori* dans l'intérêt de l'enfant. Consentie dès 2013 par la garde des Sceaux de l'époque[1291], cette hypocrisie pourrait en la matière donner à assister à la mutation d'un procédé palliatif en un procédé de confort. Un nombre croissant de femmes font par ailleurs porter leur enfant pour des motifs professionnels ou esthétiques.

Les auteurs de la violation de la loi civile et pénale sont bien souvent présentés en victimes. Ils vont ainsi apparaître aux yeux des juges, mais aussi aux yeux des médias et de l'opinion publique, non pas comme ceux qui violent la loi, non pas même comme participant à l'exploitation d'êtres humains, mais comme des couples malheureux de n'avoir pas d'enfant, car frappés d'une infertilité due à une maladie sans espoir de guérison[1292]. Mais derrière ces apparences, se dissimule bien souvent l'exploitation physique d'êtres humains. La Cour de cassation considère que la gestation pour autrui heurte notre ordre public familial, que cette pratique favorise des intérêts mercantiles, par le biais d'un « tourisme procréatif » qui exploite les femmes les plus démunies au profit d'autres femmes plus aisées[1293]. Elle rappelle en ce sens que l'interdiction de la gestation pour autrui par la loi française poursuit un but légitime de protection des enfants et des mères porteuses[1294]. Le Parlement européen, de son côté, estime que la gestation pour autrui entraîne *« une hausse de la traite des femmes et des enfants »*[1295]. Il considère que la pratique de la gestation pour autrui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises et exploités à des fins financières ou pour d'autres gains.

[1290] Proposition de loi n° 736 relative au statut juridique des gens du voyage et à la sauvegarde de leur mode de vie, Enregistrée à la Présidence du Sénat le 31 juillet 2012.

[1291] Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française, convention de mère porteuse.

[1292] FRISON-ROCHE (M-A), « Sophistique juridique et GPA », *D.* 2016, p. 85, *« C'est donc avec le visage de victimes que la demande contrariant la position de la loi va être faite. Qui voudrait les blesser une nouvelle fois en leur reprochant la violation qu'ils font du droit, alors qu'ils souffrent déjà tant ? ».*

[1293] Cass. civ. 1ère, 6 avril 2011, n° 09-17.130, Concl., p. 13.

[1294] COUR DE CASSATION, *Gestation pour autrui (GPA) réalisée à l'étranger, transcription d'acte de naissance et adoption simple*, Communiqué, arrêts du 5 juillet 2017.

[1295] Proposition de résolution du Parlement européen sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière, 30 novembre 2014, §114, 2015/2229 (INI).

217. La mise à disposition de femmes vulnérables - En l'état actuel du droit national et international, la gestation pour autrui est un marché en pleine extension. Elle est aujourd'hui l'apanage d'agences spécialisées qui organisent la mise à disposition de mères de substitution au travers plusieurs dizaines de pays, proposant leurs services en la matière pour les prix les plus variés, soit au forfait soit en fonction des options choisies. Conscientes du potentiel économique de ce grand marché des ventres à louer et des enfants à acheter, ces agences mettent en relation des mères de substitution avec des parents d'intention.

Les mères de substitution sont des prestataires de services qui louent leur utérus de manière délibérée et dont les agences vont obtenir qu'elles consentent à renoncer à leur statut de mère vis-à-vis de l'enfant qu'elles remettront à la naissance à ceux qui en ont demandé la fabrication. Les femmes sont choisies sur des catalogues avec photos. Théoriquement, il est possible d'imaginer une sélection très attentive des candidats, sur les plans physique et psychologique, de manière à prévenir les éventuels incidents. Mais en pratique, ce sont pour la plupart des femmes triées sur le volet, des femmes démunies.

En conséquence de l'inadéquation de l'offre à la demande, les parents d'intention vont à l'étranger, au risque qu'il n'y ait aucune protection pour la mère porteuse. La recherche du prix le plus bas pousse les candidats à la gestation pour autrui à se tourner de plus plus en plus vers des pays dont les tarifs sont plus avantageux. Ce sont souvent des pays en voie de développement où les déplorables conditions de travail pèsent sur la vie des travailleurs, mais où les femmes d'origines très modestes voient dans la gestation pour autrui un moyen de sortir de la misère. Au travers ce « prolétariat reproductif », ces femmes n'ont plus comme seule richesse que leur capacité à mettre au monde des enfants, mais cette fois-ci non plus pour leur propre profit, mais au profit d'autrui[1296].

La perspective d'une indemnisation rend illusoire la liberté du consentement et donc la liberté individuelle dont elle est censée procéder. Même si l'on peut admettre que certaines mères de substitution agissent dans le cadre d'une liberté effective, et dire des femmes qui se prêtent au procédé qu'elles sont adultes responsables et exercent un choix

[1296] V. FABRE-MAGNAN (M), *La gestation pour autrui, Fictions et réalités*, éd. Fayard, 2013.

rationnel, il n'en reste pas moins que cela apparaît comme une aliénation, fût-elle volontaire. Le souhait légitime d'avoir un enfant peut-il concrètement justifier que puisse être loué le ventre d'une femme, quand bien même cela serait à titre gratuit ? Derrière les arguments de familles heureuses, de don de la vie, de don du plaisir. il y a le même problème : celui de la dissociation entre le corps et la personne.

* * *

218. Conclusion du Chapitre I du Titre I - La révolution médicale s'appuie sur série de fragmentations. Ces dissociations entre sexualité et procréation, vivant et humain, fécondation et gestation, entre grossesse et maternité, etc. Les avancées dans le domaine des biotechnologies ont dénaturé l'ensemble du processus de reproduction, ne laissant derrière elles que des donneuses, des donneurs, des patients et des patientes. Dans la continuité de la loi Caillavet, les lois de bioéthique, bien que prohibant toute utilisation à des fins commerciales ou industrielles, se sont accordées sur leur recours à des fins thérapeutiques et scientifiques. Organisant la mise à dispositions des éléments et produits humains considérés, les lois de bioéthique ont confirmé l'appréhension de ces derniers comme du simple « matériel reproductif et embryonnaire ».

Grâce aux progrès réalisés en matière d'insémination artificielle et de fécondation *in vitro,* la conception d'un enfant, et plus globalement la réalisation de la parentalité, peut se réaliser en dehors de tout rapport charnel. La technique permet aujourd'hui de parfaire la dissociation de la procréation et de l'acte procréatif. L'on n'est plus seulement auteur de la technique, on en est aussi l'objet. C'est notamment le cas avec la gestation pour autrui. Ici, l'enfant est commandé, fabriqué et livré comme un produit, considéré éventuellement comme défectueux. L'enfant est ainsi une pure création médicale.

CHAPITRE II - LA RÉIFICATION DU CORPS HUMAIN *IN VIVO*

219. La révolution *in vivo* - *« Tout s'achète et tout se vend »*[1297]. L'exploitation de l'homme par l'homme n'est pas une nouveauté. Maîtres et esclaves, patrons et salariés se sont toujours trouvés dans un rapport hiérarchique ou social. Tout système économique d'exploitation produit sa forme particulière d'aliénation. Celle-ci n'a fait que changer de forme au cours du temps. Aujourd'hui, celle-ci adhère à un idéal de servitude volontaire et consentie. La consécration du droit à l'autonomie personnelle[1298] a en cela été interprétée par certains auteurs comme le signe d'une marchandisation rampante du corps humain[1299]. De la Boétie avait noté que l'homme, pour acquérir le bien qu'il souhaite, ne redoute aucun danger : *« Ce désir, cette volonté commune aux sages et aux imprudents, aux courageux et aux couards, leur fait souhaiter toutes les choses dont la possession les rendrait heureux et contents. Il en est une seule que les hommes, je ne sais pourquoi, n'ont pas la force de désirer : c'est la liberté, bien si grand et si doux ! »*[1300].

Les progrès réalisés dans le domaine du vivant n'ont donc fait qu'apporter une nouvelle forme d'exploitation des corps. Des expérimentations sur le corps (**Section I**), aux innovations tirées du corps (**Section II**), ils n'ont fait qu'offrir la possibilité de s'adonner à davantage d'activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour la personne.

[1297] KEMPF (H), *Pour sauver la planète, sortez du capitalisme*, éd Seuil, 2009.

[1298] CEDH, 17 février 2005 *K. A. et A. D. c/ Belgique*., n° 42758/98 et n° 45558/99.

[1299] FABRE-MAGNAN (M), « Controverse sur l'autonomie personnelle », *Rev. Droits*, n° 48, 2009, p. 44 ; EDELMAN (B), « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.* 2011, p. 897 ; *« Nous assistons à la naissance d'un nouvel homme qui n'a plus grand-chose à voir avec celui que nous connûmes, jadis, et dont nous étions si fiers. Le « nouvel homme » non seulement peut être une … entreprise - car la CEDH lui reconnaît, désormais, des droits humains - mais encore, dans sa singularité même, il est envisagé comme un « bien » : son corps est traité, indifféremment, soit comme une valeur économique, soit comme une valeur émotionnelle. Ce que nous fabrique la Cour européenne c'est l'homme rêvé par le marché ».*

[1300] DE LA BOÉTIE (E), *Discours de la servitude volontaire*, 1576 ; *« Qu'on mette face à face cinquante mille hommes en armes ; qu'on les range en bataille, qu'ils en viennent aux mains ; les uns, libres, combattent pour leur liberté, les autres combattent pour la leur ravir. Auxquels promettrez-vous la victoire ? Lesquels iront le plus courageusement au com- bat : ceux qui espèrent pour récompense le maintien de leur liberté, ou ceux qui n'attendent pour salaire des coups qu'il donnent et qu'ils reçoivent que la servitude d'autrui ? Les uns ont toujours devant les yeux le bonheur de leur vie passée et l'attente d'un bien-être égal pour l'avenir ».*

SECTION I - LE CORPS HUMAIN, OBJET D'EXPÉRIMENTATIONS

220. Le paradoxe du mythe de la santé parfaite - Dans le champ médical, le progrès obéit à des protocoles de recherche bien spécifiques, lesquels permettent de s'assurer que les traitements visés sont efficaces et bien tolérés. Chaque traitement doit être testé par l'intermédiaire d'essais cliniques. Organisés et pratiqués sur l'homme en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales, ces essais constituent une phase essentielle du développement de nouveaux traitements et médicaments. Ce long processus qui se déroule en plusieurs phases permet d'élaborer un produit fiable pour l'homme et de s'assurer que les bénéfices soient supérieurs à d'éventuels risques.

Bien qu'indispensables aux avancées de la science et aux progrès, recherche impliquant la personne humaine est aussi source de dérives arbitraires. Dans son rapport annuel de 2006, la CNIL avait notamment estimé, par la voix de son président Alex Turk, que : *« L'innovation technologique est à la fois porteuse de progrès et de dangers. Les individus sont tentés par le confort qu'elle procure, mais ils sont peu conscients des risques qu'elle comporte »*[1301]. Ces progrès constituent une tentation constante pour le chercheur de dépasser les limites[1302]. Si elles visent à améliorer la santé et à allonger l'espérance de vie, les biotechnologies ont paradoxalement pour effet d'entraîner une instrumentalisation de la vie humaine et du corps humain[1303]. La mise à disposition du corps humain qu'elle soit au bénéfice de l'intérêt général (**Paragraphe 1**) ou d'intérêts privés (**Paragraphe 2**) doit donc faire l'objet de la plus prudente des attentions.

[1301] V. CNIL, *27ème Rapport d'activité*, Rapp. annuel, 2006.

[1302] HEIKE (J), « L'expérimentation sur les êtres humains », *RSC*, 1991, p. 33 ; *« Dans l'histoire de la médecine, le médecin expérimentateur a toujours suscité des sentiments ambivalents. D'un côté, il est considéré comme l'indispensable garant du progrès médical ; de l'autre, il risque toujours l'échec fatal. Le développement de la bio-médecine, le développement des techniques de manipulation ou d'intervention dans la substance héréditaire, en particulier, ont de nouveau et d'une manière jusqu'alors inconnue souligné cette ambivalence ».*

[1303] HENNION-JACQUET (P), « Réflexions sur la révision des lois de bioéthique : vers la légalisation du clonage thérapeutique ? », *RDSS*, 2008, p. 1061 ; *« Le progrès scientifique risque donc d'inverser les rôles : c'est, non plus la médecine qui est au service de l'homme, mais l'homme qui sert la médecine. D'où l'utilité d'une réflexion pluridisciplinaire, préalable indispensable à la révision des lois de bioéthique ».*

Paragraphe 1 - Une mise à disposition au bénéfice de l'intérêt général

221. Du cobaye au patient et inversement - Au nom de la recherche, il est admis que l'on porte atteinte à l'intégrité physique de la personne sans que ce soit nécessairement dans son intérêt thérapeutique. Les études et travaux menés le sont néanmoins suivant des étapes et des objectifs rigoureusement déterminés. Suivant les termes de la Déclaration d'Helsinki initiale de 1964, il est essentiel que la recherche soit conforme aux principes scientifiques généralement reconnus. *« L'expérience sur l'être humain doit être basée sur des examens de laboratoire, des essais sur des animaux ou sur toute autre donnée scientifiquement établie ».* De plus : *« L'expérience ne peut être tentée légitimement que si l'importance du but visé est en rapport avec le risque encouru par le sujet ».* Se faisant : *« Le médecin doit user d'une prudence particulière lorsqu'il entreprend une expérience au cours de laquelle la personnalité du sujet peut être altérée par les médicaments ou les procédés d'expérimentation »*[1304]. Si le progrès naît des expériences et des essais, ce sont ceux-là mêmes qui donnent à juger de sa convenance et de son résultat.

Il apparaît néanmoins difficile de dire le droit avec un degré minimum de permanence dans des matières dépendant directement de l'état des connaissances scientifiques dans un domaine en évolution rapide[1305]. L'admission conditionnée des essais cliniques (A) implique corrélativement, une manipulation organisée des individus qui s'y prêtent (B).

A - L'ADMISSION CONDITIONNÉE DES ESSAIS CLINIQUES

L'acceptation des essais portant sur la personne humaine tient principalement à deux exigences. Elle doit d'une nécessité médicale (***1***) et poursuivre un impératif de rigueur scientifique et de sécurité (***2***).

[1304] Déclaration d'Helsinki, I ; Art. 1, 2, 3 et 5.

[1305] BYK (C), « L'exclusion de la brevetabilité de l'embryon humain : acte II », *La semaine juridique*, éd. générale, n° 5, 2 février 2015, p. 204.

1 - Une nécessité médicale

222. Une intention strictement thérapeutique - Aux termes de l'article 16-3 alinéa 1 du Code civil : *« 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 »*. Cette nécessité médicale ou thérapeutique recouvre l'ensemble des opérations ayant trait au corps humain. Elle s'adresse ainsi pareillement aux stérilisations à visée contraceptive[1306], aux circoncisions [1307]aux interventions chirurgicales[1308], ou aux expérimentations sur l'homme.

Il existe néanmoins différents types d'expérimentations. Il faut ici en distinguer deux : celle dite physio-pathologique et celle d'exploration. L'expérimentation dite physio-pathologique, consistant à créer délibérément chez un sujet sain une lésion ou un état pathologique que l'on estime impossible à reproduire chez une espèce animale autre que l'homme, est de longue date unanimement condamnée[1309]. Le jugement porté sur l'expérimentation d'exploration est quant à lui plus nuancé, dans la mesure où ce type d'expérimentation ne vise *« en rien à créer un phénomène pathologique, mais simplement à l'étudier par les techniques les plus poussées et les plus récentes, ceci en soumettant les organes atteints à des stimulations diverses, afin de comprendre et apprécier par les réponses obtenues dans quelle mesure le processus morbide a troublé le fonctionnement normal »*[1310].

Ainsi que l'avait prévu la loi Huriet-Sérusclat du 20 décembre 1988[1311], il peut alors être porté atteinte à l'intégrité physique des personnes lorsque, dans le respect de la volonté du patient, l'atteinte est guidée par une intention strictement thérapeutique. Privilégiant l'aspect public de la santé et l'intérêt général, le législateur a ainsi présenté une définition normative des différentes expériences réalisables, assorties de mesures de

---

[1306] CE, 26 septembre 2005, n° 248357, Lebon 391.
[1307] CA de Paris, 29 septembre 2000.
[1308] Cass. civ. 1ère, 28 janvier 2010, n° 09-10.992.
[1309] PENNEAU (J), « Corps humain, Bioéthique », *Rép. civ.*, septembre 2012, (actualisation janvier 2016).
[1310] LAGET (P), *Expérimentation et médecine, Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, 1968, éd. Fayard, 1968, p. 315.
[1311] Loi n° 88-1138 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

prévention et de contrôles. Plusieurs fois modifiée et complétée, la loi Huriet-Sérusclat a doté la France d'un cadre qui organise de manière assez contraignante les expérimentations conduites sur l'être humain.

223. Une finalité d'intérêt général - Le Conseil d'État explique que l'intérêt général se situe, depuis plus de deux cents ans, au coeur de la pensée politique et juridique française, en tant que finalité ultime de l'action publique. Il est regardé comme la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité[1312]. La recherche de l'intérêt général implique de prendre de la distance avec les propres particuliers[1313].

Dans le cadre du développement des connaissances biologiques ou médicales, il s'agit de choisir entre ce qui est bon pour les sujets de l'étude d'une part et ce qui bénéficiera à la science, à la société et aux futurs patients, d'autre part. L'objectif est de parvenir par leur biais à de nouvelles méthodes de traitement ou de techniques de prévention, et à de nouvelles façons d'utiliser un traitement connu. Ils ont pour objectif, selon le cas, d'établir ou de vérifier certaines données pharmacocinétiques[1314], pharmacodynamiques[1315] et thérapeutiques, et de déterminer les populations pour lesquelles un traitement est le plus efficace et dans quelles conditions son utilisation est la plus optimale[1316]. D'intérêt général, l'expérimentation est à la fois utile à la collectivité, comme elle peut l'être pour la personne qui y participe, en particulier quand les traitements disponibles n'ont pas permis d'obtenir l'effet attendu ou ont été mal tolérés.

[1312] CE, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapp. public, Doc. Fra., 1999 ; *« En fait, ce n'est qu'au XVIIIème siècle que l'idée d'intérêt général a progressivement supplanté la notion de bien commun, aux fortes connotations morales et religieuses, qui jusque-là constituait la fin ultime de la vie sociale. Depuis lors, deux conceptions de l'intérêt général s'affrontent. L'une, d'inspiration utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques. Cette approche, non seulement laisse peu de place à l'arbitrage de la puissance publique, mais traduit une méfiance de principe envers l'État. L'autre conception, d'essence volontariste, ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques, incapable à ses yeux de fonder durablement une société. L'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par delà leurs intérêts particuliers ».*

[1313] CE, *Ibid.* ; *« Force est de constater qu'en valorisant des finalités qui privilégient surtout le particularisme des intérêts, la société ne facilite pas le développement d'un espace où l'universel puisse l'emporter sur le particulier ».*

[1314] Modalités de l'absorption, de la distribution, du métabolisme et de l'excrétion du médicament.

[1315] Mécanisme d'action du médicament notamment

[1316] V. Site internet de l'agence nationale sécurité médicament des produits de santé.

2 - Un impératif de rigueur scientifique et de sécurité

224. Un risque prévisible justifié et proportionné - Les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain sont régies par les dispositions des articles L.1121-1 à L. 1126-7 et R.1121-1 à R.1125-13 du Code de la santé publique. Suivant ces dispositions, les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain doivent impérativement se fonder sur le dernier état des connaissances scientifiques, sur une expérimentation préclinique suffisante et notamment sur un risque prévisible justifié et proportionné par rapport au but recherché[1317].

Nécessairement effectuées *« sous la direction et sous la surveillance d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée »* et *« dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'essai et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui s'y prêtent »*[1318], les recherches impliquant la personne humaine donnent à retrouver tout l'enjeu de la bioéthique qui est de trouver un juste équilibre entre les intérêts de la science et ceux de la personne humaine. Pour cette raison, le promoteur pourvoyant à la réalisation d'essais sur la personne doit non seulement composer un dossier de demande d'avis concernant le projet de recherche qu'il souhaite mener[1319], mais devra aussi répondre tout au long du projet des effets indésirables graves et inattendus pouvant être liés au médicament expérimental et de tout fait nouveau lié à la recherche susceptible de remettre en cause la sécurité des personnes se prêtant à la recherche.

225. Des mesures de prévention raisonnables - Obéissant aux principes généraux régissant les rapports entre le droit et la science, les recherches sur l'être humain obéissent aussi nécessairement à celui[1320] issu de la Déclaration de Rio de Janeiro de 1992

[1317] Art. L.1121-2 du Code de la santé publique.

[1318] Art. L.1121-3 du Code de la santé publique.

[1319] Chapitre IX de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; Arrêté du 24 aout 2006 fixant la forme, le contenu et les modalités des déclarations d'effets indésirables et des faits nouveaux dans le cadre de recherche biomédicale ne portant pas sur un produit mentionné à l'article L. 5311-1 du code de la santé publique ; Arrêté du 9 mars 2007 fixant la composition du dossier de demande d'avis au comité de protection des personnes pour les recherches visant à évaluer les soins courants mentionnées au 2° de l'article L.1121-1 du code de la santé publique.

[1320] V. BAGHESTANI-PERREY (L), « Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science », *D.* 1999, p. 457.

sur l'environnement et le développement durable. Codifié à l'article L.110-1 du Code de l'environnement, il est entendu que : *« Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».* Apparu en Allemagne, le principe de précaution conduit à prendre en compte non plus les dommages, mais les risques et, plus encore, les risques incertains[1321]. Élevé au rang de principe constitutionnel par le biais de la Charte de l'environnement[1322], le principe de précaution a en 2005 accédé au rang de règle obligatoire, au rang d'élément incontournable de la « pensée unique » dominante, mais sans que son contenu soit pour autant toujours consistant, de sorte qu'il donne souvent l'apparence de n'être qu'une pieuse incantation[1323]. Sa portée demeure en effet incertaine.

Dans une conception large, il représente un principe d'orientation des décisions publiques, spécialement en matière de santé humaine, animale ou végétale, selon lequel l'absence de certitudes scientifiques sur la réalité d'un risque ne doit pas empêcher de prendre les mesures de prévention raisonnables en vue d'en prévenir la réalisation, comme l'interdiction d'importer certains produits suspectés d'êtres porteurs d'un risque. Simple processus interactif régulier entre action et connaissance, il accuse une simple fonction préventive de nature à favoriser l'extension de la responsabilité pour faute[1324]. Le principe de précaution[1325] tend ainsi à instaurer *« une responsabilité au bénéfice du doute à la charge de tous ceux qui n'auront pas adopté une conduite appropriée dans la perspective d'anticiper, de prévenir […] les simples risques susceptibles de dommages qui menacent l'avenir de notre civilisation »*[1326].

[1321] MARTIN (G-J), « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, p. 299 ; *« À considérer comme fautif, non seulement celui qui n'aura pas pris les mesures de prévention du risque connu ou prévisible, mais également celui qui, en situation d'incertitude ou de doute, n'aura pas adopté une démarche de précaution, consistant, par exemple, à retarder la mise en vente d'un produit ».*

[1322] Art. 5 de la Charte de l'environnement du 21 juin 2004.

[1323] LE TOURNEAU (P), « Responsabilité (en général) », *Rép. civ*, mai 2009, (actualisation juin 2015), n° 237.

[1324] MARTIN (G-J), « La mise en oeuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1999/1, p. 3 et s. ; Tribunal des conflits, 14 février 2000, Cass. civ. 1ère, 7 mars 2006, n° 04-16.179, Bull. civ. I, n° 142.

[1325] BLOCH (C), *L'obligation contractuelle de sécurité*, éd. Puam, 2002, n° 342 et s.

[1326] MAZEAUD (D), « Responsabilité civile et précaution, La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle », *RCA*, juin 2001, n° 3.

Porté par de nombreux contentieux[1327], le principe de précaution est souvent critiqué et présenté comme un principe d'abstention qui s'oppose, par définition, aux progrès scientifiques[1328], comme une règle qui contraint la recherche à l'immobilisme et les pouvoirs publics à un attentisme exacerbé[1329].

B - LA MANIPULATION ORGANISÉE DES PATIENTS

Suivant l'article L.1122-1-1 du Code de la santé publique, aucune recherche ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé. Selon l'Association française des sociétés spécialisées dans la conduite de tests thérapeutiques pour le compte de laboratoires pharmaceutiques, ce sont chaque année plusieurs milliers de volontaires qui se prêtent à la recherche. Mais leur consentement est en réalité bien plus relatif. En effet, celui-ci n'est que partiellement éclairé (***1***), et la liberté n'y est qu'imparfaite (***2***).

1 - Un consentement partiellement éclairé

226. Une apparente absence de risques - Consentants et avertis, les individus qui se prêtent à la recherche le sont le plus souvent parce qu'ils convaincus de l'absence de risques. Au-delà des régimes de responsabilité spécifiques[1330], le Comité de protection des personnes (CPP) et l'ANSM participent pour beaucoup à cette impression de sécurité. Suivant l'article L.1121-4 du Code de la santé publique, les recherches visées par l'article L.1121-1 du Code de la santé publique ne peuvent être mises en œuvre qu'après un avis favorable du CPP[1331] et qu'après autorisation de l'autorité compétente : l'ANSM[1332]. Le

---

[1327] TGI de Grasse, 17 juin 2003 ; CA d' Aix-en-Provence, 8 juin 2004 ; TGI de Nanterre, 18 septembre 2008, n° 07/02173 ; CA de Versailles, 14ème ch., 4 février 2009, n° 08/08775.

[1328] COMMISSION POUR LA LIBÉRATION DE LA CROISSANCE FRANÇAISE, *300 décisions pour changer la France*, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 2008.

[1329] LE TOURNEAU (P), « Responsabilité (en général) », *Rép. civ.*, mai 2009, (actualisation juin 2015), n° 240.

[1330] Art. L.1121-10 du Code de la santé publique.

[1331] V. Art. L.1123-1 et s. du Code de la santé publique.

[1332] Art. L.1123-12 du Code de la santé publique ; Créée par la loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire des médicaments et des produits de santé, l'ANSM s'est substituée le 1er mai 2012 à l'Agence française de sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (AFSSAPS) dont elle a repris les missions, droits et obligations.

CPP se prononce sur les conditions dans lesquelles le promoteur de la recherche assure la protection des personnes et notamment des participants, sur le bien-fondé et la pertinence du projet de recherche et sur sa qualité méthodologique[1333]. L'ANSM, quant à lui, offre un accès équitable à l'innovation pour tous les patients et garantie la sécurité des produits de santé tout au long de leur cycle de vie, depuis les essais initiaux jusqu'à la surveillance après autorisation de mise sur le marché. Elle veille ainsi à la sécurité des personnes se prêtant à la recherche, évalue et surveille les bénéfices et les risques des produits de santé tout au long de leur cycle de vie.

Préalablement à la réalisation d'un essai clinique, une information est délivrée à la personne qui entend y participer par l'investigateur ou par un médecin qui le représente. L'information porte notamment sur l'objectif, la méthodologie et la durée de la recherche, les bénéfices attendus, les contraintes et les risques prévisibles, les éventuelles alternatives médicales, les modalités de prise en charge médicale prévues en fin de recherche, l'avis du comité de protection des personnes et l'autorisation de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), les modalités de versement de contreparties. La personne dont la participation est sollicitée est informée de son droit d'avoir communication, au cours ou à l'issue de la recherche, des informations concernant sa santé, détenues par l'investigateur ou, le cas échéant, le médecin ou la personne qualifiée qui le représente. La personne dont la participation est sollicitée est aussi informée de son droit de refuser de participer à la recherche ou de retirer son consentement ou, le cas échéant, son autorisation à tout moment, sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait. À l'issue de la recherche, la personne a le droit d'être informée des résultats globaux de cette recherche, selon les modalités qui lui seront précisées dans le document d'information[1334].

227. Des effets incertains - Le consentement de celui qui accepte de se prêter à un essai clinique n'est que très rarement éclairé. Nonobstant les obligations d'informations[1335] et les éventuels renseignements glanés par le patient, celui-ci ne dispose

---

[1333] Art. L.1123-7 du Code de la santé publique.
[1334] Art. L.1122-1 du Code de la santé publique.
[1335] Les promoteurs ont en outre tendance à apporter de nombreuses informations de différentes natures n'ayant pas toujours un rapport direct et réellement informatif pour les personnes.

en effet d'aucune certitude quant aux effets de la recherche à laquelle il s'apprête à participer. Certes, il est obligatoirement fait mention des risques d'effets indésirables inattendus, mais ceux-ci restent par définition non quantifiables. En tant qu'opérations destinées à analyser un phénomène chimique ou physique et à s'assurer de ses caractéristiques ou de ses qualités, sans toutefois être certain du résultat, les essais pratiqués cliniques visent à faire la lumière sur les incertitudes propres aux médicaments ou aux traitements que l'on entend développer[1336]. Ils permettent d'évaluer l'activité et la toxicité d'un produit, de préciser la sécurité d'emploi ainsi que le devenir du produit dans l'organisme et de confirmer son efficacité thérapeutique. En observant les divergences entre les patients, il s'agit de déterminer la bonne posologie, d'établir des recommandations pour l'usage du médicament, comme les interactions médicamenteuses, l'influence de l'âge et de mieux connaître la fréquence des effets indésirables[1337].

2 - Un consentement partiellement libre

228. Des volontaires sélectionnés - Tous les protocoles de recherche impliquant la personne humaine définissent le profil des personnes pouvant participer à l'étude. En cela, chaque essai clinique comporte des règles spécifiques définissant l'admissibilité des participants qui y seront recrutés. Les personnes susceptibles de se prêter à des recherches biomédicales bénéficient d'un examen médical préalable adapté à la recherche. Les résultats de cet examen leur sont communiqués directement ou par l'intermédiaire du médecin de leur choix[1338]. Selon le type d'essai et sa phase, l'équipe de recherche proposera la participation uniquement à certains patients et ne pourra pas y inscrire d'autres. Pour chaque essai clinique, il existe ainsi des critères spécifiques d'inclusion qui

---

[1336] PASTEUR (L), *Lettre à l'empereur du Brésil*, 22 décembre 1884, citée par RAICHVARG (D), *Expérimentation et histoire : Pasteur et la rage*, *La fabrique du corps humain,* Ethique médicale et Droits de l'homme, 1988, p. 155-164 ; *« Je n'ai rien osé tenter jusqu'ici sur l'homme ... Je crains trop un échec […] Je veux tout d'abord réunir une foule de succès sur les animaux […] Mais alors même que j'aurais multiplié les exemples de prophylaxie de rage sur les chiens, il me semble que la main me tremblera quand il faudra passer à l'espèce humaine »* ; JUNG (H), « L'expérimentation sur les êtres humains », *RSC*, 1991, p. 33.

[1337] LECA (A), « Médicaments : choisir la bonne dose », *D.* 2014, p. 656 ; *« En réalité, tous les médicaments sont dangereux. Tout est question de dosage. Les fabricants sont donc dans la délicate obligation de devoir déterminer ce qu'on appelle la marge thérapeutique. C'est la différence entre la dose efficace d'un médicament et sa dose toxique »*.

[1338] Art. L.1121-11, al.3, du Code de la santé publique.

permettent aux volontaires de participer à l'essai et des critères spécifiques d'exclusion qui, à l'inverse, visent à écarter la participation des personnes qui risqueraient de souffrir du traitement ou qui posséderaient certaines caractéristiques ou conditions qui compliqueraient la détermination des effets du traitement à l'étude. Les critères d'inclusion ne sont pas destinés à rejeter une personne à titre personnel, mais ils sont destinés à sélectionner les participants de façon appropriée afin de ne pas leur faire encourir de risques excessifs[1339]. Les critères d'exclusion, comme les critères d'inclusion, constituent une partie importante du protocole d'un essai. S'ils sont correctement définis, ces deux types de critères augmentent les chances d'une étude d'obtenir des résultats fiables. Les chercheurs utilisent ainsi ces critères pour désigner les participants les plus appropriés, en leur garantissant le maximum d'avantages et le minimum de risques potentiels.

229. Des volontaires rémunérés - En France : *« 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 »*[1340]. La recherche impliquant la personne humaine ne peut donc, dans l'absolu, donner lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais exposés et, le cas échéant, l'indemnité en compensation des contraintes subies. Le montant total des indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre chargé de la santé. Mais s'il ne peut être dit qu'il s'agit d'une rémunération, s'agissant, dans le cas de la recherche impliquant la personne humaine, d'une compensation pour contrainte subie, le fait est que cette dite compensation prend la forme aux yeux des volontaires d'une certaine forme de rémunération[1341]. Par ailleurs, ainsi que le précise le second alinéa de l'article L. 1121-11 du Code de la santé publique : *« Le versement d'une telle indemnité est interdit dans le cas des recherches biomédicales effectuées sur des mineurs, des personnes qui font l'objet d'une mesure de protection légale, des personnes majeures hors d'état d'exprimer leur consentement, des personnes privées de liberté, des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du livre II de la troisième*

[1339] V. Site internet de l'ANSM.
[1340] Art. 16-6 du Code civil.
[1341] Art. L.1121-11, al. 1, du Code de la santé publique.

partie du présent code ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale et des personnes admises dans un établissement sanitaire et social à d'autres fins que la recherche ».

Dans le domaine de la santé, pauvreté et soins sont intimement liés. Comme il l'a été précisé lors de la septième conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, la maladie et la pauvreté vont de pair. Les gens sont souvent malades parce qu'ils sont pauvres. Ils peuvent s'appauvrir parce qu'ils sont malades, et leur santé peut se détériorer parce qu'ils s'appauvrissent[1342]. Cette corrélation opère pareillement sur le plan des expérimentations organisées et pratiquées sur l'être humain. Les motivations sont variables, et non-exclusives. Mais il ne faut pas se leurrer, ce n'est pas toujours par pur altruisme que des volontaires sains se soumettent à des essais cliniques, mais bien parce qu'il existe une certaine rétribution pour le service qu'ils s'apprêtent à rendre.

Sachant qu'une hospitalisation d'une à deux semaines peut être indemnisée deux mille euros, il est aisé d'imaginer que le consentement libre et éclairé du patient sain, qui, sans bénéfice personnel, se prête à l'expérimentation sur sa personne, peut être motivé par un intérêt financier. Il y a parmi eux, par exemple, des étudiants qui voient là une façon de gagner facilement de l'argent, une façon d'arrondir les fins de mois. Par ailleurs, pour recruter ces volontaires, qui *a priori* fréquentent peu le milieu médical, les investigateurs d'essais ciblent des populations qui disposent de temps, car une hospitalisation peut être requise, et de nombreux rendez-vous de suivi sont à prévoir. Encore une fois, il est permis de penser que c'est bien le besoin économique qui est le moteur du consentement à l'attention de l'intégrité physique de la personne. Il ne faudrait pas procéder à de tels essais sur des personnes dans le besoin, mais, à l'inverse, ces personnes ne se résoudraient pas à se prêter à de tels essais si précisément elles n'étaient pas dans le besoin.

[1342] NATIONS-UNIES, *Le rôle de la concurrence dans le secteur pharmaceutique et ses avantages pour le consommateur*, Septième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Genève, 6-10 juillet 2015.

Paragraphe 2 - Une mise à disposition au bénéfice d'intérêts privés

230. L'essor de la recherche interventionnelle privée - Phase essentielle dans le processus de développement d'un traitement ou d'un médicament[1343], les essais cliniques occupent une place particulièrement importante non seulement en matière de santé publique, mais aussi d'un point de vue financier. En termes de santé publique, ils permettent de maintenir un haut niveau de compétences médico-scientifiques dans le pays et pour espérer capter la production de nouveaux médicaments et représentent une chance pour les patients de bénéficier plus rapidement des dernières innovations thérapeutiques. En termes financiers, les essais cliniques permettent à la France d'être au premier plan de la recherche et de l'innovation thérapeutique.

Il s'agit pour les autorités publiques de concilier les intérêts en cause, de veiller à la santé publique et à l'intérêt général tout en maintenant la productivité et l'attractivité de la recherche impliquant la personne humaine. Même si les enjeux économiques de la recherche interventionnelle - comme non interventionnelle - conduisent à la capitalisation des recherches organisées et pratiquées sur l'être humain (A), leur promotion (B) demeure une priorité nationale.

A - LA CAPITALISATION DES RECHERCHES

La mise au point d'un traitement ou d'un médicament est un processus particulièrement dispendieux. Chaque année, les grands laboratoires dépensent une véritable fortune en recherche et développement. Les biotechnologies sont en cela bien souvent appréhendées sur le modèle de l'économie industrielle. Elles répondent autant à la loi de l'offre et de la demande (***1***) qu'à celle du profit (***2***).

[1343] V. Arrêté du 23 avril 2004 fixant les normes et protocoles applicables aux essais analytiques, toxicologiques et pharmacologiques ainsi qu'à la documentation clinique auxquels sont soumis les médicaments ou produits mentionnés à l'article L. 5121-8 du code de la santé publique.

1 - La loi de l'offre et de la demande

231. La privatisation des recherches - L'offre et la demande sont communément présentées comme les forces qui font tourner une économie de marché. Elles se réfèrent aux comportements des individus lorsqu'ils interagissent sur les marchés. Pour une marchandise donnée, l'offre est la quantité d'un produit offert à la vente pour un prix donné, et la demande est la quantité demandée par les acheteurs pour ce même prix. Pour les industriels qui élaborent traitements et médicaments, la Médecine est un marché qui représente plusieurs centaines de milliards d'euros. L'exploitation des biotechnologies marque ainsi une orientation générale de l'économie industrielle en ce début de XXIème siècle, qui développe des biotechnologies dites vertes[1344], blanches[1345], jaunes[1346], bleues[1347] ou rouges[1348]. Pour toutes ces applications, des marchés se développent, et souvent les taux de profit y sont exceptionnels[1349]. Corrélativement, la recherche et le développement d'un traitement ou d'un médicament ont un coût de plus en plus élevé. Les industriels doivent désormais s'intéresser à des molécules plus grosses, plus complexes. Le coût des médicaments augmente aussi avec les règles de sécurité, en particulier sur les essais cliniques. Pour une molécule autorisée à la vente, un laboratoire en aura éliminé des centaines d'autres. Seulement un faible nombre de nouvelles entités chimiques parviendra jusqu'à la commercialisation.

Si les essais cliniques appartiennent concurremment au domaine public et au domaine privé, les centres habilités à effectuer ces essais sont seulement pour un tiers composés de centres hospitaliers ou de centres de recherches publics tel que l'institut national de la santé et de la recherche médicale. Face à l'augmentation corrélative du coût

---

[1344] Les biotechnologies qui concernent l'agro-alimentaire.

[1345] Les biotechnologies qui concernent les applications industrielles, par l'emploi de systèmes biologiques comme alternative aux procédés chimiques classiques.

[1346] Les biotechnologies qui concernent la protection de l'environnement et au traitement ou à l'élimination des pollutions.

[1347] Les biotechnologies qui concernent les produits en liaison avec la biodiversité marine

[1348] Les biotechnologies qui concernent la santé.

[1349] En avril 2011, Sanofi a ainsi mis la main, moyennant vingt milliards de dollars, sur Genzyme, une entreprise américaine spécialisée dans les biomédicaments pour la sclérose en plaques et les maladies cardio-vasculaires. Cet attrait s'explique notamment par le fait que les nouvelles molécules utilisées dans le traitement de nombreuses maladies ne proviennent pas de la chimie de synthèse classique, mais de l'utilisation de matériaux vivants, souvent génétiquement modifiés, qui permettent de faire d'importantes économies de production.

de la recherche, de moins en moins d'institutions académiques et de structures publiques n'ont plus les moyens de conduire leurs essais. La contribution des structures publiques à la recherche clinique est ainsi rendue négligeable par rapport aux besoins du marché. Les coûts de plus en plus conséquents des essais ont amené les firmes pharmaceutiques et les industriels à prendre en main non seulement leur financement, mais aussi leur mise en place. Cette mise en place est par ailleurs souvent sous-traitée par des sociétés de recherche sous contrat qui se chargent de conduire les essais cliniques et d'organiser le recrutement du personnel, des patients, et la conduite des tests[1350].

232. Le jeu de la libre concurrence - Communément lorsqu'il est question d'économie de marché, il s'agit de désigner une combinaison de la liberté et de la concurrence qui assure un équilibre entre offre et demande, production et consommation et qui conduit en cela à la croissance économique. Prônant l'initiative individuelle, l'élément fondateur de l'économie de marché est d'abord la liberté : Le « laisser-faire, laisser-passer » de Vincent de Gournay, « la main invisible » d'Adam Smith.

Secteur scientifique à fort coefficient de recherche, l'industrie pharmaceutique est confrontée à une concurrence de plus en plus importante. Toute proportion gardée, elle permet d'augmenter le choix des consommateurs, tout en faisant baisser les prix et en augmentant la qualité des produits. Permettant au marché de s'autoréguler, de conduire l'économie vers la meilleure situation possible, la concurrence permet un plus large accès à des médicaments d'un prix abordable et incite les industriels à imaginer de meilleurs produits et méthodes de productions. La concurrence agit également sur les entreprises qui, lorsqu'elles ne dominent plus leur marché, sont incitées à accroître leur productivité. En cela, elle est génératrice de gains de productivité parce qu'elle pousse les entreprises à innover pour ne pas perdre de parts de marché. Concurrence et santé publique ne sont pas nécessairement antinomiques, bien au contraire, leur association consolide l'intérêt général à long terme.

[1350] Pour des raisons économiques certaines sociétés pharmaceutiques choisissent de délocaliser ces essais vers des pays émergents et en développement, où en s'affranchissant des contraintes législatives, les firmes pharmaceutiques bénéficient d'une réduction considérable du prix de revient des essais et du temps engagé pour leur mise en place.

2 - La loi du profit

233. Un objectif de rentabilité - La concurrence, en ce qu'elle incite les entreprises à maîtriser leurs dépenses, à réduire les coûts de production, peut aussi amener à ne plus effectuer de distinction entre patient et consommateur[1351]. La concurrence n'est pas nécessairement le moyen d'obtenir la qualité au moindre coût, bien au contraire. Il existe au travers la capitalisation de la santé publique un certain antagonisme, entre les besoins du malade et les profits de l'industriel, entre la valeur d'usage et la valeur d'échange. Dans un contexte concurrentiel, il est possible de négliger l'intérêt des personnes qui se prêtent à la recherche, quand bien même celui-ci est censé primer les seuls intérêts de la science et de la société[1352]. Finalement, la question que l'on se pose est la suivante : comment concilier rentabilité économique et intérêt général ?

Le marché mondial du médicament représente aujourd'hui plusieurs centaines de milliards d'euros. Il est aisé d'imaginer que les intérêts économiques puissent avoir tendance à passer avant ceux de la santé des patients dès qu'un conflit apparaît entre ces deux systèmes de valeurs. Que la stratégie soit belle est un fait, mais il ne faut pas oublier de regarder le résultat, et inversement. Il s'agit d'éviter de n'accorder davantage de valeur à la vie humaine qu'il y aurait à en retirer des expériences à mener sur elle. Chaque incident est en ce sens un rappel à l'éthique. Le 17 janvier 2016, par exemple, le décès d'un patient après sa participation à un essai thérapeutique de phase 1[1353] - près de dix années après le drame britannique du 16 mars 2006[1354] - a immédiatement soulevé les indéfectibles interrogations sur les risques inhérents aux procédures et à la volonté toujours croissante de voir celles-ci simplifiées. Chaque scandale : Stalinon en 1957, Thalidomide

---

[1351] V. RAVELLI (Q), *La stratégie de la bactérie. Une enquête au coeur de l'industrie pharmaceutique*, éd. Seuil, 2015.

[1352] Art. L.1121-2, al. 2 du Code de la santé publique.

[1353] Les essais de phase 1 ont pour objectif d'évaluer dévaluer la tolérance de l'organisme au produit testé. La molécule est testée sur une courte période. L'objectif est d'évaluer la sécurité d'emploi du produit, son devenir dans l'organisme, son seuil de tolérance ainsi que les effets indésirables.

[1354] GOZLAN (M), « Essai clinique : le terrible précédent de 2006 en Grande-Bretagne », *Science et avenir*, 19 janvier 2016 ; *« Il concerne une étude britannique de phase I qui, en 2006, a elle aussi tourné au drame pour six volontaires sains. Le produit en question était le TGN1412. Quelques heures après son administration, ces 6 hommes ont développé une réaction inflammatoire généralisée, avec atteinte pulmonaire, chute de la pression artérielle, accélération du rythme cardiaque. […] Au total, 2 des 6 volontaires avaient frôlé la mort et n'ont dû leur survie qu'à la mise en œuvre d'un traitement très rapide. Cinq d'entre eux présentaient des séquelles un mois après l'essai clinique ».*

en 1962, Distilbène en 1977, Prozac en 1994, Cerivastatine en 2001, ou Vioxx en 2004, focalise l'attention sur le parcours d'un traitement, de sa conception à sa prescription. À chaque vague de ce que les tribunaux qualifient d'homicides involontaires, la question de l'indépendance des essais cliniques refait surface. Mais jamais les réformes qui s'ensuivent ne remettent en question le régime de propriété commerciale du traitement et de son élaboration. Même si l'impression d'une lacune juridique ne correspond pas tout à fait à la réalité, nul ne peut nier que les réglementations juridiques relatives à l'expérimentation sur l'homme manquent de clarté et, d'un point de vue international, d'uniformité[1355].

Le marché des produits de santé obéit à un réseau de réglementations destinées à promouvoir la recherche et l'innovation au stade de la conception et de la production de produits de santé, à protéger les consommateurs des effets potentiellement dommageables des produits, et à limiter les dépenses publiques privées qui leur sont consacrées. Ces objectifs sont parfois conflictuels dans la mesure où les laboratoires pharmaceutiques se livrent une véritable guerre commerciale, qu'il s'agisse d'acquérir ou de conserver des parts de marché, et donc d'évincer une concurrence potentielle.

Bien que prohibées[1356], les pratiques anticoncurrentielles sont fréquentes dans le secteur privé[1357]. Elles englobent entre autres, le rachat de générique, l'utilisation abusive du droit des brevets, ou l'abus de position dominante. Les accords horizontaux, tels le trucage des offres, les ententes[1358] et les boycottages, sont aussi des outils particulièrement efficaces lorsqu'il s'agit de fixer les prix et d'obtenir des bénéfices de monopole[1359].

[1355] JUNG (H), *« L'expérimentation sur les êtres humains », RSC, 1991, p. 33 ; « La doctrine juridique et médicale a produit une littérature abondante en la matière, ce qui souligne en même temps l'urgence du problème et l'importance attachée au discours interdisciplinaire. En l'absence d'une jurisprudence fréquente, ce discours prend une importance particulière. Les efforts faits pour élaborer, adapter et harmoniser les règles ont déjà culminé dans maintes déclarations provenant soit du cadre médical soit du cadre juridique. La naissance des comités d'éthique reflète aussi la complexité de la matière qui semble exiger des instruments nouveaux et souples »*.

[1356] Art. L.420-1 du Code de commerce ; Art. 101 du TFUE.

[1357] V. RODA (J-C), *Les pratiques de l'industrie pharmaceutique regard du droit de la concurrence*, Colloque, Dijon, 12 mars 2010.

[1358] CJUE, 23 janvier 2018, n° C-179/16.

[1359] *Le rôle de la concurrence dans le secteur pharmaceutique et ses avantages pour le consommateur*, Septième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Genève, 6-10 juillet 2015.

B - LA PROMOTION DES RECHERCHES

Tremplin vers de nombreuses applications, la recherche impliquant la personne humaine incarne aujourd'hui un enjeu économique national. De nombreux acteurs du secteur pointent encore du doigt la réglementation des protocoles de recherche, devenue de plus en plus complexe et exigeante. L'État est souvent invité à réévaluer sa manière de favoriser la recherche et donc le progrès scientifique tout en se préservant des dérives éventuelles. L'on estime qu'une recherche dynamique doit nécessairement passer par une « simplification » (***1***) et une « clarification » (***2***) du cadre des recherches organisées et pratiquées sur l'être humain.

1 - La « simplification » du cadre des recherches

234. Un encadrement législatif complet - Pionnière en la matière, la France a dès décembre 1988[1360] défini un cadre spécifique tendant à préciser les pratiques, les contrôles, la demande de consentement, ou les normes particulières touchant aux personnes vulnérables. Depuis cette date, ce cadre a été profondément remanié[1361], notamment afin de répondre à la nécessité de transposer le Directive n° 2001/20/CE du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain[1362]. En 2012 la France a modernisé et simplifié

[1360] Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales ; ann. n° 5.

[1361] Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

[1362] *« La directive 2001/20/CE a pour but de simplifier et d'harmoniser les dispositions administratives relatives aux essais cliniques dans l'Union. Toutefois, l'expérience montre que la réglementation des essais cliniques n'a été que partiellement harmonisée. Ceci complique en particulier la réalisation d'un essai clinique donné dans plusieurs États membres. L'évolution de la science montre cependant que les futurs essais cliniques seront pratiqués sur des populations de patients plus spécifiques, telles que des sous-groupes déterminés au moyen d'informations génomiques. Afin qu'un nombre suffisant de patients participent à de tels essais cliniques, il peut s'avérer nécessaire de faire intervenir plusieurs États membres, voire la totalité d'entre eux. Les nouvelles procédures d'autorisation d'essais cliniques devraient encourager la participation du plus grand nombre possible d'États membres. Par conséquent, afin de simplifier les procédures de dépôt d'un dossier de demande d'autorisation d'essai clinique, la communication répétée d'informations en grande partie identiques devrait être évitée et remplacée par un seul dossier de demande transmis via un portail unique à l'ensemble des États membres concernés. Étant donné que les essais cliniques conduits dans un seul État membre sont tout aussi importants pour la recherche clinique européenne, le dossier de demande pour ces essais cliniques devrait également être déposé par l'intermédiaire de ce portail unique ».*

le cadre des recherches impliquant la personne humaine, en créant un cadre législatif unique pour tous les types de recherche impliquant la personne humaine[1363]. Contrairement à la loi de 1988 - dite loi Huriet-Sérusclat - qui visait davantage la protection des personnes, cette loi - dite loi Jardé - entendait donner un cadre unique aux recherches médicales sur l'être humain, simplifier les démarches des chercheurs et renforcer l'attractivité de la France en matière de recherche impliquant la personne humaine, avec des contraintes graduées en fonction du niveau de risque. Elle a opéré une modification de la législation notamment en distinguant trois catégories de recherches[1364], en remplaçant le terme « recherche biomédicale » par celui de « recherche interventionnelle », en intégrant un cadre spécifique pour les recherches non interventionnelles, ou encore en élargissant les compétences des Comités de protection des personnes (CPP). Si les recherches biomédicales faisaient l'objet d'un encadrement législatif très complet, ce n'était pas le cas des recherches « visant à évaluer les soins courants » et des recherches non interventionnelles. Pour ces recherches, les démarches étaient plutôt imprécises et complexes, ce qui était vécu par les chercheurs comme un handicap dans le développement de ces deux catégories de recherche.

235. Un environnement législatif complexe - Au niveau européen, la réglementation des recherches impliquant la personne humaine a aussi fait l'objet d'un profond remaniement. Avec le Règlement n° 536/2014 du 16 avril 2014, l'objectif a été de rendre la recherche impliquant la personne humaine plus attractive en Europe et de renforcer les capacités d'innovation sur le territoire européen[1365]. Avec l'entrée en vigueur conditionnée de ce Règlement, il a toutefois été nécessaire de réviser la législation française afin d'introduire non seulement le Règlement européen et du Conseil du 16 avril 2014, mais aussi les fondements de la loi Jardé[1366], encore suspendue à la publication des dispositions réglementaires censées permettre son application. Confronté à une situation

[1363] Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine.

[1364] On compte parmi ces recherches, celles portant sur des médicaments, sur les autres produits de santé, et celles ne portant pas sur des produits de santé ; Art. L.1121-1, 2°, du Code de la santé publique.

[1365] Règlement n° 536/2014 du 16 avril 2014 visant à renforcer les capacités d'innovation sur le territoire européen et de faciliter l'accès aux traitements innovants à l'ensemble des patients européens tout en garantissant leur sécurité, JOUE, L158, 57ème année, 27 mai 2014.

[1366] Notamment en ce qui concerne la typologie des essais cliniques, du choix des comités de protection des personnes, de la création de la Commission nationale des recherches, et des nouvelles modalités de consentement.

complexe, est souhaitant éviter toute contradiction avec les dispositions européennes, le législateur a décidé de confier au Gouvernement[1367] le soin d'adapter la législation relative aux recherches biomédicales au Règlement européen sur les essais cliniques de médicaments à usage humain, d'abroger la Directive 2001/20/CE, d'adapter cette législation aux fins de coordonner l'intervention des comités de protection des personnes, de procéder aux modifications de cette législation lorsque des adaptations avec d'autres dispositions législatives s'avéraient nécessaires[1368]. L'ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016 modifie ainsi le Code de la santé publique dans sa rédaction du 5 mars 2012. Avec la publication le 16 novembre 2016 du décret d'application[1369] de la Loi Jardé votée en mars 2012, celle-ci s'applique désormais dans son intégralité. En *sus*, ce décret[1370] s'accompagne d'une série d'arrêtés du ministre chargé de la santé et de décisions du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM).

Censée moderniser et simplifier la réglementation des recherches impliquant la personne humaine, la révision de la législation française par l'ordonnance du 16 juin 2016, avant l'entrée en vigueur du règlement, a conduit à un accroissement de la complexité de l'environnement législatif des recherches impliquant la personne humaine. Il faut en effet admettre que le texte qui en découle n'est pas d'un abord simple. Non seulement s'y mélangent les différents niveaux de risques et les différents types de recherches, avec ou sans produits, mais aussi, contrairement à ce qui était attendu du Gouvernement, l'ordonnance n'adapte que partiellement la loi française au règlement n°536/2014. En sus, l'ordonnance du 16 juin 2016 ne tient pas compte des évolutions à venir et n'apporte finalement aucune réponse satisfaisante aux problèmes rencontrés par la recherche clinique française.

[1367] Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé ; Art. 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; V. CARCASSONNE (G) et GUILLAUME (M), *La constitution*, éd. Points, 12ème éd., 2014, p. 196-200.

[1368] Art. 216 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

[1369] Décret n° 2016-1537 du 16 novembre 2016 relatif aux recherches impliquant la personne humaine.

[1370] Le décret précise les modalités de réalisation des recherches impliquant la personne humaine, les définitions applicables aux différentes catégories de recherche, le fonctionnement des comités de protection des personnes et de la commission nationale des recherches impliquant la personne humaine ainsi que les règles applicables en matière de vigilance.

2 - La « clarification » du cadre des recherches

236. Un problème de constitutionnalité - La complexité tenant à la réglementation des recherches impliquant la personne humaine met à rude épreuve l'idéal de clarté[1371] et d'accessibilité[1372] de la norme. L'idée de lois claires, tout à la fois lisibles et précises, est un idéal chaque fois revendiqué, mais jamais atteint[1373]. Si l'objectif avoué à toujours été la simplification du droit applicable, il faut admettre que le résultat qui en découle est loin d'être clair. L'article 216 de la loi n° 2016-41 a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures relevant du domaine de la loi qui ont pour objet d'adapter la législation relative aux recherches biomédicales, définies au titre II du livre Ier de la première partie du Code de la santé publique, au règlement (UE) n° 536/2014 du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain et abrogeant la directive 2001/20/CE, d'adapter cette législation aux fins de coordonner l'intervention des comités de protection des personnes mentionnés à l'article L.1123-1 du même Code et de procéder aux modifications de cette législation lorsque des adaptations avec d'autres dispositions législatives sont nécessaires. Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016 relative aux recherches impliquant la personne humaine indique toutefois que : *« La présente ordonnance modifie le Code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine, dite loi Jardé ».* L'ordonnance ne respecte donc pas les termes de l'article 216 de la loi n° 2016-41 qui visait expressément la législation relative aux recherches biomédicales. Elle se place donc en dehors du cadre de l'habilitation consentie par le Parlement. Dès lors, peut être posée la question de la constitutionnalité de cette ordonnance. La valeur juridique des ordonnances prises en application de l'article 38 de la Constitution est liée à la question de leur ratification ; moment où le Conseil constitutionnel peut être appelé à vérifier leur constitutionnalité.

[1371] Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC ; Cons. const., 10 juillet 1985, n° 85-191 DC ; Cons. const., 2 juin 1987, n° 87-226 DC ; Cons. const., 10 juin 1998, n° 1998-401 DC ; Cons. const., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC.

[1372] CE, 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris ; Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC ; Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC.

[1373] FLÜCKIGER (A), « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, Janvier 2007.

237. Un problème de sécurité juridique - Les décrets, n° 2016-1537 et n° 2016-1538 du 16 novembre 2016, eux-même pris en application tant de la loi Jardé que de la loi santé du 26 janvier 2016, ne contribuent aucunement à la compréhension de la réglementation des recherches impliquant la personne humaine. Le décret n° 2016-1537 du 16 novembre 2016 précise les modalités de réalisation des recherches impliquant la personne humaine, notamment les définitions applicables aux différentes catégories de recherche entrant dans son champ d'application, le fonctionnement des comités de protection des personnes, les procédures de demande d'avis au comité de protection des personnes et d'autorisation à l'ANSM, ainsi que les règles applicables en matière de vigilance. Ce décret s'accompagne d'une série d'arrêtés du ministre chargé de la santé et de décisions du directeur général de l'ANSM[1374].

Le professeur Philippe Malaurie constate que : *« Le droit est sans cesse en crise, mais plus ou moins : il faut toujours (ou presque) le réformer, l'abroger, le changer, l'adapter aux changements des mœurs, etc. Cette insatisfaction est selon les uns un signe de déclin ou plus rarement de progrès : ce serait par leurs crises que les sociétés se régénèrent »*. Bien souvent, cela rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire, une source permanente de conflits, de verbalismes, de procédures judiciaires interminables[1375]. Ainsi que le note le le Conseil d'État dans son rapport public de 1991 : *« Qui dit inflation dit dévalorisation : quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite ». « Pire, la multiplication des normes, leurs raffinements byzantins, l'impossibilité où l'on se trouve de pénétrer leurs couches de sédiments successifs, engendrent un sentiment d'angoisse diffuse ; le droit n'apparaît plus comme une protection mais comme une menace »*. Ne dit-on pas justement : *« Trop de droit tue le droit »* ?

[1374] Les arrêtés concernent le contenu des dossiers de demande d'avis auprès des comités de protection des personnes, le contenu et la présentation du protocole de recherche et la liste de la nouvelle catégorie des recherches interventionnelles ne comportant que des risques et des contraintes minimes. La convention unique est désormais une obligation pour les promoteurs d'une recherche à finalité commerciale de type interventionnel contractant avec un établissement. Elle a un caractère exclusif. Par deux autres arrêtés du 3 mai 2017, portant révision de la liste des recherches interventionnelles et non interventionnelles et un décret n° 2017-884 du 9 mai 2017 portant modification de certaines disposions réglementaires relatives aux recherches impliquant la personne humaine, le Ministère de la Santé, six mois après l'entrée en vigueur de la loi Jardé en a profondément modifié le champ d'application. ; GALLOUX (J-C) et GAUMONT-PRAT (H), « Droits et libertés corporels », *D.* 2017, p. 781.

[1375] MALAURIE (P), « L'intelligibilité des lois », *rev. Pouvoirs*, vol. 114, n° 3, 2005, p. 131 et s.

SECTION II - LE CORPS HUMAIN, SOURCE D'INNOVATIONS

238. De l'information à l'invention - Des progrès décisifs dans le traitement des maladies ont d'ores et déjà pu être réalisés grâce à l'existence de médicaments dérivés d'éléments isolés du corps humain et autrement produits. La génétique et la génomique nous offrent des ouvertures d'application toujours plus importantes. Le développement du séquençage génétique autorise la mise en œuvre de nouvelles stratégies thérapeutiques. La plus classique de ces méthodes consiste à isoler une molécule pouvant se lier à l'ADN, à l'ARN ou à une protéine cible de manière puissante et sélective, permettant ainsi d'en moduler la fonction selon les nécessités thérapeutiques. La plupart des médicaments existants fonctionnent selon ce principe. La seule différence est que désormais ces molécules peuvent être obtenues ou élaborées à partir de lignées cellulaires humaines.

Depuis que les biologistes ont découvert qu'elles étaient porteuses d'immenses promesses thérapeutiques, elles sont devenues une ressource essentielle pour la recherche médicale. Elles ont acquis une valeur économique, font l'objet d'investissements et d'échanges commerciaux. Les découvertes de la biologie moléculaire ont en cela introduit en biologie la notion d'information. D'ailleurs, une tendance forte du monde contemporain est désormais de tout considérer comme une source d'informations. Ainsi que l'a souligné David Lebreton : *« La biologie rejoint l'informatique sur son terrain, elle lui emprunte une métaphore fondatrice celle de l'organisme vivant comme message »*. Le sujet se dissout dans ses composantes élémentaires, il est un faisceau d'informations, une série d'instructions visant à son développement[1376]. Toutes les structures et toutes les activités des cellules sont définies par un programme qui correspond à des informations portées par les molécules d'ADN[1377]. Susceptibles d'exploitations commerciales, ces informations amènent chercheurs et industriels à s'en réserver l'usage. Cette course a plusieurs conséquences : elle favorise l'introduction du vivant dans le domaine de la brevetabilité (**Paragraphe 1**), et dans le commerce international (**Paragraphe 2**).

[1376] LEBRETON (D), *L'adieu du corps*, éd. Métailié, 2013, p. 104.

[1377] L'expression d'un gène conduit à la biosynthèse d'une protéine et se fait en deux étapes : la transcription et la traduction.

Paragraphe 1 - L'introduction du vivant dans le domaine de la brevetabilité

239. Corps humain et propriété intellectuelle - Les investissements autorisant la poursuite des recherches ont conduit les industriels à recourir à des mécanismes juridiques de protection de l'innovation, notamment dans le domaine de la propriété intellectuelle, par le dépôt de brevets. Par le biais de la propriété intellectuelle, le vivant est devenu appropriable. Georges Bernard-Shaw ironisait sur le fait que lorsque Dieu a créé l'homme et la femme, il a bêtement oublié d'en déposer le brevet si bien que, maintenant, le premier imbécile venu peut en faire autant. Depuis 1998, l'Office européen des brevets a en effet été saisi de plusieurs dizaines de milliers de demandes de brevets portant sur des inventions biotechnologiques dont un tiers environ concerneraient des mutations ou des manipulations génétiques.

Le Professeur William Dross note que : *« Le droit positif appréhende la réalité qu'offrent les biens intellectuels avec autant de difficulté que de pragmatisme »*[1378]. Le droit de la propriété intellectuelle joue néanmoins un rôle crucial dans l'économie. Dans un environnement mondialisé fortement concurrentiel, où la puissance se construit sur toujours plus d'inventivité et de protection des créations et où il est de plus en plus difficile de faire face à la concurrence de pays à faible coût de main-d'œuvre, il constitue pour les entreprises un enjeu stratégique, un instrument de pouvoir et de négociation. Véritable libérateur des initiatives, il récompense l'effort des innovateurs en leur donnant des droits, leur permettant de diffuser leurs créations dans la société en les faisant fructifier, grâce à un monopole d'exploitation pour une période déterminée[1379]. Dans un premier sens, la brevetabilité s'est imposée comme un outil d'échange (A). Dans un second sens, elle s'est aussi imposée comme un outil de contrôle (B).

[1378] DROSS (W), *Droit des biens*, Coll. Précit Domat droit privé, éd. LGDJ, 3ème éd., 2017, n° 429 ; *« Renonçant à en donner une définition qui ambitionnerait d'en saisir l'essence commune, la loi se contente d'échafauder, au fur et à mesure que les revendications se font trop pressantes, un régime original d'appropriation. Les oeuvres littéraires et artistiques seront donc soumises au droit d'auteur, les inventions techniques au droit des brevets, les dessins et modèles à un régime hybride des précédents ; à quoi se sont ajoutées des règles spécifiques encadrant pêle-mêle l'appropriation des marques, des bases de données, des logiciels, des variétés végétales, etc. L'unité de ces différents régimes semble en définitive purement formelle et résulter seulement de leur rassemblement au sein d'un même Code, celui de la propriété intellectuelle »*.

[1379] V. Site internet de l'INPI.

A - UN OUTIL D'ÉCHANGE DU VIVANT

Breveter le vivant est une notion relativement nouvelle. Celle-ci s'est développée à mesure que le vivant est devenu l'objet de créations intellectuelles (***1***), dès lors qu'il a été nécessaire de considérer le vivant comme un objet de réservations (***2***).

1 - Le vivant, objet de créations

240. L'élaboration de micro-organismes - Toute création ne peut pas être brevetable. Si la loi autorise et organise, via l'attribution de brevets, l'appropriation de la fonction technique des choses, la vie en tant que création ne peut en elle-même faire l'objet d'aucune réservation. Il n'existe pas de brevets sur la vie et nul ne peut se réserver l'usage du vivant. Dans son rapport sur la brevetabilité du vivant, Alain Claeys rappelle que le vivant a été exclu tacitement de la brevetabilité. Incorporée aux mentalités, il y avait là une conviction très profonde dans les pays industrialisés dans la séparation entre les êtres vivants et les choses animées et/ ou inanimées. Les choses inanimées pouvaient subir, sans difficulté, l'intervention de l'homme. En revanche le vivant était considéré comme sacré car participant à la nature sacrée de l'être humain. Il était d'un point de vue éthique, juridique, philosophique et religieux considéré comme ne pouvant être objectivé[1380].

Alors que se mettait en place le régime des brevets et des protections des inventions, le vivant - dans son acception générale - n'a jamais formellement été exclu de la brevetabilité. Au fur et à mesure que la nature s'offrait aux hommes comme un immense champ d'investigation et d'exploitation, l'exclusion de la brevetabilité était de plus en plus contestée. La remise en cause de ce principe est venue des États-Unis dans le domaine des plantes. Les premières réalisations du génie génétique et les progrès dans le séquençage du génome humain ont ensuite amené de très importants bouleversements dans ce domaine. Le vivant était devenu l'objet de créations. Sur ce point, la technique a profondément changé de nature puisque, désormais, le produit obtenu n'est plus seulement ce qui est produit par le micro-organisme, mais le micro-organisme lui-même. Et la question de la

[1380] CLAEYS (A), *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, n° 3502, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 décembre 2001.

propriété de ce micro-organisme ainsi obtenu n'a ensuite pas tardé à se poser. Entre la Convention de Strasbourg de 1963[1381] et la loi française de 1978[1382] sur les brevets, l'évolution a finalement conduit à admettre la brevetabilité des micro-organismes[1383]. C'est ainsi qu'ont intégré le domaine de la brevetabilité des compositions de virus ou des populations de lymphocytes, des procédés comme ceux concernant les insertions de gènes ou les expressions de gènes, les cultures de cellules, les procédés de production de protéines ou d'anticorps et aussi les combinaisons de procédés et de produits[1384].

241. Henrietta Lacks et John Moore - Dans les années 1950, les chercheurs tentaient désespérément de maintenir en vie des cellules humaines en culture à des fins expérimentales, notamment afin de tester des remèdes et comprendre le fonctionnement humain. Après avoir effectué des prélèvements de tissus sur une jeune femme atteinte d'une tumeur cancéreuse maligne au niveau du col de l'utérus, le docteur George Gey de l'hôpital Hopkins remarque que les cellules prélevées ont la possibilité de se multiplier à l'infini, à l'inverse des cellules normales qui se multiplient un certain nombre de fois avant de mourir. Ces cellules deviendront l'un des outils les plus précieux de la médecine moderne. Elles contribueront à la mise au point du vaccin contre la polio, au décryptage des tumeurs et des virus, à la mesure des effets de la bombe atomique, et à des avancées telles que la fécondation *in vitro*, le clonage ou la thérapie génique. Cette jeune femme s'appelait Henrietta Lacks, mais l'histoire ne retiendra de son nom que deux syllabes : HeLa[1385].

Il en alla de même avec John Moore chez lequel avait été diagnostiquée une leucémie à tricholeucocytes, ou à « cellules chevelues ». Ses lymphocytes mal différenciés avaient infiltré sa rate. Il subit une splénectomie à l'hôpital de l'UCLA et suivit le traitement requis. À la suite de l'excision de la rate, il fut découvert, sans en informer John

---

[1381] Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention du 27 novembre 1963. À l'époque c'était les procédés de fermentation qui étaient concernés. Cette Convention sur l'unification tendait à unifier les conditions requises pour qu'une invention puisse être valablement brevetée dans chacune des parties, ainsi que les critères en fonction desquels un brevet doit être interprété par les tribunaux appelés à définir les limites du monopole qu'il confère.

[1382] Loi n° 78-742 du 13 juillet 1978, modifiant celle du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention.

[1383] Le premier brevet pour un micro-organisme a été délivré en 1873, date à laquelle Pasteur a obtenu un brevet portant sur une levure isolée.

[1384] CLAEYS (A), *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, n° 3502, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 décembre 2001.

[1385] V. SKLOOT (R), *La vie immortelle d'Henrietta Lacks*, éd. Calmann-Levy, 2011.

Moore, que les cellules sécrétaient des concentrations particulièrement élevées de certains anticorps monoclonaux. Les chercheurs de l'UCLA ont établi une lignée lymphocytaire de laquelle neuf anticorps monoclonaux ont été tirés. Ils ont obtenu un brevet en 1984 pour cette lignée cellulaire et pour les neuf anticorps dérivés, évalués à trois millions de dollars. Les anticorps ont été commercialisés en collaboration avec Sandoz comme traitement antitumoral. Ils procédèrent de la sorte pendant sept ans sans rien dire à leur patient qui au terme de cette longue période découvrit la vérité[1386].

2 - Le vivant, objet de réservations

242. L'extension de la brevetabilité - En raison du développement économique des pays industrialisés de plus en plus basé sur la science et la connaissance, il était sans doute inévitable que la brevetabilité du vivant finisse par s'imposer. Dans son *Traité des brevets*, le Professeur Mousseron souligne : « *Tôt ou tard, les systèmes de propriété industrielle rencontrent le vivant et doivent décider l'exclusion ou l'inclusion dans le champ du brevet des espèces animées ou de certaines d'entre elles seulement, avec en arrière plan, sans doute, le souci des interventions concernant l'espèce humaine elle-même* »[1387]. Le droit n'est en aucune façon neutre. Il est très intimement lié à une conception, naturellement évolutive, de la société.

En Europe, la brevetabilité du vivant, et plus particulièrement, celle touchant à l'être humain a toujours soulevé de vives préoccupations[1388]. En 1981, l'Office européen des brevets modifie ses propres règles et admet la brevetabilité des micro-organismes. Dès lors, la brevetabilité du vivant connaît une accélération. Elle était en effet vouée à s'étendre, notamment à cause du voisinage génétique de toutes les espèces vivantes à la fois en termes d'organisation, mais aussi en termes de constituants. Une fois atteint un tel

---

1386 CLERET DE LANGAVANT (G), *Bioéthique, méthode et complexité*, éd. Presses de l'Université du Quebec, 2001, p. 250.

1387 V. MOUSSERON (J-M), *Traité des brevets*, éd. Librairie techniques, 1984.

1388 BERGMANS (B), *La protection des innovations biologiques. Une étude de droit comparé*, éd. Larcier, 1991, p. 77 et s. ; CASSIER (M), « Brevets et éthique : les controverses sur la brevetabilité des gènes humains », *Rev. française des affaires sociales*, Doc. Fra., 2002, p. 235 et s. ; ONFRAY (M), *Féeries anatomiques*, éd. Grasset & Fasquelle, 2003, p. 96 et s.

niveau de fractionnement de la matière vivante, l'humain, l'animal et le végétal en viennent à se confondre.

243. La brevetabilité de la matière biologique - En 1994, la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) s'est accompagnée de la signature de plusieurs traités internationaux, dont l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Cet accord contient les standards internationaux des règles relatives à la propriété intellectuelle. Il fixe notamment le principe de la brevetabilité de l'ensemble des inventions[1389]. En Europe, plus spécifiquement, la brevetabilité de produits composés de matière biologique ou en contenant est encadrée par la Directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. Conscients que la biotechnologie et le génie génétique jouent un rôle croissant dans un nombre considérable d'activités industrielles, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont intégré au sein de l'Union le principe déjà posé au plan mondial selon lequel toute invention est brevetable, sans distinction quant au domaine technologique dont elle relève[1390]. Cette directive définit la matière biologique comme : *« Une matière contenant des informations génétiques et qui est autoreproductible ou reproductible dans un système biologique »*[1391]. Suivant cette acception, elle considère que sont brevetables les inventions nouvelles, impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle, même lorsqu'elles portent sur un produit composé de matière biologique ou en contenant, ou sur un procédé permettant de produire, de traiter ou d'utiliser de la matière biologique. Une matière biologique isolée de son environnement naturel ou produite à l'aide d'un procédé technique peut elle aussi être l'objet d'une invention, même lorsqu'elle préexistait à l'état naturel[1392]. La matière biologique humaine est donc susceptible d'être le support d'un titre de propriété industrielle, en dépit des objections qui ont pu être invoquées procédant de l'extrapatrimonialité du corps humain.

[1389] Art. 27 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) du 15 avril 1994.
[1390] JOSSELIN-GALL (M), « Bioéthique », *Rép.intern.*, octobre 2011 (actualisation janvier 2016), n° 77.
[1391] Art. 2 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998.
[1392] Art. 3 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998.

B - UN OUTIL DE CONTRÔLE DU VIVANT

Qu'il s'agisse de brevets, de marques, de modèles ou de droits d'auteur, la mise en place d'un système de propriété intellectuelle a un double objectif. Par la diffusion universelle des connaissances et des inventions, en échange d'une protection consentie par la collectivité aux auteurs pour une période limitée, les droits de la propriété intellectuelle encouragent les firmes à produire de nouvelles connaissances et font en sorte que l'information relative à ces découvertes soit rendue publique, pour en faciliter la description, en éviter la perte ou l'oubli, et en autoriser, après une période de protection limitée, la libre copie.

1 - La circonscription des inventions

244. Une nouveauté - Le commun ne peut faire l'objet de brevets[1393]. Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent non plus constituer des inventions brevetables. Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel. L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande de brevet[1394]. Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet[1395]. Dans son *Traité des brevets*, Jean-Marc Mousseron précise notamment que : *« La découverte se distingue en ce qu'elle est la*

[1393] V. Art. 4 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998.
[1394] Art. 5 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 ; BORGES (R-M), « La fonction de la séquence génétique dans les brevets technologiques au sens de la directive 98/44, condition de brevetabilité ou de protection ? », *RTD eur.*, 2012, p. 749.
[1395] Art. L.611-18 du Code de la propriété intellectuelle.

perception par voie d'observation d'un phénomène naturel préexistant à toute intervention de l'homme, alors que l'invention se caractérise en ce qu'elle est la coordination volontaire par l'homme de moyens matériels. L'aspect naturel d'un objet distingue la découverte de l'invention industrielle nécessairement marquée par une intervention artificielle de l'homme »[1396].

245. Une activité inventive - Fondamentalement, le brevet vise l'appropriation d'une fonction technique[1397]. Celui qui prétend à l'acquisition d'un tel titre doit ainsi spécifiquement démontrer que son invention répond aux conditions de technicité et d'utilité industrielle. Les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ne peuvent en cela faire l'objet d'aucun brevet[1398].

Sont aussi exclues de la brevetabilité les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs[1399]. C'est notamment le cas des procédés permettant le clonage d'êtres humains, les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain, les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales[1400] et les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés[1401]. Susceptible de contrarier et de diminuer les normes de libre circulation et de partage des connaissances scientifiques, la réservation de droits sur l'usage des matériels et des données génétiques et l'attribution de monopoles sur l'usage des gènes peut entrer en conflit avec l'éthique médicale et l'accessibilité des produits et des services de santé pour les malades et les populations[1402]. Aussi, n'est-il justifié que dans la mesure où ses avantages sont supérieurs - ou à tout le moins égaux - aux inconvénients qu'entraîne la

---

[1396] MOUSSERON (J-M), *Traité des brevets*, éd. Librairie techniques, 1984, n° 161.
[1397] DROSS (W), *Droit des biens*, Coll. Précit Domat droit privé, éd. LGDJ, 3ème éd., 2017, n° 442
[1398] Art. L.611-16 du Code de la propriété intellectuelle ; Cass. com., 17 juin 2003, n° 01-10.075.
[1399] Art. L.611-17 du Code de la propriété intellectuelle.
[1400] CJUE, 18 octobre 2011, aff. C-34/10, *Oliver Brüstle c/ Greenpeace*.
[1401] Art. 6 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 ; Art. L.611-18 du Code de la propriété intellectuelle.
[1402] CASSIER (M), « Brevets et éthique : les controverses sur la brevetabilité des gènes humains », *Rev. française des affaires sociales*, 2002, p. 235 et s.

restriction de concurrence. L'objectif est ici de parvenir à un juste équilibre entre la nécessité de protéger le travail inventif, scientifique ou technique, et celle visant à s'assurer que le corps humain demeure effectivement indisponible et inaliénable, et qu'ainsi la dignité humaine soit sauvegardée. Les critères de brevetabilité jouent donc un rôle important dans la protection de l'intérêt public. Ils permettent en outre d'éviter que des brevets soient délivrés pour des inventions ne constituant pas un apport réel à l'état de la technique et utilisés dans le but d'empêcher l'accès à des objets relevant du domaine public.

246. Une application industrielle - Les produits composés de matière biologique ou en contenant ne sont brevetables qu'à condition de constituer des inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle[1403]. L'article L. 611-14 du Code de la propriété intellectuelle précise qu'une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique.

2 - La circonscription des réservations

247. Des investissements à protéger - Issu des lois révolutionnaires[1404], le droit des brevets d'invention constitue une très importante branche du droit de la propriété industrielle. Partiellement institutionnalisé en 1791, le privilège accordé à l'inventeur est devenu dès la fin du XVIIIème siècle l'un des outils de la mobilisation administrative qui fait de l'invention une cause nationale[1405]. Ayant successivement fait l'objet de deux textes fondateurs : les lois du 5 juillet 1844 et du 2 janvier 1968[1406], ce droit - aujourd'hui codifié au sein du Livre VI du Code de la propriété intellectuelle[1407] - fait cependant figure d'exception. Par le monopole qu'il autorise, le brevet contredit la liberté du travail, autre

[1403] Art. 3 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 ; Art. L.611-10 du Code de la propriété intellectuelle.
[1404] Décrets révolutionnaires des 31 décembre 1790 et 7 janvier 1791.
[1405] HILAIRE-PEREZ (L), *L'invention technique au siècle des lumières*, éd. Albin Michel, 2000, p. 443.
[1406] Loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention.
[1407] Art. L.611-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle.

droit fondamental officialisé par le décret d'Allarde en mars 1791[1408]. À un régime économique dominé par la règle de concurrence, le monopole constitué par le brevet d'invention constitue en effet une atteinte particulièrement sérieuse.

L'État est partagé entre la volonté de promouvoir l'industrie en protégeant l'inventeur et la lutte contre les privilèges. L'objectif est d'assurer un fonctionnement équitable du marché et, en particulier, de faire en sorte que l'accès au marché ne soit pas abusivement rendu impossible ou difficile. Il ne faut pas qu'une protection soit rendue excessive ou à l'inverse insuffisante. La recherche de cet équilibre est manifeste aussi bien dans le système des brevets que sous la forme du lien entre ce système et le droit de la concurrence. Visant à la fois à empêcher la copie ou l'imitation de produits, et à limiter les abus des inventeurs, le droit des brevets favorise un comportement équilibré du marché. À un régime juridique du savoir-faire qui ne recourt point à la technique du droit de propriété, le brevet apporte une sécurité nécessaire au développement. Sur le plan économique, le brevet est vu comme un outil imparfait, mais nécessaire pour les organismes et les firmes spécialisés dans le domaine du vivant. Ce secteur nécessite de fortes dépenses en recherche et développement sans assurance aucune de retour sur investissement. Cette protection représente donc un moyen de pallier à ces aléas. Le brevet est une technique parfaitement justifiée, dès lors que la réservation qu'il offre demeure subordonnée au respect de différentes conditions et différentes procédures en permettant le contrôle et la sanction[1409].

248. Des connaissances à diffuser - Lors du processus de dépôt de brevet, il est nécessaire d'apporter plusieurs informations relatives au produit. Il s'agit de renseignements techniques décrivant l'invention dans les conditions prescrites par la loi et indiquant la nouveauté et l'activité inventive revendiquées par rapport à l'état de la technique. Les dispositions légales imposent au déposant de fournir un descriptif technique de l'invention suffisamment précis pour permettre à un technicien spécialisé dans le domaine de reproduire l'invention en question. De plus, le monopole accordé par un brevet

---

[1408] *« À compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ».*

[1409] SCHMIDT-SZALEWSKI (J) et MOUSSERON (J-M), « Brevet d'invention », *Rép. com.*, avril 2003, (actualisation : juin 2015), n° 22 et s.

n'est que temporaire. Dans ce contexte, le brevet permet de promouvoir la diffusion des connaissances.

En 2004, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) observe toutefois dans son rapport intitulé *Brevets et innovation : Tendances et enjeux pour les pouvoirs publics* qu' : *« Il semble que des brevets peu originaux ou de portée excessive ont été délivrés, permettant à leurs titulaires d'obtenir des bénéfices indus au détriment d'autres inventeurs et de la clientèle. Le problème se pose tout particulièrement dans les domaines des logiciels, de la biotechnologie et des méthodes commerciales, où les offices de brevets et les tribunaux ont eu le plus de difficulté à s'adapter aux changements rapides, à acquérir des compétences institutionnelles, à évaluer l'état de la technique et à établir des normes appropriées concernant la portée des brevets accordés ».* Dans le cadre des biotechnologies, l'innovation a un caractère cumulatif assez prononcé, et une protection trop large des inventions de base peut décourager des inventeurs de prendre la relève si le propriétaire légal d'une technologie essentielle empêche les autres d'y accéder dans des conditions raisonnables[1410]. Pour un produit, il faut fréquemment utiliser plusieurs données qui sont protégées par un brevet[1411]. Si leur nombre est trop important alors le projet de recherche peut être abandonné, entraînant une perte d'efficacité dans le processus d'innovation de ce secteur. La solution trouvée par les entreprises consiste à acquérir des portefeuilles de brevets. Le problème est qu'apparaissent depuis plusieurs années de nouvelles entreprises qui n'ont aucune activité productive et détiennent des brevets dans l'unique but d'engendrer des revenus dans le cadre de contrats de licence avantageux ou de litiges.

[1410] OCDE, *Brevets et innovation : Tendances et enjeux pour les pouvoirs publics*, Rapp. annuel, 2004, p. 6 ; *« Dans certains secteurs en amont, tels que le matériel génétique ou les tests génétiques, des cas se présentent où les brevets pourraient encore entraver l'accès à la technologie ».*

[1411] Art. 9 de la Directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 ; BINCTIN (N), « Brevet d'invention », *Rép. Com.*, janvier 2018 (actualisation : mai 2018), n° 76 ; *« Le brevet n'est opposable que dans des circonstances où le produit breveté est contenu dans un autre produit (produit en cause) où il exerce la fonction pour laquelle il est breveté, même s'il a exercé celle-ci précédemment dans le produit dans un état antérieur dont le produit en cause est un produit de transformation, ou lorsqu'il pourrait éventuellement exercer à nouveau cette fonction, après avoir été extrait du produit en cause puis introduit dans une cellule d'un organisme vivant. Cette solution s'impose fermement car la Cour de justice européenne affirme que l'article 9 de la directive procède à une harmonisation exhaustive du régime de propriété qu'il confère. Il fait obstacle à ce qu'une législation nationale octroie une appropriation absolue du produit breveté en tant que tel, qu'il exerce ou non la fonction qui est la sienne dans la matière le contenant. Cet article 9 s'oppose à ce que le titulaire d'un brevet, délivré antérieurement à l'adoption de la directive, invoque l'appropriation absolue du produit breveté qui lui aurait été accordée par la législation nationale alors applicable ».*

Paragraphe 2 - L'introduction du corps dans le commerce international

249. Un enjeu international - L'internationalisation des échanges et la croissance rapide des moyens de communication ont favorisé l'émergence d'un modèle commercial international. Cette ouverture est l'une des principales caractéristiques de l'évolution de l'économie. Elle constitue l'un des fondements de l'économie moderne. Le développement de ce commerce international s'est traduit par une ouverture et une interdépendance croissantes des économies. Généralement sous l'appellation de « commerce international » on trouve tout ce qui concerne l'organisation des échanges entre deux ou plusieurs pays : la logistique internationale, les techniques douanières, les solutions de financement, la gestion des risques liés à ce type d'échange, etc. L'objet du droit du commerce international s'élargit sans cesse, à mesure que des choses et des activités qui étaient jusqu'alors en dehors des échanges économiques les intègrent.

Ayant une valeur marchande en tant que matière organique, le corps humain, ses éléments et produits n'ont pas échappé à cette internationalisation[1412]. Cette logique économique s'est installée lorsque le vivant humain est devenu maîtrisable[1413]. L'accélération des échanges internationaux a ensuite été dans ce domaine - comme ailleurs - une composante majeure du phénomène de « mondialisation » (A). Confortée par le développement du libre échange (B), l'industrie de la santé est alors devenue l'une des plus puissantes activités économiques et financières de par le monde.

A - CORPS HUMAIN ET MONDIALISATION

Couramment définie comme l'élargissement du champ d'activité des agents économiques du cadre national à la dimension mondiale, la mondialisation implique bien souvent une universalisation des comportements (***1***) ainsi qu'une harmonisation et une unification du droit (***2***).

[1412] V. JOURDAIN-FORTIER (C), *Santé et commerce international, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, éd. LexisNexis, 2006.

[1413] CLAEYS (A), *Rapport sur la brevetabilité du vivant,* n° 3502, enregistré à la Présidence de l'AN le 20 décembre 2001.

1 - L'universalisation des comportements

250. L'internationalisation des échanges - La mondialisation actuelle est tout d'abord financière, avec la création d'un marché mondial de capitaux et de fonds spéculatifs. En cela, on parle souvent de la mondialisation comme d'un phénomène économique et financier. Mais ce phénomène englobe un champ bien plus large que celui de la simple circulation des biens, des services et des capitaux. La mondialisation est non seulement économique et financière, mais aussi culturelle, politique et juridique. Elle est un phénomène complexe, profond et global. La multiplication des échanges économiques et financiers s'est accompagnée d'une accélération des échanges humains. À ce titre, la mondialisation a une influence considérable sur la réalité des sociétés contemporaines et des conséquences marquées dans presque tous les domaines.

La mondialisation se traduit par une interdépendance croissante des flux commerciaux, financiers et humains entre les pays. Pour reprendre les termes du Professeur Alain Buzelay : *« Elle résulte de l'interpénétration, à des degrés divers, des processus productifs et financiers entre les économies nationales »*[1414]. Elle fait écho au développement des moyens de transport, des nouvelles technologies de l'information et des communications, ainsi qu'à internationalisation des rapports de travail[1415]. La mobilité des salariés et l'activité internationale des entreprises est à l'origine de nombreuses préoccupations juridiques, économiques et sociales, lesquelles commandent en retour une réponse commune.

251. L'internationalisation des préoccupations - La forte mobilité des populations et des marchandises a aussi créé des changements importants dans le secteur de la santé. Désormais la santé s'appréhende de manière globale. La circulation croissante des infections et la résistance antimicrobienne nous placent d'ailleurs au cœur d'un grand brassage biologique. L'on assiste ainsi à une globalisation des problèmes de santé. La création de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) en est d'ailleurs un exemple

[1414] BUZELAY (A), « Les défis de l'intégration européenne face à la mondialisation », *Rev. UE*, 2018, p. 675.

[1415] V. URBAN (Q), OMARJEE (I) et JAULT-SESEKE (F), « Les rapports de travail internationaux saisis par le droit européen », *Rev. trav.*, 2008, p. 682.

particulièrement probant. Dirigeant l'action sanitaire mondiale depuis sa fondation en 1948, cette organisation internationale est chargée de définir les programmes de recherche en santé, de fixer des normes et des critères, de présenter des options politiques fondées sur des données probantes, de fournir un soutien technique aux pays et de suivre et d'apprécier les tendances en matière de santé publique. L'OMS surveille les effets de la mondialisation sur la santé et veille à ce que les résultats de cette surveillance soient pris en compte dans les processus de prise de décision aux niveaux national et international[1416].

Alain Claeys souligne que : *« Le terme « mondialisation » possède une très forte charge émotive. D'aucuns voient dans celle-ci un processus bénéfique qui contribuera de façon décisive au développement économique mondial. D'autres, au contraire, y sont très hostiles et la redoutent, estimant qu'elle accroît les inégalités au sein des pays et entre eux, menace l'emploi et le niveau de vie et entrave in fine le progrès social »*[1417]. Cet aspect a en effet des influences à la fois positives et négatives. D'un côté, grâce à la circulation des savoir-faire, des innovations thérapeutiques et diagnostiques, l'on affirme que jamais le monde n'a été si riche, que jamais la science et la technique n'ont connu un tel niveau de développement. D'un autre côté, lorsqu'il est question de délaisser l'abstrait et le global pour affronter le concret et le singulier, l'on s'aperçoit que les énormes disparités de la répartition des richesses dans le monde restreignent l'accès aux soins. Pour la majorité de la population mondiale, celui-ci demeure en effet un luxe bien souvent difficilement abordable.

[1416] WOODWARD (D), DRAGER (N), BEAGLEHOLE (R) et LIPSON (D), « Mondialisation et santé : un cadre pour l'analyse et l'action », *Bulletin de l'Organisation mondiale de la Santé*, Recueil d'articles, n° 6, 2002 ; *« Cela suppose de savoir dégager les tendances qui se dessinent, c'est-à-dire les effets de la mondialisation qui ne sont pas immédiatement visibles, mais qui, s'ils ne sont pas rapidement et efficacement gérés, auront un impact majeur sur la santé à l'avenir. Cela nécessite de renforcer considérablement notre compréhension des liens entre la mondialisation et la situation sanitaire. À cette fin, l'OMS devrait continuer a` jouer le rôle de source indépendante de connaissances et de données pour aider les décideurs politiques a` porter des jugements éclairés ».*

[1417] CLAEYS (A), *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, n° 3502, enregistré à la Présidence de l'AN le 20 décembre 2001 ; *« Cette mondialisation se caractérise par une abolition de fait de quasiment toutes les frontières essentiellement pour les capitaux et l'information sous toutes ses formes. Elle possède à n'en pas douter des aspects positifs notamment en termes de communication entre les êtres humains qui permet une propagation très rapide des idées. Mais elle est aussi marquée par une universalisation des rapports marchands, exacerbée par une concurrence sans limite et sans régulations qui concernent maintenant la quasi totalité des domaines de l'activité humaine. À cet égard le mouvement vers la brevetabilité du vivant en est certainement une bonne illustration. En effet dès les débuts du décryptage du génome humain la logique économique a fait son entrée dans un secteur, la biologie humaine, qui ne la connaissait guère jusque là. On s'est alors rendu compte qu'étaient là aussi en jeu, dans ce domaine, comme finalement dans tous les autres, des intérêts économiques et financiers, non seulement entre entreprises mais aussi entre pays ».*

2 - L'harmonisation et l'unification du droit

252. La standardisation du droit - L'offre ainsi que la demande de marchandises et de services se font désormais sur une base planétaire. Cela donne lieu à un foisonnement des échanges commerciaux. Parallèlement, il faut assurer aux opérateurs du commerce international provenant des entités impliquées une certaine sécurité juridique[1418]. Globalement, la mondialisation s'épanouit au travers le libéralisme et la déréglementation. Bien qu'elle semble pouvoir fonctionner seule, grâce à la main invisible du marché, l'économie doit s'envisager au travers l'étude de ses rapports avec la sphère juridique, des jeux d'influence et d'interdépendance se nouant entre elles[1419]. Pour que l'économie fonctionne convenablement, il faut qu'elle fonctionne équitablement.

Par mondialisation du droit, il faut entendre l'extension à l'échelle du monde de la règle de droit comprise au sens de codification normative des relations de confiance, qu'il s'agisse des relations entre personnes, entre entreprises, entre États et citoyens, entre États entre eux, etc. Cette évolution obéit à l'intensification des relations sociales planétaires qui oblige les acteurs de la mondialisation à dégager de nouvelles règles de communication ou d'échange[1420]. Tel est d'ailleurs le programme de ceux qui proposent, dans le prolongement du *jus commune*, de dégager du droit comparé les bases d'un droit commun européen ou d'un nouveau *jus gentium*[1421].

[1418] FETZE KANDEM (I), « Harmonisation, unification et uniformisation, Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *RJT*, n° 43, 2009, p. 614 ; *« L'encadrement international du contrat de vente illustre bien les pratiques d'intégration juridique. En témoignent tantôt celles pilotées par les États au sein de la Conférence des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et du Conseil nordique (CN) ; tantôt celles des organismes à caractère privé comme la National Conference of Commissioners on Uniform Laws (NCCUL) et l'American Law Institute (ALI), voire celle d'une structure mixte comme la Commission du droit européen des contrats (CDEC). On a habituellement recours aux concepts d'harmonisation, d'unification ou d'uniformisation pour qualifier ces pratiques ».*

[1419] OPPETIT (B), *Droit et économie*, APD, t. 37, 1992, p. 17 et s. ; *« Les rapports du droit et de l'économie sont passés au cours des trois derniers siècles par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle et enfin d'intérêt réciproque ».*

[1420] LAÏDI (Z), « Mondialisation et droit », *D.* 2007, p. 2712 ; *« La mondialisation traduit aussi le sentiment d'appartenance à un même monde où les frontières nationales deviendraient moins pertinentes pour juger, agir ou penser. Elle renvoie fondamentalement à l'idée d'un partage de sens entre des communautés politiques différentes. On peut par exemple considérer que le développement des normes en matière de droits de l'homme ou de l'environnement participe de cette conscience d'appartenance à un même monde, conscience qui favorise ipso facto une demande de droit et de mondialisation du droit ».*

[1421] SALEILLES (R), « École historique du droit naturel », *RTD civ.*, 1902, p. 80 et s.

253. La standardisation des législations - La mondialisation pose la question de la différence entre les intérêts des États ou régions et les intérêts des entreprises. Elle pose aussi la question d'un nécessaire changement d'approche et d'une nécessaire internationalisation des règles[1422]. Cette démarche passe tantôt par un rapprochement des dispositions existantes : par une harmonisation du droit, tantôt par la création d'un droit nouveau : par une unification - voire même par une uniformisation - du droit. L'harmonisation consiste à mettre en accord des dispositions d'origine différente. Elle désigne parfois un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques[1423] afin de les mettre en cohérence de manière à réduire les différences et les divergences entre elles. Un cran plus haut, l'uniformisation du droit consiste, de son côté, à effacer les différences entre les législations nationales en leur substituant des normes communes, conjointement rédigées par tous les États concernés. La distinction réside principalement dans le degré d'identité du contenu législatif ou réglementaire. La similitude que produit toute harmonisation est moins élevée que celle d'une unification[1424].

Le droit européen a nettement favorisé une harmonisation des législations nationales. D'ailleurs, l'article 3 h du Traité instituant la Communauté économique européenne (TCEE)[1425] prévoyait lui-même que l'action de la Communauté comportait *« le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun »*. Ce rapprochement a abouti à des résultats très utiles pour l'intégration économique. L'élaboration et la publication de normes européennes a en effet permis de réaliser qu'une pluralité de systèmes juridiques ne constituait pas en soi un obstacle à une

---

1422 KOVAR (R) et POILLOT-PERUZZETTO (S), « Politique de concurrence », *Rép. intern.*, août 2005 (actualisation : avril 2016), n° 190-192.

1423 CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014, p. 505.

1424 FETZE KANDEM (I), « Harmonisation, unification et uniformisation, Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *RJT*, n° 43, 2009, p. 621 ; *« Les normes harmonisées ne couvrent pas tous les aspects du domaine qu'elles régissent et sont notamment complétées par des règles nationales dont la similitude est loin d'être garantie. C'est ainsi que survivent les divergences normatives entre les parties impliquées dans une entreprise d'harmonisation. Ce sont ces éléments particuliers aux divers intervenants qui caractérisent l'harmonisation et la distinguent de l'unification et de l'uniformisation. En clair, l'unification et l'uniformisation ne laissent normalement aucun pouvoir substantiel aux différents acteurs législatifs nationaux dans les domaines qu'elles entendent encadrer. Or, l'harmonisation supprime certes les divergences, mais elle favorise l'existence de spécificités législatives ou réglementaires nationales. Ce faisant, elle laisserait aux autorités nationales certains aspects du droit qui, parfois, constituent des pierres d'achoppement lors d'une entre- prise d'intégration juridique. En ce qu'elle exige un niveau d'unité législative ou réglementaire inférieur aux standards de l'unification et de l'uniformisation, l'harmonisation serait ainsi plus aisément réalisable ».*

1425 Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957.

entreprise d'intégration juridique. Toutefois entre l'unification et l'harmonisation, l'unification reste exceptionnelle. La plupart du temps, les règles deviennent plus proches, mais restent différentes. Conscientes du risque de fragmentation, ces règles tendent vers la recherche d'une mise en compatibilité des différences autour de principes communs. Cette recherche conduit à accepter des différences, mais pas n'importe lesquelles, pas au-delà d'un certain seuil. Pour le Professeur Mireille Delmas-Marty : *« L'obligation d'identité est remplacée par une obligation de proximité, et la décision est conditionnée par la fixation d'un « seuil de compatibilité » »*[1426].

B - CORPS HUMAIN ET LIBRE CIRCULATION

Encouragée par l'harmonisation des dispositions, la libre circulation des produits et services est l'une des caractéristiques fondamentales du commerce international. Ce principe établit qu'un produit légalement commercialisé dans un État membre peut l'être dans tous les autres. En cela, il contribue à la promotion internationale (***1***) et au partage organisé des innovations (***2***).

1 - La promotion internationale des innovations

254. Une concurrence internationale - Consécutivement au décryptage du génome humain, la logique économique a fait son entrée dans un secteur qui ne la connaissait guère jusque là. Susceptible d'appropriation et donc d'exploitation, le vivant, appréhendé comme une source d'informations à traiter et à exploiter, a donné naissance à un secteur économique nouveau, un marché semblable à tout autre, tendu vers le profit. Les inventions tirées du vivant doivent donc, suivant cette logique, pouvoir faire l'objet d'une réservation au niveau international. Les justifications économiques et industrielles à

[1426] DELMAS-MARTY (M), « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999 p. 43 ; *« Un tel raisonnement, fondé sur le couple proximité/compatibilité, relève d'une autre logique que la logique classique qui repose sur le couple identité/conformité. En raison de sa complexité même, l'harmonisation est plus difficile juridiquement à mettre en oeuvre que l'unification parce qu'elle suppose plus de transparence dans la motivation et plus de rigueur dans la détermination des critères de proximité et dans la fixation du seuil de compatibilité. Pour éviter l'arbitraire, elle implique l'apprentissage, en particulier par les juges, des logiques nouvelles, dites « non standard », par lesquelles les scientifiques ont déjà appris à maîtriser les notions imprécises. Cet apprentissage est l'une des conditions pour réussir à ordonner le pluralisme ».*

l'extension de la propriété industrielle à la matière vivante et aux séquences génétiques sont d'ailleurs largement exposées dans les considérants de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques[1427]. Il faut bien avoir à l'esprit que sont en jeu, dans le domaine des biotechnologies, des intérêts économiques et financiers, non seulement entre entreprises, mais aussi entre pays. Il est en effet de leur intérêt de pourvoir à ce que les entreprises bénéficient des conditions les plus favorables pour la protection des innovations dont elles sont à l'origine[1428].

La participation au commerce international existe depuis que l'homme s'est rendu compte que ses voisins étaient susceptibles de lui procurer certains bénéfices, qu'il pouvait tirer parti de leurs avantages comparatifs, d'exploiter des économies d'échelle, de renforcer la diversité des produits et de faire marcher le jeu de la concurrence. Partant du fait que les produits que les biotechnologies sont susceptibles de mettre au point possèdent des marchés potentiellement très étendus et très rémunérateurs, il s'est créé au niveau mondial une concurrence très importante entre les pays pour mettre en place les conditions les plus attractives possible pour ces entreprises de recherche. Tous les pays développés, ainsi qu'un certain nombre de pays en voie de développement ont donc été obligés de mettre en place des facilités pour ce type d'entreprises, sous peine de voir leurs créateurs s'expatrier, emportant avec eux leurs idées[1429]. Les entreprises vont en effet avoir tendance à orienter leurs choix stratégiques, en comparant les avantages et les inconvénients que leur procurent les différentes solutions nationales possibles.

[1427] *Considérant que la biotechnologie et le génie génétique jouent un rôle croissant dans un nombre considérable d'activités industrielles ; que la protection des inventions biotechnologiques revêtira certainement une importance essentielle pour le développement industriel de la Communauté ;*
considérant que, notamment, dans le domaine du génie génétique, la recherche et le développement exigent une somme considérable d'investissements à haut risque que seule une protection juridique adéquate peut permettre de rentabiliser ;
considérant qu'une protection efficace et harmonisée dans l'ensemble des États membres est essentielle en vue de préserver et d'encourager les investissements dans le domaine de la biotechnologie ;
considérant que, à la suite du rejet par le Parlement européen du projet commun, approuvé par le comité de conciliation, de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, le Parlement européen et le Conseil ont constaté que la protection juridique des inventions biotechnologiques avait besoin d'être clarifiée ».

[1428] CLAEYS (A), *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, n° 3502, enregistré à la résidence de l'AN le 20 décembre 2001 ; *« La brevetabilité du vivant est exemplaire d'un droit de la mondialisation, celui qui fait fi non seulement de toutes les frontières mais aussi de toutes les autorités démocratiques légitimes pour imposer ses lois de la rentabilité économique ».*

[1429] CLAEYS (A), *Ibid*.

L'évolution vers la brevetabilité s'effectue dans le cadre d'une mondialisation et d'une libre circulation qui ne reconnaissent quasiment plus aucune limite dans l'ouverture des marchés, y compris celui de la connaissance et de la recherche. Ainsi que le relève Alain Claeys dans son rapport sur la brevetabilité du vivant : *« Les biotechnologies sont ainsi soumises, comme les autres technologies, aux exigences des marchés de capitaux qui ont fait de la rentabilité financière le but de toute technologie. Il ne s'agit pas cependant de rejeter, a priori, la mondialisation qui ne comporte pas que des aspects négatifs »*[1430].

Cet aspect a des influences à la fois positives et négatives[1431]. La circulation du savoir-faire et des produits est génératrice d'une concurrence bien souvent favorable au développement d'innovations thérapeutiques et diagnostiques. Sur ce point, elle encourage la promotion des biotechnologies à l'échelle internationale. Elle contribue à stimuler l'esprit d'entreprise et la productivité, à élargir l'offre, à faire baisser les prix et à améliorer la qualité des produits et services à l'échelle internationale.

2 - Le partage organisé des innovations

255. La licence obligatoire - L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), conclu le 15 avril 1994, prévoit que toutes les inventions doivent pouvoir être protégées par un brevet, qu'il s'agisse d'un produit ou d'un procédé. Le brevet offre alors à son titulaire un droit exclusif de mise en circulation des produits protégés, lui permettant d'empêcher des tiers de fabriquer, d'utiliser ou de vendre une invention nouvelle durant une période limitée, sous réserve néanmoins d'un certain nombre d'exceptions. Ces exceptions permettent de désarmer les effets de l'exclusivité que le brevet offre à son titulaire.

Suivant l'article 30 de l'ADPIC : *« Les membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un*

[1430] CLAEYS (A), *Rapport sur la brevetabilité du vivant,* n° 3502, enregistré à la Présidence de l'AN le 20 décembre 2001.
[1431] *Supra*. n° 251.

préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers ». Les pouvoirs publics peuvent ainsi autoriser un tiers à fabriquer le produit breveté ou à utiliser le procédé breveté sans le consentement du titulaire du brevet[1432]. En cela, une licence obligatoire peut être accordée lorsque la protection par un brevet est contraire au bien commun[1433]. Cette flexibilité a été aménagée afin que les États puissent pallier aux abus éventuels des détenteurs de brevets et faire primer l'intérêt public, notamment la protection de la santé en garantissant à la population l'accès aux médicaments essentiels.

256. Le certificat complémentaire de protection - Le règlement n° 816/2006 du 17 mai 2006[1434] a ensuite mis en place un système d'octroi de licences obligatoires pour des brevets et de certificats complémentaires de protection (CCP) visant la fabrication et la vente de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissants des problèmes de santé publique. Le CCP, mécanisme de prolongation de la durée de protection du brevet, a été créé au niveau communautaire afin de pallier l'insuffisance de protection conférée par le système de brevet en matière de recherche pharmaceutique. L'octroi de ce certificat répond à des conditions précisées par le règlement et est accordé par l'autorité compétente de l'État dans lequel le brevet ou le CCP produit des effets[1435].

[1432] V. Art. 31 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) du 15 avril 1994.

[1433] V. Art. L.613-11 et L.613-16 du Code de la propriété intellectuelle ; *« Si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, soumettre par arrêté au régime de la licence d'office, dans les conditions prévues à l'article L.613-17, tout brevet délivré pour : a) Un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic in vitro, un produit thérapeutique annexe ; b) Leur procédé d'obtention, un produit nécessaire à leur obtention ou un procédé de fabrication d'un tel produit ; c) Une méthode de diagnostic ex vivo. Les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique que lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés, ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés, ou lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anticoncurrentielles à la suite d'une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive. Lorsque la licence a pour but de remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle ou en cas d'urgence, le ministre chargé de la propriété industrielle n'est pas tenu de rechercher un accord amiable ».*

[1434] Règlement n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil européen du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique ; *« Les États membres ordonnent l'octroi d'une licence obligatoire à toute personne déposant une demande conformément à l'article 6 et sous réserve des conditions fixées aux articles 6 à 10 ».*

[1435] Art. 6 à 9 du Règlement n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil européen.

257. L'importation parallèle - Les États ont aussi la possibilité d'importer des produits nonobstant l'accord préalable du fabricant. Ce procédé d' « importation parallèle » d'un médicament consiste à importer puis distribuer le médicament d'un État membre dans un autre État membre, en dehors du réseau de distribution mis en place par le fabricant ou son distributeur agréé[1436]. Les opérations d'importations parallèles des spécialités pharmaceutiques s'inscrivent dans un contexte de libre circulation de marchandises entre les États parties à l'Accord sur l'Espace économique européen[1437]. La libre circulation des marchandises est l'une des quatre libertés fondamentales sur lesquelles repose le marché unique. Elle repose sur la suppression des droits de douane et l'interdiction de restrictions quantitatives aux échanges. Seule la protection de la santé, de l'environnement et des consommateurs peut justifier que ces barrières aux échanges de marchandises à l'intérieur de l'Union européenne soient rétablies.

Ces importations, légales pour autant qu'elles ne portent atteinte ni à la santé publique, ni à la propriété industrielle, bénéficient d'une procédure simplifiée de mise sur le marché, c'est-à-dire, ne nécessitant pas la fourniture de données attestant de la sécurité, de la qualité et de l'efficacité du médicament[1438]. La condition essentielle pour obtenir une licence d'importation parallèle est de prouver que le médicament est suffisamment similaire au médicament de référence[1439].

[1436] COMMISSION EUROPÉENNE, Communication, du 6 mai 1982, concernant les importations parallèles de produits pharmaceutiques, JOCE, n° C115, 6 mai 1982.

[1437] Le principe est alors celui de l'épuisement, c'est-à-dire que lorsque qu'une firme pharmaceutique a vendu son produit, elle n'a plus aucun droit sur ce qu'il advient de ce produit. Ceci permet donc à toute autre société d'acheter le produit dans le pays où le prix de revient est moindre et de l'importer.

[1438] DE GROVE VALDEYRON (N), « Médicament », *Rép. eur.*, janvier 2007 (actualisation : septembre 2018), n°54 ; « *Un médicament importé en parallèle peut par ailleurs être distribué selon la procédure simplifiée même si le produit similaire dont il tire sa licence n'est plus disponible sur le marché, à condition que les exigences de santé publique soient respectées. De même, le retrait d'une AMM (suite, par exemple, à une demande d'une nouvelle approbation pour une version améliorée du médicament) ne peut entraîner le retrait automatique des autorisations d'importations parallèles, mais des restrictions à celles-ci sont possibles pour autant qu'elles soient justifiées pour des raisons de santé publique (CJCE, 10 sept. 2002, Ferring, aff. C-172/00, Rec. I. 6891 ; CJCE, 8 mai 2003, Paranova Läkemedel E.A., aff. C-15/01, Rec. I. 4175, et CJCE, 8 mai 2003, Paranova, aff. C-113/01, Rec. I. 4243). Un délai raisonnable doit par ailleurs être accordé aux importateurs parallèles en vue de liquider leurs stocks, dans le cas d'un retrait d'AMM (CJCE, 14 juill. 2005, Commission c/ Allemagne, aff. C-114/04, non publié). On notera que l'importateur parallèle importe les médicaments autorisés selon la procédure centralisée sur la base de l'AMM délivrée par l'Agence pour le médicament de référence ; mais depuis 2004, l'article 57.1 (o) prévoit une obligation de notification de la distribution parallèle* ».

[1439] CJCE, 3 mars 1988, aff. 434/85, *Allen & Hanburys c/ Generics* ; CJCE, 6 janvier 2004 aff. C-2/01, C-3/01, *Commission c/ Bayer* ; CJCE, 1er avril 2004, aff. C-112/02, *Kohlpharma GmbH c/ Allemagne* ; CJCE, 29 avril 2004, aff. C-106/01, *Novartis Pharmaceuticals UK Ltd c/ Commission*.

* * *

258. Conclusion du Chapitre II du Titre I - Les juristes sont quelque peu désorientés face aux prétentions incessantes qui mettent en lumière des incohérences de plus en plus criantes entre les principes gravés au sein du Code civil et les aménagements circonstanciels réclamés au cas par cas[1440]. En reconnaissant à la fois la faisabilité et la légalité de certaines opérations visant à se séparer ou à incorporer certains éléments et produits issus du corps humain, le droit positif avait déjà entamé un retour dans la zone de perception de ces mêmes composantes qui, demeurant extérieures à la personne, peuvent faire l'objet d'un droit. Désormais, c'est l'ensemble des ressources biologiques - contenu et contenant - qui sont *mutatis mutandis* devenus l'objet d'opérations économiques.

Outil au service d'innovations, le corps humain présente un fort potentiel de rentabilité. De la recherche à la brevetabilité des innovations dont il est le carrefour, le corps est en passe de devenir l'objet d'un marché qui dépasse de très loin les frontières de France et de Navarre. Le fait d'admettre qu'un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique - y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène - puisse constituer une invention brevetable induit une réification implicite corps humain, de ses éléments et produits.

Il est apparu décisif de trouver un régime juridique susceptible de rendre compte du fait que le corps humain, plus qu'une chose, est une entité complexe à la fois dissociable et indissociable du sujet, au service d'intérêts divers, pas forcément convergents, mais qu'il faut néanmoins articuler entre eux. Mais la question sous-jacente porte surtout sur le fait de savoir si le droit français y est vraiment disposé, s'il est prêt ou non à se lancer dans une refonte de sa distinction primordiale entre les personnes et les choses[1441].

[1440] GALLOUX (J-C) et GAUMONT-PRAT (H), « Droits et libertés corporels », D. 2014, p. 843.
[1441] V. JOSSERAND (L), « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, Chron., p. 1.

TITRE II - UNE QUALIFICATION ATYPIQUE DU CORPS HUMAIN

259. Une approche moins binaire - De façon évidente la réflexion éthique et politique a été complètement prise de vitesse par les progrès réalisés dans le domaine du vivant. Elle accuse aujourd'hui un retard considérable sur la réalité des opérations. À mesure que le savoir scientifique s'est accumulé et que les prouesses techniques se sont multipliées, la science juridique s'est enfermée dans un univers de connaissances hermétiques, un monde pareil à celui représenté par *La mélancolie*[1442] où l'homme, bien qu'étant entouré de tous les symboles de l'esprit humain demeure, malgré ses connaissances et ses outils, incapable d'accéder à la vérité[1443].

Hypostase d'un pur concept destiné à faciliter la description du droit, la *summa divisio* qui distingue sujets de droit et objets de droit est aujourd'hui au centre d'un véritable questionnement. Les critiques croissantes envers l'anthropocentrisme ont notamment nourri une véritable réflexion quant à une approche plus modulée de la personnalité juridique. Il y a aujourd'hui de multiples prétendants pour accéder au statut juridique de personne. Les initiatives se sont multipliées : la Cour de cassation d'Argentine a reconnu à une femelle orang-outan le statut de « personne non humaine », la Cour suprême de Colombie a admis que l'Amazonie était un sujet de droit, l'Arabie Saoudite a accordé la citoyenneté à un robot, les Nations Unies ont adopté le concept de droits de la Terre mère[1444]. Considérant l'insuffisance de la distinction fondamentale entre personne et chose (**CHAPITRE PREMIER**) le temps est-il peut-être venu de poser les bases de nouveaux paradigmes et de dépasser cette dichotomie primordiale, axiome du droit (**CHAPITRE SECOND**).

[1442] DÜRER (A), *La mélancolie*, 1514, Coll. Rosenwald, National Gallery of art, Washington DC.

[1443] STRAUSS (L), *Droit Naturel et Histoire*, éd. Pion, 1954, p. 16 ; *« Nos sciences sociales peuvent nous rendre très sages ou très ingénieux s'il s'agit de trouver les moyens qui nous permettront d'atteindre n'importe lequel des objectifs que nous pouvons nous proposer. Mais elles reconnaissent qu'elles ne nous sont d'aucun secours dès qu'il s'agit de distinguer entre objectifs légitimes et illégitimes, entre objectifs justes et injustes. Elles sont des instruments et rien que des instruments. Elles sont nées pour servir tous les pouvoirs, tous les intérêts, quels qu'ils soient ».*

[1444] Déclaration Universelle des Droits de la Terre Mère du 27 avril 2010.

CHAPITRE PREMIER - L'INSUFFISANCE DE LA DISTINCTION ENTRE PERSONNE ET CHOSE

260. Sur le modèle des choses - L'aporie n'est ni un argument, ni un raisonnement, mais une situation où règne la contradiction[1445]. Supposant l'impasse du raisonnement devant la question posée, l'aporie invite à dépasser les contradictions. À la recherche d'une qualification juridique pour le corps humain, ses éléments et produits, les juristes sont confrontés à la grande imprécision des textes[1446]. Dans un contexte de pluralisation et de relativisation des normes, le cadre législatif mis en place par les lois de bioéthique a très tôt pris la forme d'une tentative visant à préserver un consensus d'arrière-plan[1447]. Il s'agissait de permettre à la nouveauté de s'insérer dans un cadre normatif plus large, de concilier les usages rendus possibles par la technique à la tradition et aux valeurs prônées par le droit français. Construit sur un modèle déductif, les trois lois promulguées en 1994 partent toutes d'une idée générale, d'un ensemble de principes, pour finalement produire un cadre spécifique orienté vers l'application de ces mêmes principes à des situations particulières nouvelles.

L'étude de la jurisprudence n'apporte pas plus de clarté à l'ensemble, tant les juridictions semblent s'attacher à éviter de se prononcer sur leur nature juridique. Les juges comme le législateur se préoccupent davantage de déterminer des solutions ponctuelles à certaines difficultés que de construire un ensemble cohérent autour de catégories étanches, fermement arrimées à des régimes juridiques précis[1448]. Il est en effet plus commode de procéder par extension ; qu'il s'agisse de l'extension des catégories existantes (**SECTION I**) ou de l'extension des droits qui s'y rattachent (**SECTION II**).

[1445] *Axis l'univers documentaire, Dictionnaire*, Vol. 5, éd. Hachette, 1993, p. 144.

[1446] TERRE (F) et FENOUILLET (D), Droit Civil, *Les personnes*, *Personnalité-Incapacité-Protection*, éd. Dalloz, 8ème éd., 2012, p. 61.

[1447] MARTIN (R), « Personnes, corps et volonté », *D.* 2000, p. 505.

[1448] CARAYON (L), *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, Paris I, 2016, p. 25.

SECTION I - L'EXTENSION DES CATÉGORIES EXISTANTES

261. La mise en cohérence du droit - Au coeur des controverses sur les catégories juridiques dans lesquelles il conviendrait de les classer, le corps, ses éléments et produits sont les parfaits supports d'une réflexion sur la classification juridique. Alors que la corporalité éprouvée du vivant lui conférait une appréhension sous le signe de la personne, les progrès dans le domaine des sciences du vivant ont opéré un glissement dans son appréhension, lui conférant un statut particulier entre personne et chose. Exigeant une approche *sui generis*, ils en sont venus à se situer dans une position médiane entre les catégories d'objet et de sujet de droit.

Aujourd'hui, nombreux sont ceux qui cherchent la qualification idéale, celle qui clarifiera enfin l'architecture complexe du régime du corps humain, de ses éléments et produits, apportant aux juristes les outils d'une lecture cohérente du système juridique. Confrontée à un droit ambivalent sur la qualification à apporter au corps humain, la doctrine a souvent cherché à systématiser les normes juridiques autour de nouvelles qualifications, dérivées des catégories de choses et de personnes ou, à l'inverse, entièrement nouvelles. Face aux difficultés de qualification du corps humain, de ses éléments et produits, la doctrine a régulièrement cherché à s'émanciper du cadre strict de la *summa divisio* qui distingue les sujets de droit des objets de droit. Dans des tentatives successives de mise en cohérence du droit, la doctrine a proposé plusieurs types de classifications[1449]. Généralement, elle est plutôt réticente à bouleverser la cohérence interne du droit. Elle préfère en effet user et adapter de ses catégories existantes, approfondir leur raisonnement inductif, plutôt que d'en créer de nouvelles. À propos du corps humain, de ses éléments et produits, elle a notamment été amenée à envisager plusieurs hypothèses. Deux d'entre elles offrent des solutions intéressantes et pertinentes : celle d'une éventuelle troisième catégorie (**Paragraphe 1**) et celle de l'appartenance collective (**Paragraphe 2**).

[1449] CARAYON (L), *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, Paris I, 2016, p. 255 et s.

Paragraphe 1 - L'hypothèse d'une troisième catégorie ?

262. Le dépassement de la *summa divisio* - Le juriste ne peut progresser sans qualifier. Il lui faut, comme nous l'avons déjà évoqué[1450], rattacher l'objet, pris comme un fait, dans l'une des catégories juridiques préalablement ou historiquement établies. S'il peut apparaître déraisonnable de continuer à poser en principe que le corps humain est la personne elle-même[1451] - alors que les atteintes au corps humain sont légalisées, voire même revendiquées[1452] - ne serait-il pas déraisonnable de persister à diviser l'univers juridique entre les seules personnes et choses ? Les choses seraient plus claires pour partie si l'on entendait aller au-delà de la distinction classique entre sujets de droit et objets de droit.

Certains auteurs ont proposé de reconnaître une catégorie nouvelle, intermédiaire entre les personnes et les choses. Le régime juridique du sang, du plasma et de leurs dérivés avait à l'époque invité certains auteurs à y voir la création d'une catégorie juridique intermédiaire, entre la personne et la chose, celle de « *substance d'origine humaine »*[1453]. Dans une modification du droit positif, la création d'une nouvelle catégorie juridique permettrait de faciliter la résolution d'un certain nombre de contradictions et permettre des avancées du système juridique. Aujourd'hui, deux propositions répondent à cet objectif : celle de la catégorie dédiée aux centres d'intérêts (A), et celle dédiée aux biens de dignité (B).

A - UNE CATÉGORIE DÉDIÉE AUX « CENTRES D'INTÉRÊTS »

Cette catégorie a été imaginée afin d'appréhender les points d'imputation du droit et les ordres juridiques partiels. Il s'agit d'un régime qui se veut adapté aussi bien aux succédanés de la personnalité juridique (***1***) qu'aux collectivités d'intérêts (***2***).

[1450] *Supra.* n° 16.
[1451] CARBONNIER (J), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 196.
[1452] HARICHAUX (M), *Le corps objet*, Bioéthique et droit, éd. Puf, 1988, p. 130.
[1453] SAVATIER (R), « De Sanguine Jus », *D.* 1954, Chron. n° 142.

1 - Un régime adapté aux succédanés de la personnalité juridique

263. Des entités indépendantes de la volonté humaine - La notion de « centre d'intérêt » a déjà été évoquée par Louis Sebag dans sa reprise des conceptions de Démogue[1454]. Elle est ensuite réapparue sous la plume du Professeur Atias pour qualifier le corps mort[1455]. Plus récemment, elle a été développée de manière plus générale par le Professeur Gérard Farjat, considérant que la thèse d'une *summa divisio* juridique des personnes et des choses est erronée, lorsqu'il s'agit de considérer le fonctionnement du système juridique[1456]. La notion vise théoriquement à dépasser la distinction entre les personnes et les choses, que cet auteur considère comme n'étant *« tout simplement pas une problématique pertinente du système juridique ».* Il est question d'attacher aux « centres d'intérêts » des attributs juridiques variables[1457], en fonction des utilités recherchées[1458].

L'auteur propose d'admettre au sein de la notion de « centres d'intérêts » les succédanés de la personne morale[1459], les ombres de la personne physique[1460] et les choses et objets personnalisés. Il part du principe que si un certain nombre d'entités familières et fortes du quotidien n'ont pas la personnalité juridique, ce sont tout de même des points d'imputation du droit, des ordres juridiques partiels, avec des effets variables.

L'apparition de ces « centres d'intérêts » ne serait en aucune façon le fruit d'une volonté normative. Il ne s'agirait pas en effet d'une notion construite mais d'une notion qui relèverait plutôt d'ordres spontanés. Ce sont des constructions naturelles qui existent indépendamment de la volonté humaine. La famille correspond bien à l'analyse : personne n'a inventé ou construit l'institution dont il est possible de trouver l'équivalent dans le monde animal. Du côté de l'économie, les groupes de sociétés sont eux aussi apparus

---

1454 SEBAG (L), *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Thèse, Paris, éd. Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 10 et s.
1455 ATIAS (A), *Les personnes, Les incapacités*, éd. Puf, Coll. Droit fondamental, 1985, p. 33.
1456 FARJAT (G), « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221.
1457 FARJAT (G), *Ibid ; « La notion de centre d'intérêts est sans doute d'abord une notion de fait, ce qui n'est pas original, car il en est ainsi pour la plupart des notions juridiques. Mais c'est un fait « pertinent » producteur d'effets de droit dans une mesure variable, ce qui n'est pas non plus original ».*
1458 CARAYON (L), *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, Paris I, 2016, p. 268.
1459 La famille, les groupes de sociétés, etc.
1460 L'embryon, le corps mort, etc.

spontanément, dans tous les pays capitalistes évolués. Souvent le législateur n'est même pas intervenu, ou tout au moins il est intervenu bien après l'apparition des groupes, et les groupes se développent généralement en dehors du cadre qu'il a construit[1461].

264. Des entités aspirant à la personnalité juridique - Lorsque le Professeur Gérard Farjat parle des succédanés de la personnalité juridique, l'auteur fait référence à des centres d'intérêts bien particuliers. Ceux-ci ont la particularité d'avoir été considérés comme de possibles personnes morales et dont certains peuvent même bénéficier de la personnalité juridique. En dépit de cela, le centre d'intérêts subsiste à côté de la personne morale, et des conséquences juridiques peuvent résulter de la prise en considération dudit centre d'intérêts.

À côté, se trouvent l'embryon, la dépouille, le corps, lesquels peuvent être considérés comme l'ombre des personnes physiques. Ce sont des « centres d'intérêts » parce que la doctrine française ne parvient pas à les loger d'une façon cohérente dans les catégories existantes. Qu'il s'agisse de l'embryon ou du mort, comme exemples de l'existence de la catégorie des centres d'intérêts, il s'agit de recourir à une argumentation *a contrario*.

Le corps humain avant la naissance et après la mort est se trouve confronté à la grande imprécision des textes qui leur sont spécialement applicables. Le droit contient un foisonnement de dénominations pour ces corps et les régimes qu'il leur applique empruntent tantôt au droit des choses tantôt au droit des personnes[1462]. Le corps humain, ses éléments est peu ou prou dans la même situation. Qu'il s'agisse du sang, du plasma et de leurs dérivés, des organes, ou plus globalement des cellules, aucun n'a reçu de véritable statut juridique. On perçoit ici la limite de la catégorisation, de son articulation avec les catégories classiques.

[1461] FARJAT (G), « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221.

[1462] CARAYON (L), *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, Paris I, 2016, p. 25 ; *« L'étude de la jurisprudence n'apporte pas plus de clarté à l'ensemble, tant les juridictions semblent s'attacher à éviter à tout prix de se prononcer sur la nature juridique des embryons et des cadavres. La tentative de « prendre le droit au mot » est donc vite stérilisée par le constat selon lequel les juges comme le législateur se préoccupent davantage de déterminer des solutions ponctuelles à certaines difficultés que de construire un ensemble cohérent autour de catégories juridiques étanches, fermement arrimées à des régimes juridiques précis »* ; V. LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012

2 - Un régime adapté aux collectivités d'intérêts

265. Au-delà des choses - Si le système juridique n'est pas composé que d'hommes et de choses, il ne peut pour autant admettre n'importe quelle construction de l'esprit comme sujet de droit. La reconnaissance de la personnalité juridique d'une entité, l'admission d'un nouveau membre dans le système est une affaire importante. Il ne peut être envisagé, par pur opportunisme, d'accorder la personnalité juridique sans le respect de la logique du système juridique. Il est vraisemblable que la détermination, la reconnaissance juridique de « centre d'intérêt » n'appelle pas la même rigueur. Toutefois, comme le précise encore le Professeur Gérard Farjat, la notion de « centre d'intérêts », succédané de la personnalité juridique, si elle n'a pas à être la « poubelle » de la notion de personne juridique, peut valablement faire face à de nombreux et variés besoins sociaux des sociétés modernes et de celles qui accèdent à la modernité.

L'existence d'une catégorie juridique intermédiaire entre les personnes et les choses pourrait faciliter la résolution d'un certain nombre de contradictions et permettre des avancées du système juridique. Le concept est dans la ligne de l'évolution contemporaine dudit système[1463]. Une telle catégorie pourrait par ailleurs ouvrir la voie à la juridicisation de compromis, assurer la protection raisonnable de l'environnement, de l'animal, du vivant, reconnaître de nouvelles solidarités, étendre le domaine de la responsabilité aux nouveaux lieux de pouvoirs et donner une figure juridique souple aux volontés de la personne juridique. Elle pourrait ainsi permettre à toutes ces entités de bénéficier, grâce à la qualité de centre d'intérêt, d'une protection qui dépasse celle des choses sans atteindre celle des personnes[1464].

266. Des choses malgré tout - Pour le Professeur Gérard Farjat : *« C'est l'aspect le plus évident des raisons d'être des centres d'intérêts ».* Faute de personnalité juridique, les entités concernées pourraient bénéficier, grâce à la qualité de centre d'intérêt, d'une protection qui dépasse celle des choses sans atteindre à celle des personnes. Si le système

---

[1463] V. CARBONNIER (J), *Flexible Droit*, *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. LGDJ, 10ème éd., 2014 ; DELMAS-MARTY (M), *Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'homme*, éd. Puf.
[1464] FARJAT (G), « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221.

juridique n'est pas composé, comme le pensent les esprits simples, d'hommes et de choses, il ne peut admettre n'importe quelle construction de l'esprit comme sujet de droit. La reconnaissance de la personnalité juridique d'une entité, l'admission d'un nouveau membre dans le système est une affaire importante. L'octroi de la personnalité juridique à un arbre, à un animal n'a pas de sens et n'a en soi aucune effectivité parce qu'ils n'en tireront aucune possibilité d'action et qu'ils ne l'auront jamais. Ils ne peuvent même pas être des sujets passifs de droits. Reste sans doute la valeur symbolique de cette reconnaissance. Doutons que la déclaration universelle des droits de l'animal ait une quelconque valeur de persuasion à l'égard de ceux qui maltraitent les animaux[1465]. La notion de « centre d'intérêt » recèle une dimension collective. Qu'il s'agisse des succédanés de la personne morale, des ombres de la personne physique ou des choses et objets personnalisés, toutes présupposent finalement une coexistence d'objectifs communs et d'objectifs individuels.

L'inconvénient de cette notion est qu'elle n'a pas vocation à bénéficier de la personnalité juridique. Difficile dès lors d'assurer efficacement leur protection. Il faudrait pouvoir à la nomination d'un représentant à même de jouir en son nom de la capacité de jouissance des droits et de la capacité d'exercer ces mêmes droits. À qui reviendraient la représentation et la faculté d'ester en justice ? Si l'objectif est de vouloir dépasser la *summa divisio* personne/chose, il semble que les reprises doctrinales de cette pensée ne s'en détachent pas aussi clairement. Pour Lisa Carayon, c'est justement ce dépassement qui suscite la critique des auteurs qui considèrent que la notion *« a pour inconvénient non négligeable de remettre en cause une distinction pluri-millénaire »*[1466]. À défaut de personnalité juridique, il est en effet difficile de voir de réelle différence entre la notion de « centre d'intérêt » et celle de chose. Un « centre d'intérêt » avec une responsabilité, mais sans capacité à agir, peut simplement être qualifié d'« inerte »[1467]. Quand bien même il disposerait d'un régime juridique spécifique, il n'en demeurerait pas moins une chose[1468].

[1465] FARJAT (G), « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221 ; *« On peut craindre qu'une utilisation symbolique hors de propos affaiblisse la valeur symbolique du droit »*.

[1466] TOUZEIL-DIVINA (M), BOUTEILLE-BRIGANT (M) et BOUDET (J-F), *Traité des nouveaux droits de la mort*, t. 2, Coll. L'Unité du droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014, p. 420.

[1467] ZRIBI (I), *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*, Thèse, Paris 1, 2005, n° 356.

[1468] CARAYON (L), *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, Paris I, 2016, p. 268.

B - UNE CATÉGORIE DÉDIÉE AUX « BIENS DE DIGNITÉ »

Le Professeur Judith Rochfeld a patiemment travaillé à faire émerger la catégorie des « biens de dignité »[1469]. Cette catégorie permettrait d'appréhender les biens servant la préservation de la dignité (***1***). Ces derniers composeraient alors un ensemble que l'on pourrait qualifier de « patrimoine de dignité » (***2***).

1 - Des biens servant la préservation de la dignité

267. Des biens attachés à la personne - Si le professeur Gérard Farjat suggère de reconnaître la notion de centre d'intérêt, le Professeur Judith Rochfeld suggère elle aussi à sa manière la création d'une nouvelle catégorie de choses, pour rendre compte plus spécifiquement des biens servant la préservation de la dignité de la personne. Les biens qui composent cette catégorie sont - à l'instar des biens personnels - étroitement liés à la personne de leur propriétaire, de sorte que la distinction des biens et des personnes se fausse quelque peu et qu'il est difficile de les traiter comme des biens ordinaires.

Communément qualifié - au singulier - comme étant l'objet d'un désir qui est réalisable, et avec laquelle la personne doit entretenir un rapport d'exclusivité, un bien est une chose qu'il est utile et possible de s'approprier[1470]. Au pluriel, la notion de « bien » englobe la totalité des entités matérielles et immatérielles à vocation patrimoniale qui constituent le patrimoine d'un individu. Les biens sont pluriels dans leur appréhension et dans le régime juridique qui est le leur. À propos des « biens de dignité » le Professeur Judith Rochfeld note que : *« La reconnaissance de leur catégorie permettrait la systématisation d'un régime spécifique dont on peut par ailleurs considérer qu'il existe à l'état d'ébauche, de façon parcellaire et sectorielle. Le droit positif régit chacun des types de biens de dignité, sans conception d'ensemble, mais selon une arête centrale qui tient à diverses limites posées à la circulation de ces biens, en vue d'éviter que la personne en soit privée »*[1471].

[1469] ROCHFELD (J), *La distinction des personnes et des choses en droit positif*, conférence, Montpellier, 11 juin 2013.
[1470] V. ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Les Biens*, éd. Puf, 2ème éd., 1997.
[1471] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 255.

268. Des biens non fongibles - Affectés à la personne, certains biens se voient dotés d'un statut spécifique au fer de la personnalité juridique. Partant du principe qu'ils ont un lien avec la personne, ces biens se teintent de son régime et deviennent non fongibles dans l'échange. Il en va notamment ainsi des vêtements et linges à l'usage personnel, des actions en réparation d'un dommage corporel[1472] ou moral[1473], des créances et pensions, des objets destinés aux personnes handicapées ou aux soins des malades et, plus généralement, de tous les biens matériels qui sont considérés comme indispensables à la vie et au travail d'une personne et de ses proches[1474].

Le droit français tend à prendre en considération de nombreux biens matériels dans la mesure où ils sont affectés à l'épanouissement des personnes au sein d'un cadre de vie stable. C'est notamment le cas des biens de famille[1475] ou du logement familial. Celui-ci, ainsi que les meubles meublants dont il est garni, ont par exemple une double valeur, patrimoniale et extrapatrimoniale[1476]. Au niveau européen, le domicile ne se limite pas à un bien dont une personne est propriétaire ou locataire. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît un véritable droit au respect du domicile, qu'elle consacre aux côtés du

---

[1472] SÉRIAUX (A), « Patrimoine », *Rép. civ.*, juin 2016, n° 27 ; *« Cette conclusion, qui s'impose au regard de ces divers articles du code civil, n'est pas remise en cause par la jurisprudence et les lois ou règlements qui admettent que le préjudice corporel souffert par une personne à la suite d'un délit ou d'un quasi-délit, d'une mauvaise exécution d'un engagement contractuel ou même d'une situation de type quasi contractuel, doit être réparé par le versement d'une indemnité en argent. Il s'agit ici, en effet, d'une indemnisation, non d'une rémunération. Or, par définition, indemniser n'est point échanger la perte d'un bien contre une valeur pécuniaire ou un quelconque avantage en nature. Outre le fait que l'opération d'indemnisation n'a été voulue ni par celui qui en profite (qui aurait préféré conserver son intégrité corporelle), ni par celui qui en fait les frais (qui aurait préféré ne rien devoir du tout), l'indemnité a seulement pour but et pour mesure de permettre à la victime (au sens large) du préjudice corporel de faire face aux dépenses nécessaires pour récupérer autant que possible sa pleine intégrité physique. En d'autres termes, ce n'est pas la perte d'un bien corporel qui est remplacée et en quelque façon échangée contre une indemnité, ce sont les moyens, assurément patrimoniaux, pour recouvrer la santé physique qui, à titre d'indemnité, se trouvent pris en charge par le responsable (au sens large également) ».*

[1473] SÉRIAUX (A), *Op. cit.*, n° 32 ; *« Mais, tout comme il advient en matière d'indemnisation du préjudice corporel, cette réparation vise seulement à donner à la victime les moyens de « se consoler » par l'accès à des biens de remplacement de son choix forfaitairement évalués (MAZEAUD et CHABAS, Leçons de droit civil, t. 2, 1er vol., Obligations, 9e éd., 1998, Montchrestien, no 419) ».*

[1474] Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

[1475] BOUDOT (M), « Bien de famille », *Rép. civ.*, janvier 2012, (actualisation : janvier 2013), n° 6 et s. ; *« Il suffit que deux séries de conditions soient réunies pour constituer un bien de famille. Au fond, il faut, premièrement, une famille bénéficiaire de la constitution, deuxièmement, un membre de la famille constituant le bien et, enfin, un bien susceptible de faire l'objet de la constitution. Ensuite, il faut accomplir des formalités et obtenir du juge du tribunal d'instance qu'il homologue la constitution du bien de famille ».*

[1476] Art. L. 300-1 du Code de la construction et de l'habitation ; Art. 215, al. 3 et 285-1 du Code civil.

droit au respect de la vie privée et familiale[1477]. Ces biens dont l'affectation à caractère familial aboutit sont non seulement à un régime de dévolution successorale spécifique[1478], mais encore il est considéré que leur détenteur légitime n'est que le dépositaire de ces biens, lesquels doivent être conservés pour les transmettre aux générations suivantes[1479]. Ces biens font l'objet de dispositions originales qui en réduisent l'accessibilité à l'échange. Leur insaisissabilité se trouve justifiée par l'importance du bien pour la personne et sa famille, une importance suivant laquelle les biens en question ne sont plus exactement des biens ordinaires. Ils en viennent à former un véritable patrimoine spécifique. C'est notamment en cela que la notion de « bien de dignité » se distingue de celle de « centres d'intérêt », en lui permettant notamment de disposer d'un représentant à même de jouir en son nom de la capacité juridique.

2 - Des biens composant un « patrimoine de dignité »

269. Un patrimoine de nécessité - La notion de « biens de dignité » pourrait participer à l'émergence d'une masse de biens insaisissables, extrapatrimoniaux, qui composerait alors un véritable patrimoine spécifique : le « patrimoine de dignité ». Ainsi que le rappelle le Professeur Judith Rochfeld, la conception d'un « patrimoine de dignité », personnel ou familial, ou d'un « reste à vivre » intangible était déjà présente chez Démogue[1480]. Inchangée, l'idée de base est toujours celle d'un patrimoine à l'abri des aléas de la vie, celle d'un patrimoine particulier indispensable à la survie de la personne, ne pouvant faire l'objet de poursuites.

[1477] Art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; CEDH, 25 septembre, 1996, *Buckley c/ Royaume-Uni*, n° 20348/92 ; CEDH, 18 novembre 2004, *Prokopovich c/ Russie*, n° 58255/00 ; CEDH, 13 mai 2008, *MC Cann c/ Royaume-Uni*, n° 19009/04 ; CEDH, 20 janvier 2009, *Mutatis Mutandis, Orphanides c/ Turquie*, n° 36705/97 ; CEDH, 10 février 2011, *Dubetska et autres c/ Ukraine*, n° 30499/03 ; CEDH, 3 mai 2011, *Apanasewicz c/ Pologne*, n° 6854/07 ; CEDH, 21 juin 2011, *Orlić c/ Croatie*, n° 48833/07 ; CEDH, 3 juillet 2012, *Martínez Martínez et Pino Manzano c/ Espagne*, n° 61654/08 ; CEDH, 11 décembre 2012, *Lazarenko et autres c/ Ukraine*, n° 27427/02 ; CEDH, 17 octobre 2013, *Winterstein et autres c/ France*, n° 27013/07 ; CEDH, 21 avril 2016, *Ivanova et Cherkezov c/ Bulgarie*, n° 46577/14 ; CEDH, 11 octobre 2016, *Bagdonavicus et autres c/ Russie*, n° 19841/08 ; CEDH, 23 octobre 2018, *Sgan c/ Ukraine*, n° 60010/08.

[1478] TERRÉ (F), LEQUETTE (Y) et GAUDEMET (S), *Les successions, Les libéralités*, éd. Dalloz, 4ème éd., coll. Précis, 2013, n° 242 ; GRIMALDI (M), *Droit civil, Successions*, éd. Litec, 6ème éd., 2001, n° 264 ; SÉRIAUX (A), *Les successions, Les libéralités*, éd. Ellipses, 2013, n° 10.

[1479] Cass. civ. 1ère, 21 février 1978, n° 76-10.561 ; Cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994, n° 92-21.993 ; Cass. civ. 2ème, 29 mars 1995, n° 93-18.769.

[1480] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 419.

Qu'il s'agisse des vêtements et linges à usage personnel, des actions en réparation de dommage corporel ou moral, des créances et des pensions, des objets destinés aux personnes handicapées ou aux soins des malades, tous les biens matériels considérés comme indispensables à la vie et au travail d'une personne et de ses proches trouveraient alors place au sein de ce patrimoine. Suivant cette interprétation, les éléments et produits issus du corps humain pourraient eux aussi trouver à intégrer ce même « patrimoine de dignité ». Ils servent la préservation de la dignité de la personne encore plus que le logement et les autres biens, pourtant considérés indispensables à sa vie et à son travail.

270. Un patrimoine affecté - Les caractères du patrimoine de dignité se distinguent de ceux associés à la présentation classique du patrimoine[1481]. Le patrimoine est couramment considéré comme une émanation de la personnalité[1482], comme l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie[1483]. De cela, en résultent plusieurs grandes conséquences : seules les personnes ont un patrimoine, toute personne a un patrimoine, toute personne n'a qu'un patrimoine. Ce dernier est ainsi envisagé comme formant une universalité de droit[1484]. Le patrimoine de la personne ne peut se diviser, car la personne elle-même est indivisible. Il ne saurait se scinder en fonction des buts qu'il est appelé à servir. Ce dogme a rapidement été relativisé par les continuateurs d'Aubry et Rau. Avec le temps, l'unité et l'indivisibilité du patrimoine ont d'ailleurs toutes deux été amenées à céder devant des considérations d'ordre familial, social ou économique[1485]. Qu'il s'agisse de passer par la création d'une personne morale

---

[1481] ROCHFELD (J), « Initiative économique, Résidence principale, Insaisissabilité », *RTD civ.*, 2003, p. 743 ; *« Enfin, toujours en raison de son fondement particulier, on peut se demander si le patrimoine de dignité ne revêtirait pas, contrairement au patrimoine « ordinaire », un caractère intransmissible à cause de mort au sens où, sa justification disparaissant avec le décès de son titulaire et la désagrégation de la famille, il n'existerait plus de raison de le préserver. Seule une maintenance assurant la transition vers cette disparition pourrait se trouver imposée, c'est-à-dire l'isolement de certains biens affectés à ce but pendant une période donnée ».*

[1482] CARBONNIER (J), *Droit civil*, *Les biens, Les obligations,* t. 2, éd. Puf, 2ème éd, coll. Quadrige, 2017, n° 666.

[1483] AUBRY (C) et RAU (C), *Droit civil français*, t. 9, 6ème éd., § 574 ; *« Le patrimoine est, en principe, un et indivisible, comme la personnalité même, non seulement au point de vue déjà indiqué à la fin du paragraphe précédent, et en ce que la même personne ne peut posséder qu'un seul patrimoine, mais encore en ce sens que le patrimoine d'une personne n'est pas, à raison de sa nature incorporelle, divisible en partie matérielles ou de quantité, et n'est pas même susceptible, à raison de l'unité de la personne, de se partager en plusieurs universalités juridiques distinctes les unes des autres ».*

[1484] Art. 2092 et 2093 du Code civil.

[1485] CHÉNEDÉ (F), « La mutation du patrimoine, colloque Entreprise et patrimoine », Gaz. Pal. 19 mai 2011, n° 139, p. 19.

ou par la création, à côté du patrimoine personnel de l'entrepreneur, d'un « patrimoine affecté » à sa seule activité professionnelle, le dédoublement patrimonial est progressivement devenu une nécessité[1486]. Si le domaine de l'avoir a toujours tendu à s'élargir par une patrimonialisation croissante de certains biens extrapatrimoniaux[1487], il a corrélativement été possible d'assister à une véritable extrapatrimonialisation de certains biens patrimoniaux. Le droit a en cela autorisé les individus à scinder leur patrimoine en des masses distinctes, en décidant d'affecter une masse à leur activité professionnelle, et l'autre à leur vie personnelle.

L'idée d'un « patrimoine de dignité » prend appui sur celle de « patrimoine affecté ». Il s'agit ici de pourvoir à la création de patrimoines d'affectation et ainsi d'organiser la préservation d'une partie du patrimoine en la rendant insaisissable par les créanciers. L'affectation autorise l'isolement d'un ou de plusieurs biens à l'intérieur du patrimoine en s'appuyant sur les nécessités d'une destination. Cette affectation s'applique tant à une activité économique, culturelle ou sociale, qu'indépendamment, aux besoins de la personne, de sa famille, et à leur survie. Si le droit positif atteste de l'organisation d'une affectation spécifique de certains biens autour d'une valeur en devenir, suffisamment forte pour en promouvoir l'émergence, celui-ci ne l'articule pas encore autour de l'affirmation claire et univoque de cette valeur. Pour autant, une affectation se dessine, qui repose sur l'idée que certains droits revêtent une importance vitale pour leur détenteur ou sa famille[1488]. Cette affectation est ici conçue comme collective, au sens où l'on vise non seulement la préservation de la dignité de l'individu, mais également celle du groupe familial quand il existe. Il y aurait donc matière à repenser l'exercice du pouvoir sur ces biens, à penser en termes d'appartenance collective.

[1486] V. Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique ; Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie ; Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ; Art. L. 526-6 et s. du Code de commerce ; Colloque Entreprise et patrimoine, *La mutation du patrimoine*, Gaz. Pal. 19 mai 2011, n° 139, p. 19 ; *« L'EIRL est donc venu achever ce processus d'acclimatation en instituant un véritable patrimoine d'affectation en droit français. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée n'a pas un, mais deux patrimoines : son patrimoine personnel non affecté et son patrimoine professionnel affecté. Davantage que les atteintes précitées au droit de gage général des créanciers, c'est bien l'instauration de ce mécanisme général de dédoublement patrimonial qui vient heurter de front le principe d'unité défendu par Aubry et Rau ».*

[1487] CATALA (P), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.*, 1965, p. 185 ; LOISEAU (G), « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *RD McGill*, juin 1997, p. 328 ; BRUGUIERE (J-M), « « Droits patrimoniaux » de la personnalité », *RTD civ.*, 2016, p. 1.

[1488] ROCHFELD (J), « Initiative économique, Résidence principale, Insaisissabilité », *RTD civ.*, 2003, p. 743.

Paragraphe 2 - L'hypothèse de l'appartenance collective

271. De la chose commune au patrimoine commun - Jusqu'à une époque récente, les juristes n'étaient que peu intéressés par le concept d'appartenance collective. La Révolution de 1789 a élevé la propriété privée au rang de droit fondamental. Posé comme le droit naturel[1489] de disposer de soi-même et de ses biens de la manière la plus absolue, le droit de propriété, individuel, exclusif et privé, s'est inscrit comme le paradigme de la détention des biens et des usages que ceux-ci offrent. L'individualisme révolutionnaire a laissé le droit civil français avec l'indivision comme seul horizon[1490]. L'appartenance collective s'est installée dans l'ombre du droit, présente, mais invisible[1491].

L'idée que certaines choses doivent être soustraites aux pulsions de l'appropriation privée n'est pourtant pas récente. La nature, animée ou inanimée, a pendant longtemps été assimilée à une *res communis* offerte au tout-venant. Tout le vivant, végétal, animal ou humain était investi d'une sorte de sacralité. Intouchable dans son essence, il avait un caractère immuable et sacré[1492]. Les préoccupations nouvelles militant en faveur d'un usage collectif nous invitent à envisager un mode d'appropriation alternatif des biens, à repenser la propriété privée, à raviver la qualification des choses communes (A) et à favoriser celle de patrimoine commun (B) empruntée au droit international public.

A - DES CHOSES COMMUNES

Il est des choses à propos desquelles le droit considère qu'elles n'appartiennent à personne, qu'il n'est pas légitime ou utile d'en réserver l'usage à un seul individu. Ces choses dites communes sont des objets de désir qui ne sont susceptibles d'aucune appropriation (***1***), ce qui signifie qu'aucune personne de droit privé ou public ne peut s'approprier leur généralité. Elles ne sont que partiellement appropriables (***2***).

[1489] Art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
[1490] MASSON (F), *La propriété commune*, Thèse, Paris 1, 2016, n° 3.
[1491] DROSS (W), Les choses, éd. LGDJ, 2012, n° 3 ; *« Du point de vue du strict droit positif, la victoire du modèle de l'appropriation individuelle est totale, au point que les formes d'appropriation en commun que l'on connaît ne méritent pas même le nom de propriétés collectives »*.
[1492] EDELMAN (B), *Ni chose ni personne*, éd. Hermann, 2009, p. 231-232.

1 - Un objet de désir insusceptible d'appropriation

272. De *bonus communis* - L'article 714 du Code civil reconnaît qu'il existe des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Cette disposition a le plus souvent été considérée comme ne faisant que rendre compte des éléments que la nature offrait indistinctement aux hommes[1493]. Il s'agit dans une approche classique de désigner les éléments naturellement présents en abondance ou réfractaires à toute réservation individuelle. Cette qualification concerne traditionnellement l'air, l'eau des mers, des fleuves et des rivières, toutes choses corporelles naturellement inaliénables[1494].

L'article 714 du Code civil ne dresse toutefois aucune liste exhaustive des « choses communes ». La catégorie n'est donc aucunement fermée. Elle laisse, bien au contraire, la porte ouverte à un élargissement de la notion, de telle sorte qu'il est possible d'envisager des choses communes dites « artificielles ». Certaines ressources, notamment immatérielles, telles que les œuvres de l'esprit et les inventions tombées dans le domaine public, les idées et les informations reflétant les données du monde réel[1495], doivent elles aussi pouvoir être accessibles par tous, au nom de raisons d'intérêt général[1496].

Indistinctement de leur qualité, ces choses revêtent un caractère universel, pareil à celui de la dignité humaine[1497]. Le recours à cette catégorie traduit les préoccupations de la société contemporaine de voir ces éléments appréhendés autrement que sur la base du droit des biens. S'agissant de choses dont chacun a un intérêt de les voir protégées de toute appropriation, celles-ci se rapprochent par analogie au but poursuivi par leur homonyme

---

[1493] Certains auteurs justifient cependant la non-appropriation de la chose commune par un simple état de fait : leur présence en abondance ; LOISEAU (G), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015. *« Peu remarquée jusque récemment, cette disposition a le plus souvent été considérée comme ne faisant que rendre compte des éléments que la nature offre aux hommes en abondance et sans risque d'épuisement, tels que l'air, l'eau ou la lumière. Pourtant, il est remarquable que, à mesure que l'homme s'approprie la nature, les choses communes le sont moins par prodigalité qu'elles ont besoin de le rester pour leur propre préservation ».*

[1494] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 136

[1495] LOISEAU (G), *Op. cit.*, n° 4.

[1496] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 222 ; *« Nous verrons par la suite que cette qualification et ses justifications se renouvellent considérablement aujourd'hui et prêtent à de grandes discussions quand il s'agit de proposer de l'appliquer à l'information, à l'atmosphère, au gaz, à des ressources rares et/ ou à certains éléments composant l'environnement ».*

[1497] Manifeste pour les biens communs dans l'Union européenne ; *« Les biens communs sont universels, ils appartiennent a tous et ne doivent en aucun cas être accaparés par des autorités et/ou des intérêts privés ».*

philosophique de *bonus communis*[1498]. Bien qu'il soit question de « choses » et non de « biens », notamment afin de consacrer le caractère non appropriable des entités considérées, il n'en reste pas moins que c'est en considération de ce bien commun que les choses communes sont appréhendées distinctement des biens individuels de chacun des membres du corps social[1499]. Cette qualification permet la création d'une sorte de refuge pour mettre à l'abri certaines choses des ambitions individuelles[1500]. Elle est à cet égard le parfait exemple d'une politique de mise en communauté de certaines choses pour leur défense et leur conservation, les ôtant au mieux du joug de la propriété.

Le rejet de l'appropriation des choses communes trouve traditionnellement une triple justification : celle-ci serait à la fois impossible, inutile et injuste. Ce rejet se manifeste par l'interdiction de disposer des choses communes, et par l'absence d'exclusivité à leur égard. Il plonge ses racines dans l'idée que personne ne peut se prévaloir de la qualité de propriétaire. Au contraire du propriétaire, l'usager d'une chose commune ne bénéficie pas de la plénitude des trois prérogatives caractéristiques de la propriété que sont l'*abusus*, l'*usus* et le *fructus*. Il ne dispose que de la faculté d'user et de jouir de la chose. Le rejet de l'appropriation des choses communes se manifeste également par l'absence d'exclusivité. Le Professeur Alain Sériaux constate que : *« L'exigence d'un usage commun à tous ne peut être correctement remplie que si nul ne peut avoir un accès prioritaire, voire exclusif, à l'usage des choses dites communes »*[1501]. Leurs utilités ne sont pas l'apanage d'une seule et même personne. Elles profitent à l'ensemble du corps social. De ce postulat de base, les biens communs font l'objet d'une délibération collective au sein de la communauté afin de dégager les finalités du développement social et économique de la communauté[1502]. Ce sont ces intérêts individuels communs à l'ensemble des membres du corps social qui justifient le fait qu'ils soient insusceptibles d'appropriation[1503].

[1498] V. SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique.*

[1499] SÉRIAUX (A), *Le droit naturel*, coll. Que sais-je ?, éd. Puf, éd. actualisée, 1999, p. 14 et s.

[1500] LOISEAU (G), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015 ; *« Peu remarquée jusque récemment, cette disposition a le plus souvent été considérée comme ne faisant que rendre compte des éléments que la nature offre aux hommes en abondance et sans risque d'épuisement, tels que l'air, l'eau ou la lumière. Pourtant, il est remarquable que, à mesure que l'homme s'approprie la nature, les choses communes le sont moins par prodigalité qu'elles ont besoin de le rester pour leur propre préservation ».*

[1501] SÉRIAUX (A), *La notion de chose commune, Nouvelle considérations juridiques sur le verbe avoir*, éd. Puam, 1985, n° 5.

[1502] V. HOBBES (T), *Le Léviathan*, trad. PAULIN (R), éd. Sirey, 1971, p. 5.

[1503] V. CHARDEAU (M-A), *Les choses communes*, Thèse, Paris 1, 2004.

273. De *corpus communis* - Reliée au sujet moral libre et omnipotent, le corps humain est l'une des données constitutives et évidentes de l'existence humaine. Véhicule de l'être au monde[1504], le corps humain pourrait parfaitement être rattaché à la catégorie présentée par l'article 714 du Code civil. Collectivement utile et désirable, il est une chose à laquelle chacun doit avoir accès et dont chacun doit pouvoir user. Chaque individu a le droit d'utiliser son corps, de la même manière qu'il a le droit d'user de l'air et de l'eau[1505].

L'usage du corps est indispensable au bien commun, puisqu'il façonne de manière générale la liberté de chacun. Il conditionne autant les libertés physiques, liberté d'aller et venir, d'entreprendre, que les libertés morales, liberté de culte, d'opinion, d'expression. D'utilité, de dotation et de désirabilité communes, le corps humain est d'importance réciproque et appelle sur ce point une protection à la hauteur des enjeux en cause. Plus qu'utile, le corps, comme ses éléments et produits, est indispensable à la survie et à la vie des personnes[1506].

2 - Un objet de désir partiellement appropriable

274. L'usage des choses communes - Le principe de non-appropriation des choses communes peut néanmoins être relativisé. Il est notamment possible de s'approprier une fraction de la chose commune. Une fois le détachement opéré, ladite fraction appartient à celui qui s'en est emparé sans plus de restriction que pour n'importe quel autre objet. Cette possibilité rapproche nettement la catégorie des *res communis* de celle des *res nullius*, des « choses sans maître », soit que personne ne s'en est encore appropriés, soit que le propriétaire a abandonnés, soit qu'il soit inconnu[1507]. Reste que le caractère absolument général de l'usage des choses communes interdit d'en exclure quiconque, ce qui rattache cet usage bien davantage au modèle d'une liberté qu'à celui d'un véritable droit subjectif, même collectif[1508]. Dans le cadre de ce droit d'usage, il est permis à chacun de s'approprier une fraction de la chose commune, pourvu que cela ne

---

[1504] *Supra.* n° 36 et s.
[1505] LABBÉE (X), « Esquisse d'une définition de l'espèce humaine », *D.* 1999, p. 437
[1506] GALLOUX (J-C), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229.
[1507] V. CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014, p. 173.
[1508] DROSS (W), *Droit des biens*, Coll. Précit Domat droit privé, éd. LGDJ, 3ème éd., 2017, n° 320-321.

gêne en rien le droit d'usage de la collectivité. Chacun est par exemple libre de mettre de l'eau dans une bouteille et de s'approprier successivement son contenu. Ici le droit d'exercer ne porte pas atteinte à la chose commune ni à l'usage qu'en font les autres[1509]. De manière générale, l'usage des choses communes est gouverné par un triple principe de liberté, de gratuité et d'égalité. La liberté de l'usage implique qu'il ne soit soumis à aucune autorisation préalable, sa gratuité à l'absence de paiement d'une redevance quelconque, son égalité au fait qu'aucune discrimination de fait ou de droit ne soit opérée dans l'accès aux choses communes[1510].

Le corps humain présente toutes les caractéristiques d'un bien commun. Partiellement appropriables, ses éléments et produits, lorsqu'ils n'ont pas été réservés naturellement[1511], peuvent être traités comme des choses qui n'appartiennent à personne, des choses qui sont donc susceptibles d'appropriation. Comme les parties détachées après amputation ou prélèvement, ils sont appropriables par celui qui s'en empare sans avoir à payer de prix ou demander de consentement, puisqu'il s'agit de choses sans maître[1512].

De la même façon que certaines choses communes peuvent faire l'objet d'une appropriation fragmentaire, sans que soit affectée leur condition juridique, le corps peut être appréhendé comme un gisement de biens nouveaux qui peuvent s'en dégager. Ainsi, d'une chose *a priori* insusceptible d'appropriation peut naître une chose appropriable[1513] qui pourra circuler suivant des modalités que la société aura préalablement fixées[1514].

275. Un usage individuel et concurrent - Les choses communes ne répondent pas à un usage collectif conjoint, mais à un usage individuel et concurrent reconnu à chacun. Cette concurrence peut parfois se révéler conflictuelle. L'usage commun peut notamment être dangereux pour la pérennité de la chose. Pour cette raison, le second alinéa

---

[1509] LABBÉE (X), « Esquisse d'une définition de l'espèce humaine », *D.* 1999, p. 437.
[1510] DROSS (W), *Droit des biens*, Coll. Précit Domat droit privé, éd. LGDJ, 3ème éd., 2017, n° 320-321 ; *« Le caractère absolument général de l'usage des choses communes interdit d'en exclure quiconque, ce qui rattache cet usage bien davantage au modèle d'une liberté qu'à celui d'un véritable droit subjectif, même collectif »*.
[1511] GALLOUX (J-C), « Du droit de l'inventeur sur ses découvertes : à la recherche d'un droit fabuleux », *RRJ*, 1991, p. 387.
[1512] HERMITTE (M-A), *Le corps hors du commerce, hors du marché*, APD, t. 33, p. 33 ; RASSAT (M-L), « Le statut juridique du placenta humain », *JCP*, 1976, p. 2777.
[1513] LOISEAU (G), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015.
[1514] GALLOUX (J-C), « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229.

de l'article 714 du Code civil prévoit qu'il est possible d'en discipliner l'usage par des lois de police pour éviter que, ouverte à tous, la jouissance des choses communes dégénère en un usage égoïste potentiellement nuisible à la préservation de la chose ainsi considérée[1515].

C'est ici toute la faiblesse de cette qualification. Si elle ouvre à chacun l'accès à des ressources indispensables, elle doit aussi en organiser un usage satisfaisant au profit de tous et en assurer la préservation[1516]. À la différence des « biens publics » qui sont, au sens strict, ceux qui répondent au double critère de non-rivalité et de non-exclusion[1517], les « choses communes » s'épuisent quand elles sont consommées. La consommation des « biens publics » par un usager n'entraîne , quant à elle, aucune réduction pour les autres usagers. Et même si l'on distingue ceux qui relèvent du domaine public et ceux qui constituent leur domaine privé, il n'existe pas de différence radicale, notamment en ce qui concerne les finalités de leur gestion et de leur utilisation. La gestion du domaine privé, même patrimoniale, correspond toujours à un intérêt public. En tant que biens affectés à l'utilité générale, ils doivent faire l'objet de la meilleure exploitation, y compris d'un point de vue financier[1518], et de la meilleure utilisation[1519]. C'est notamment en considération de cette faiblesse qu'ont vu le jour d'autres formes d'appropriations collectives. Cette approche diffère de celle portée par la qualification de « chose commune ». Contrairement à cette dernière, elle n'exclut ni l'appropriation ni l'idée de bien, mais organise le dépassement de l'appropriation privative. Ainsi que le relève le Professeur Judith Rochfeld : *« Les ressources concernées sont soumises à une appropriation qui doit s'exercer en faveur de la collectivité concernée »*[1520].

[1515] LOISEAU (G), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015.
[1516] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 238-239.
[1517] Art. L.2111-1 et s. du Code général de la propriété des personnes publiques.
[1518] CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques* ; CE, 18 mars 1963, *Sieur Cellier.*
[1519] DELVOLVÉ (P), « L'utilisation privative des biens publics », *RFDA*, 2009, p. 229 ; ROYER (E), « Bien public : une marchandise comme une autre ? », *JA*, 2007, n° 363, p. 15.
[1520] ROCHFELD (J), *Ibid*.

B - DU PATRIMOINE COMMUN

Le droit est en recherche de qualifications permettant d'assurer non seulement l'usage par tous, mais également la conservation aux bénéfices des générations présentes comme futures. Dans un faire commun, la question de l'évolution du droit de propriété et de la patrimonialité est devenue prégnante. C'est ainsi que la notion de patrimoine commun a émergé, notamment afin d'isoler certaines ressources (***1***) qui présentent un intérêt de conservation (***2***).

1 - Des ressources spécifiquement isolées

276. La question de l'extrapatrimonialité - Dans le langage juridique, la notion de patrimoine fait l'objet de plusieurs utilisations. En droit privé, le patrimoine évoque pour certains l'appropriation, le commerce juridique pour d'autres[1521]. Il est historiquement considéré comme l'ensemble des biens et des obligations, envisagé comme une universalité de droit, c'est-à-dire comme une masse mouvante dont l'actif et le passif ne peuvent être dissociés[1522]. En droit international public, le patrimoine est plutôt appréhendé comme un ensemble de biens insusceptibles d'appropriation présentant un intérêt pour la collectivité. Du droit privé au droit public, le XXème siècle a ainsi vu naître une nouvelle conception du patrimoine qui, dans la continuité des choses communes, a mis l'accent sur la valeur symbolique de certains éléments[1523].

Utilisée par les hautes instances internationales, cette notion a permis de soustraire certaines ressources à un usage libéral, à une circulation marchande ordinaire, d'être protégées de toute forme de spéculation, de pollution et de surexploitation[1524]. Insistant sur l'exclusion de toute appropriation privative, sur l'usage pacifique, la démilitarisation, ou la

---

[1521] EDELMAN (B), « Entre personne humaine et matériau humain : le sujet de droit, l'homme, la nature et le droit », *RRJ*, 1989, p. 232.
[1522] CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014, p. 745.
[1523] DEL REY (M-J), « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006, p. 388 ; *« Ainsi l'idée de patrimoine, d'origine privatiste, est utilisée en droit international et en droit public pour qualifier un ensemble de biens présentant un intérêt pour la collectivité et de ce fait devant être préservés pour être transmis.Depuis plusieurs décennies la qualification de patrimoine commun est accordée à certains éléments naturels, voire à la nature dans son ensemble, afin de leur accorder une valeur juridique supérieure ».*
[1524] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 389.

coopération et l'échange en matière scientifique, l'objectif a alors été d'isoler certaines ressources considérées comme indispensables à l'identité et à la pérennité de la collectivité ainsi considérée[1525]. Face à la nécessité vitale pour tous les individus de bénéficier d'un accès à des éléments aussi essentiels, les règles de l'appropriation particulière se sont estompées. Paradoxalement, la qualification de patrimoine commun fait disparaître la patrimonialité[1526].

277. La question de la titularité - L'émergence de ces patrimoines communs tient à la raréfaction des ressources naturelles, à la nécessité de les conserver et d'en organiser l'usage au profit de tous. De plus en plus de ressources présentent des intérêts économiques ou vitaux importants et s'accordent mal avec une appropriation privative[1527]. En rupture avec la conception individualiste du rapport que chacun entretient avec les objets susceptibles d'appropriation, le concept de patrimoine commun est rattaché à des communautés humaines déterminées. Rattachée à l'Humanité, cette notion s'est d'abord appliquée à des territoires spécifiques, comme l'Antarctique[1528], l'espace extra-atmosphérique, la Lune et les autres corps célestes[1529], et les fonds marins[1530], puis dans une moindre mesure à d'autres richesses dévolues à l'humanité[1531]. Elle a ensuite été rattachée à un intérêt collectif national. Appliquée au territoire en 1983[1532], cette notion le fut ensuite à l'eau[1533], à la langue[1534]. Le 1er mars 2005, cette notion de « patrimoine commun » a fait son entrée au sein du bloc de constitutionnalité par le biais de la charte de l'environnement.

1525 GROULIER (C), « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005, p. 1034.

1526 CARBONNIER (J), *Flexible Droit*, *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. LGDJ, 10ème éd., 2014, p. 369 ; *« Nous aventurons plus généralement, l'expression de patrimoine extrapatrimonial »*.

1527 ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 391.

1528 Traité sur l'Antarctique du 1er décembre 1959.

1529 Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes du 27 janvier 1967.

1530 Convention sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

1531 Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel du 16 novembre 1972 ; Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997 ; V. DAILLIER (P), FORTEAU (M) et PELLET (A), Droit international public, éd. LGDJ, 8ème éd., 2009, p. 1412 ; PETIT (Y), « Environnement », *Rép. intern.*, janvier 2010 (actualisation : avril 2015), n° 84-85.

1532 Art. L.110 du Code de l'urbanisme.

1533 Art. L.210-1 du Code de l'environnement ; Art. L.200-1, al. 1, du Code rural.

1534 Art. 1 de la Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

Communément définie comme un groupement humain dont les membres ont entre eux des affinités tenant à des éléments communs à la fois objectifs et subjectifs qui les unissent et les distinguent des hommes appartenant aux autres groupements nationaux, la nation exprime la communauté de destins, la solidarité d'intérêts, entre les membres. L'Humanité, la nation, traduisent une volonté d'alternative à la représentation traditionnellement étatique et administrative des groupes humains. Le degré d'importance de l'intérêt de l'élément considéré conditionne la taille du titulaire patrimonial. Plus la valeur symbolique sera élevée plus nombreux seront les individus en son sein.

Cela ne va pas sans poser des difficultés, ni même sans entraîner des critiques quant à la pertinence de cette notion. La question de la titularité est notamment assez complexe, d'autant que le titulaire ne bénéficie pas toujours de la personnalité juridique, et n'a pas nécessairement la capacité juridique d'agir en justice. Ces sujets de droit imparfaits appellent une pluralité de sous-titulaires. Appartenance collective oblige, ce sont les individus qui composent l'entité titulaire qui vont agir en son nom. Pour Cédric Groulier : *« La solution consiste à se tourner vers les sujets de droit classiques, plus tangibles, ceux-là mêmes que l'on cherchait à évincer »*[1535]. Il est possible de doter ces patrimoines d'une organisation représentant la collectivité qu'ils servent[1536]. Points de références plus stables et moins aléatoires[1537] ce sont généralement les États et les associations politico-économiques[1538] qui vont assurer la titularité de ces patrimoines. Il faut garder à l'esprit que le titulaire doit pouvoir intervenir en tant que bras séculier[1539].

[1535] GROULIER (C), « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005, p. 1034.

[1536] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 393.

[1537] SAVARIT (I), « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA*, 1998, p. 305 ; CATALA (P), *Trois figures de la propriété collective, Famille et patrimoine*, éd. Puf, 2000, p. 122 ; *« La convergence de droits similaires sur une même masse de biens, sur une universalité, soulève un certain nombre de problèmes toujours identiques à eux-mêmes touchant à l'équilibre des pouvoirs, au droit des tiers, à l'intérêt collectif, à l'intuitus personae et à la stabilité du groupe. Il existe en la matière un fonds commun de questions, sinon de réponses ».*

[1538] V. Préambule de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

[1539] GROULIER (C), *Ibid* ; *« Cette dualité n'est pas sans rappeler une certaine conception historique de la propriété. Si la Révolution de 1789 a unifié la propriété, on ne peut ignorer l'existence de deux types de propriété concurrents sous l'Ancien Régime […] Il existe donc bien une analogie entre ce dédoublement de la propriété et la situation produite par la reconnaissance d'un patrimoine commun : le titulaire patrimonial disposerait d'une propriété éminente, conceptuelle, opposée aux prérogatives plus concrètes des propriétaires ordinaires, titulaires juridiques, oeuvrant tant pour eux que pour le domaine éminent ».*

2 - Des ressources présentant un intérêt de conservation

278. La transmission des biens - La notion le patrimoine commun marque l'émergence d'intérêts collectifs, intermédiaires entre l'intérêt général et l'intérêt individuel. Elle est conçue pour marquer l'importance collective de certains éléments et la nécessité d'en préserver le caractère commun. Elle organise une solidarité entre les personnes intégrées à la communauté considérée dans la gestion des éléments qui composent le patrimoine en question[1540]. Au lieu de stigmatiser les différences, il s'agit de fédérer en mettant en évidence un avoir commun, situant l'être social comme membre d'une communauté[1541]. Il s'agit aussi d'insister sur son caractère transgénérationnel, sur le fait que la solidarité qui lui est inhérente doit s'exercer entre les générations présentes et à venir. La notion de patrimoine commun intègre généralement une préoccupation quant à l'avenir. C'est ce caractère prospectif qui justifie le fait qu'elle organise une transmission des ressources[1542].

Malgré une apparente contradiction entre le concept privatiste de patrimoine et celui de patrimoine commun, il y a entre eux d'importantes similitudes. Certes la notion civiliste insiste sur le caractère appropriable, alors que celle de patrimoine commun met l'accent sur la non-appropriation. Malgré cela, l'une et l'autre sont marquées par leurs caractères d'unicité et de permanence[1543]. Ils mettent tous deux l'accent sur la conservation des éléments dont ils sont composés. Le terme « patrimoine » vient du latin *patrimonium* qui signifie littéralement « l'héritage du père ». L'étymologie du terme insiste ainsi sur l'idée de transmission, laquelle appelle nécessairement celle de conservation. Pour pouvoir être transmis, les éléments du patrimoine doivent être préservés. Il ne peut effectivement y avoir de transmission sans éléments à transmettre. Comme son homologue civiliste, le

---

[1540] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 393.

[1541] GROULIER (C), *Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ?*, AJDA, 2005, p. 1034.

[1542] ROCHFELD (J), *Op. cit.*, p. 393 et s. ; *« C'est d'ailleurs cette préoccupation de conservation qui justifie la soustraction des ressources concernées à l'échange marchand et au commerce juridique ordinaire. C'est ce qui les teinte d'un caractère plus ou moins « inappropriable ». A minima, le droit ne va pas jusqu'à leur soustraction des échanges, il en organise l'encadrement. Cela explique pourquoi la majorité des régimes dessinés autour de ces notions de patrimoine commun renferment une préoccupation de gestion rationnelle ou d'administration raisonnable des ressources ».*

[1543] DEL REY (M-J), « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006, p. 388.

concept de patrimoine commun impose des obligations de conservation, la protection de son contenu apparaissant comme le corollaire nécessaire de sa mission d'intérêt général[1544]. Il fait appel à une solidarité temporelle en inscrivant chaque membre de la communauté comme un maillon de la chaîne successorale. Le recours au concept de patrimoine commun souligne la responsabilité de chacun envers les générations futures et se fonde sur la reconnaissance d'une interdépendance. Il s'agit pour chacun d'agir en jugeant de ses actions ou non-actions et de leurs conséquences au regard de la communauté[1545]. Ainsi que le précise l'article 1 de la loi du 10 juillet 1976 : *« Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit »*[1546]. Le droit de chacun est ainsi limité par l'obligation de conserver la substance de la chose.

279. La préservation des biens - Concrètement, la reconnaissance de cette qualité patrimoniale entraîne un meilleur degré de protection aux éléments que l'on entend incorporer. Ainsi que le relève Marie-José Del Rey : *« La patrimonialisation est intrinsèquement susceptible de garantir une meilleure préservation. Aussi de nombreux auteurs réclament-ils l'application de ce statut dès lors qu'un élément naturel présente un quelconque intérêt »*. Elle ajoute que la qualité de patrimoine commun non seulement contient, mais aussi dépasse celle de *res communis*. La notion de patrimoine commun est plus avantageuse que la notion de chose commune. Les choses communes sont en effet moins valorisées que celles auxquelles on accorde une valeur patrimoniale[1547]. Chaque patrimonialisation publicise en quelque sorte le sort de l'élément en cause. Il sort ainsi du domaine privé pour intégrer le domaine public. Au législateur et au juge, ensuite, d'en être les relais. Cédric Groulier soutient, à propos de cette notion de patrimoine commun, que le temps n'est plus à la proclamation, mais à la concrétisation[1548].

[1544] DEL REY (M-J), « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006, p. 388 ; *« Considérant que tout patrimoine naturel possède une valeur inestimable et qu'étant indispensable à tous il doit être géré dans l'intérêt du plus grand nombre, une gestion rationnelle de celui-ci implique qu'elle soit conservatoire et menée à des fins de transmission tout en ménageant l'ensemble des usages potentiels. Ainsi, les ressources naturelles doivent notamment être conservées parce qu'il s'agit de biens ayant vocation à satisfaire un usage prolongé. Or, une des caractéristiques de la gestion patrimoniale est justement de sauvegarder la permanence des composantes, car il s'agit d'une gestion à long terme »*.

[1545] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 393.

[1546] Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

[1547] DEL REY (M-J), *Ibid*.

[1548] GROULIER (C), *Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ?*, AJDA, 2005, p. 1034.

SECTION II - L'EXTENSION DES DROITS DE LA PERSONNE SUR SON CORPS

280. Donner son corps à chacun - Institution centrale du Code civil[1549] et de toute la législation civile[1550], parangon des droits réels[1551], la propriété a été placée dans une position cardinale[1552] à l'égard de toute chose[1553], comme de la personnalité[1554]. Jusqu'à ces dernières années, il existait un véritable consensus pour écarter le corps humain de la figure du droit de propriété[1555]. Pour la doctrine, le sujet n'a pas sur son corps et ses éléments l'abusus, caractéristique du propriétaire, il n'a pas le droit d'entamer son intégrité corporelle[1556].

Avec les progrès réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies, il est aujourd'hui difficile de nier cette réalité, ainsi que la présence de droits - en tant que pouvoirs juridiquement reconnus - profitant à la personne à l'endroit de son propre corps[1557]. Désormais, chacun peut, dans les conditions fixées par la loi, disposer des éléments et produits de son corps. Le droit s'accorde à l'idée d'une relation unissant la personne physique à son corps, ses éléments et produits. Le temps est-il peut être venu de considérer le corps humain comme un objet de droit (**Paragraphe 1**) et d'en circonscrire les conséquences. Considérer le corps comme un ensemble de choses sur lesquelles la personne pourrait exercer les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété, peut en effet aussi s'avérer antithétique (**Paragraphe 2**).

[1549] DROSS (W), « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.* 2012, p. 419.
[1550] Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.
[1551] TERRE (F) et SIMLER (P), *Droit civil*, *Les biens*, éd. Dalloz, 4ème éd., coll. Précis, 1992, n° 39, p. 33.
[1552] Cass., *Les limitations à l'exercice du droit de propriété*, Rapport annuel, 2008, troisième partie.
[1553] Art. 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
[1554] REVET (T), « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine*, 2004, n° 124, p. 20.
[1555] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 150 ; *« Tous les juristes s'accordaient pour dire que l'objet du droit de propriété ne peut être qu'une chose ou un bien. Le corps humain pouvant être dans la conception classique une chose, il ne peut en conséquence faire l'objet d'un droit de propriété ».*
[1556] PROUDHON (J), *Qu'est ce que la propriété ? ou recherche sur le principe du droit et du gouvernement*, éd. Garnier-Flammarion, 1966, p. 103 ; *« 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 la maîtrise absolue, il n'en est que l'usufruitier, et cet usufruit, il ne peut l'exercer qu'en se conformant aux prescriptions de la nature » ;* DIJON (X), *Droit naturel, Les questions du droit*, t. 1, éd. Puf, 1998, p. 135 et s.
[1557] V. HARICHAUX (M), *Le corps objet, Bioéthique et droit*, éd. Puf, 1988, p. 131 et s.

Paragraphe 1 - L'hypothèse d'un corps objet de droit

281. Une propriété réinventée - Il est souvent avancé que la figure juridique de la propriété ne qualifie pas bien la relation du sujet à son corps, car le sujet ne dispose pas de lui-même comme il disposerait d'une chose qui lui est extérieure[1558]. Pour le Professeur Astrid Marais : *« Le corps humain ne saurait être directement un objet de droit, car tant qu'il est le support de la personne, il se confond avec celle-ci »*[1559]. Pour faire l'objet d'un tel droit, le corps doit pouvoir être considéré comme une chose extérieure à la personne. Si le droit assimile le corps humain à la personne, il faut admettre que ce droit naît par un mode originaire au moment du détachement. C'est en effet lui qui fait naître le droit de propriété sur la tête de celui dont l'élément provient. Ici, le corps n'est pas directement un objet de droit. Le corps n'est pas « personne par destination », mais « personne par nature » et « chose par destination ».

L'assimilation du corps à la personne a ses limites. Celle-ci n'est pas absolue. En effet, si le corps entier est la personne, rien n'empêche de le considérer dans ses démembrements comme un ensemble d'éléments et de produits susceptibles d'appropriation. Dans cet ordre d'idées, il est permis de reconnaître à la personne un éventuel droit sur ses éléments et produits (A), tout en prenant la mesure des limites posées par les lois et les règlements (B).

A - UN DROIT SUR LES ÉLÉMENTS ET PRODUITS DU CORPS

Si le corps humain, en « entier », ne peut être cédé ni à titre onéreux ni à titre gratuit, les éléments et produits dont il est composé peuvent quant à eux être considérés comme des choses, dans l'échange, dans le marché ; en ce sens qu'il est tout autant possible de considérer l'existence d'un droit exclusif sur les éléments et produits issus du corps (***1***), que celle d'un pouvoir juridiquement protégé (***2***).

[1558] DIJON (X), *Le sujet de droit en son corps, Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, éd. Larcier, 1982, p. 168.
[1559] MARAIS (A), *Droit des personnes*, éd. Dalloz, 3ème éd., 2018, n° 236.

1 - L'expression d'un droit exclusif

282. Une fonction idéologique - Si chacun sent bien intuitivement ce qu'est la propriété, il est très délicat d'en donner une définition juridique[1560]. Le droit classique l'appelait *dominium*, évoquant la maîtrise du propriétaire. Aujourd'hui définie comme *« 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 »*[1561], la propriété est souvent réduite à ses seuls attributs : l'*abusus*, l'*usus*, et le *fructus* ; autrement dit : le droit de disposer de la chose, de l'utiliser, d'en jouir et d'en récolter les fruits.

Cette approche de la propriété ne fait cependant pas l'unanimité. Souvent critiquée, la définition établie par l'article 544 du Code civil est jugée incomplète, car ne mentionnant pas l'exclusivité comme caractère de la propriété, à côté de l'absolutisme[1562].

Ginossar a estimé que la structure des droits réels sur la chose d'autrui n'était pas faite, comme l'enseigne la théorie classique. La constitution de ces droits établit un rapport d'obligation entre leur titulaire et le propriétaire de la chose grevée[1563]. Aux yeux de Ginossar, et plus récemment du Professeur Frédéric Zenati-Castaing, le triptyque *usus-fructus-abusus* ne serait qu'une description des effets de la propriété. Bien qu'elle soit appréhendée par son contenu, par les prérogatives qu'elle confère à son titulaire, celles-ci ne seraient pas essentielles à sa compréhension, même si certaines en sont caractéristiques. Elles ne constitueraient qu'une explication du régime de l'exclusivité, qu'une tentative d'inventaire exhaustif des utilités que peut retirer une personne du fait d'être effectivement propriétaire. Les prérogatives ainsi énumérées par le Code civil ne seraient que des conséquences de fait de la propriété, que des vertus de l'exclusivité[1564]. La Cour de cassation admet elle-même que l'article 544 du Code civil ne définit pas le droit de propriété, mais décrit la situation idéale du propriétaire disposant de la totalité des

---

[1560] DROSS (W), *Droit des biens*, Coll. Précit Domat droit privé, éd. LGDJ, 3ème éd., 2017, n° 5.
[1561] Art. 544 du Code civil.
[1562] CARBONNIER (J), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017, n° 730.
[1563] GINOSSAR (J), *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, éd. LGDJ, 1960, p. 31 et s.
[1564] ZENATI-CASTAING (F), « Pour une rénovation de la théorie de propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305.

prérogatives sur un bien[1565]. Réduite par les post-glossateurs aux utilités qui délimitent habituellement les prérogatives accordées au possesseur de la chose, la propriété ainsi définie ne présenterait qu'un intérêt phénoménologique.

283. Une fonction sociale - La propriété est un lien social. Ainsi que le précise le Professeur Muriel Fabre-Magnan : *« La propriété, comme tout droit subjectif, ne peut se concevoir en dehors du rapport aux autres qu'il crée, de la place à laquelle il institue son titulaire dans la société »*[1566]. La propriété est la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne[1567]. Ce qui rendrait propriétaire, ce n'est rien d'autre aujourd'hui que les procédés par lesquels l'ordre juridique permet à une personne d'imposer à autrui une relation privative aux choses et de protéger cette relation[1568]. Son essence résiderait donc dans l'exclusivité qu'elle accorde au propriétaire et non dans la seule qualité de la chose[1569]. Il résulte de l'article 544 du Code civil que les attributs de la propriété s'exercent de manière absolue. Celle-ci est opposable à tous sans que personne ne puisse prétendre ignorer l'appartenance d'un bien. Il suffit de savoir qu'un bien n'est pas à soi pour en déduire qu'il appartient à autrui et s'interdire de nuire à l'exercice du pouvoir de son propriétaire[1570].

[1565] Cass., *Les limitations à l'exercice du droit de propriété*, Rapport annuel, 2008, troisième partie.

[1566] FABRE-MAGNAN (M), « Propriété, lien social et patrimoine », *RTD civ.*, 1997, p. 583 ; *« Planiol avait clairement vu que les droits réels, et en particulier la propriété, ne pouvaient être conçus en dehors du rapport aux autres. La propriété mettait même selon lui en jeu bien plus de personnes que les droits personnels ou droits de créance. En effet, le droit personnel n'oblige principalement qu'une seule personne, notamment le cocontractant, tandis que le droit de propriété crée une « obligation passive universelle » , c'est-à-dire un rapport à une chose que tous les autres sont tenus de respecter, non pas activement puisqu'ils ne sont tenus d'aucune obligation positive, mais passivement. Planiol a été à l'origine de plusieurs thèses destinées à développer cette idée que l'on a coutume d'appeler la théorie personnaliste du droit de propriété parce qu'elle entend ramener les droits réels à des droits personnels, et par opposition à la théorie objective de ceux qui, comme Ginossar, auront au contraire tendance à ramener tous les droits, et notamment les droits de créance, à des droits de propriété, c'est-à-dire à des rapports aux choses ».*

[1567] GINOSSAR (J), *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, éd. LGDJ, 1960, p. 33.

[1568] ZENATI-CASTAING (F), « Pour une rénovation de la théorie de propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305 ; *« L'inexactitude en droit positif de la définition romaniste médiévale de la propriété est patente. Si être propriétaire se limitait au droit d'user d'une chose et d'en acquérir les fruits, il suffirait que la chose ne fût pas frugifère ou que son usage fût accordé à un tiers pour que la propriété fût exclue ou retirée. Or il n'en est rien ».*

[1569] V. DROSS (W), *Droit des biens*, Coll. Précit Domat droit privé, éd. LGDJ, 3ème éd., 2017, n° 11 ; *« Les utilités offertes par un bien dépendent fondamentalement de sa nature propre ».*

[1570] ZENATI-CASTAING (F), *Ibid*, *« La propriété du code civil est, comme celle de la Révolution, une propriété opposable erga omnes, contrairement à la propriété féodale qui, du fait du régime des tenures, pouvait exister à l'égard des uns et être inopposable aux autres ».*

Les Professeurs Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet analysent notamment le droit de propriété comme une relation d'appartenance permettant au sujet de s'assurer souverainement de l'exclusivité des choses, et donc corrélativement d'exclure autrui de la disposition et de la jouissance de celles-ci. Ce schéma se retrouve exactement s'agissant du régime du corps humain.

Le corps humain, dans certaines circonstances, peut être considéré comme une chose sur laquelle la personne peut exercer les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété. Le droit d'agir en son corps participe, comme le droit d'être protégé en son corps[1571], de l'expression d'un droit subjectif sur son corps, ses éléments et produits. La proclamation du droit de chacun au respect de son corps[1572] confère implicitement au titulaire de ce droit la faculté de se réserver les utilités de son corps. Elle permet d'exclure les tiers et soumet au consentement de l'intéressé les violations de son intégrité physique. Ici, le corps est réservé à la personne, laquelle définit souverainement l'usage qu'elle entend en faire. Chacun peut accomplir des actes matériels sur son propre corps, soit par sa propre action, soit en autorisant l'action d'autrui[1573]. Ainsi que le relèvent les Professeurs Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, l'inviolabilité participe de l'exclusivité et de la propriété du corps[1574].

2 - L'expression d'un pouvoir juridiquement protégé

284. Un droit subjectif patrimonial - La plupart des propriétaires se reconnaissent par la maîtrise qu'ils exercent sur les choses qu'ils possèdent, sans qu'il y ait le moindre intérêt à inventorier les avantages qu'ils peuvent en retirer. Le coeur de la notion de propriété réside dans son caractère absolu. C'est dans ce sens que l'on peut comprendre le droit de disposer qu'ont introduit les romanistes médiévaux et qu'ont explicité leurs successeurs à travers le triptyque des utilités de la propriété. Ce qui rend techniquement propriétaire, ce n'est rien d'autre aujourd'hui que les procédés par lesquels

---

[1571] *Supra.* n° 57 et s. ; n° 66 et s.
[1572] Art. 16-1 du Code civil.
[1573] *Supra.* n° 63 et s.
[1574] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, p. 242.

l'ordre juridique permet à une personne d'imposer à autrui une relation privative aux choses et de protéger cette relation[1575].

Les éléments et produits issus du corps humain ne sont pas la personne et ne disposent pas de la personnalité juridique. Il est possible d'imaginer, avec le Professeur Xavier Dijon, que le sujet se détache d'elles - ou qu'elles se détachent du sujet et que celui-ci devienne, sur ces « choses », titulaire d'un droit subjectif patrimonial[1576]. Si d'un côté, les éléments et produits issus du corps humain ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial[1577], il est admis d'un autre côté qu'ils peuvent donner lieu à cession, importation ou exportation[1578]. Utilisables, soit à des fins scientifiques, soit à des fins thérapeutiques directes ou indirectes[1579], les éléments et produits du corps humain ont la condition d'objets de droit[1580]. Ces choses humaines sont appropriables sans difficulté et peuvent être envisagées comme des biens. Elles ont le caractère de rareté qui rend utile l'appropriation et ce caractère est même très prononcé chez elles[1581]. Il n'y a donc techniquement aucune raison de faire obstacle à la propriété telle que définie de la sorte.

285. Un droit subjectif extrapatrimonial - Dans *L'affaire de la main volée*, le Professeur Jean-Pierre Baud estime que l'assimilation du corps à la personne est une idée généreusement dangereuse. *« En refusant de reconnaître l'appropriation du corps par la personne, on donne aux éléments corporels détachés de celle-ci le statut de res nullius, de choses n'appartenant à personne, ou plus exactement de choses en dehors du droit pouvant faire l'objet d'une appropriation de fait »*[1582]. Celui dont le corps est à l'origine des éléments en question peut en revendiquer la propriété, mais dans une situation d'égalité avec n'importe qui d'autre. Il faut ainsi qu'il soit le premier à s'en emparer s'il ne veut pas voir un autre le faire à sa place[1583]. L'auteur relève que l'intérêt pratique d'une

---

[1575] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, p. 242.
[1576] DIJON (X), *Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Thèse, Presses Universitaires de Namur, Société d'Etudes morales, sociales et juridiques, 1982, n° 985.
[1577] Art. 16-1 et 16-5 du Code civil.
[1578] Art. L.1211-1 du Code de la santé publique.
[1579] *Supra.* n° 96 et s.
[1580] LOISEAU (G), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015.
[1581] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Op. cit.*, p. 239 ; *« Le corps humain est le coeur de la personnalité. C'est sa constitution unique qui est la source de l'originalité »*.
[1582] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 227.
[1583] BAUD (J-P), *Op. cit.*, p. 228 et s.

reconnaissance de la réalité du corps, et de l'appropriation de celui-ci par la personne, se révèle lorsqu'il s'agit de définir le droit de l'individu sur ce qui a été détaché de lui-même. Suivant cet objectif, l'auteur défend un véritable droit de propriété du sujet sur son corps dans le but de mieux protéger le sujet contre les atteintes qui pourraient lui être portées.

Le Professeur Jean-Pierre Baud souhaite démontrer que la solution la plus protectrice de la dignité humaine serait d'admettre l'appropriation par la personne des éléments et produits qui peuvent être détachés de son corps. À ses yeux, seule une telle qualification permettrait de sanctionner celui qui s'emparerait frauduleusement de ces éléments. En outre si l'on ne reconnaissait pas à la personne un droit de propriété sur ses éléments et produits, le premier à s'en emparer pourrait par la même se les approprier. Le Professeur Jean-Pierre Baud - au sujet de l'affaire Moore[1584] - avait posé la question en des termes particulièrement clairs : *« En effet, qu'est-il plus déshonorant pour l'être humain que l'on considère son corps et tout ce qui lui appartient comme des choses rigoureuses protégées par le droit de propriété, ou qu'on admette que tout ce qui a été détaché de son corps ait le statut d'ordure pouvant être transformée en or ? »*[1585]. Les instruments juridiques forgés pour garantir la non-patrimonialité du corps se sont émoussés sur la volonté scientifique de l'exploiter.

B - UN DROIT LIMITÉ PAR LES LOIS ET LES RÈGLEMENTS

Si la propriété se définit comme le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, c'est à la condition *sine qua non* qu'il n'en soit pas fait *« un usage prohibé par les lois ou par les règlements »*[1586] (***1***). *A contrario*, il s'agit d'en faire un usage qui serait préconisé par les lois et les règlements (**2**).

[1584] BAUD (J-P), *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993, p. 25 ; p. 228 ; *« Au nom de la dignité humaine, John Moore ne pouvait être propriétaire de son corps. Au nom de la dignité humaine, les cellules prélevées sur le corps (vivant) de John Moore sont devenues des biens appropriés par ceux qui ont pu en établir la valeur marchande. Au nom de la dignité humaine, il a été possible de déposer des brevets concernant ces cellules et d'en faire une exploitation industrielle ».*

[1585] BAUD (J-P), *Op. cit.*, p. 25 ; *Op. cit.*, p. 230 ; *« L'insertion du corps dans le droit pourrait donner une vigueur nouvelle à une pensée conférant à la garantie d'un minimum vital à la force d'une obligation, à moins que la théorie de l'assimilation du corps à la personne ne s'impose finalement pour éviter d'aller trop loin dans le respect de la dignité humaine ».*

[1586] Art. 544 du Code civil.

1 - Un usage non prohibé par les lois ou par les règlements

286. Dans l'intérêt de la collectivité - Le caractère inviolable et extrapatrimonial du corps humain est souvent perçu comme un obstacle à toute idée de propriété à l'égard de ses éléments et produits. Les lois de bioéthique, loin de poser un principe de libre disposition du corps, en réglementent fortement l'accès. Elles interdisent la vente des produits et parties du corps et encadrent strictement les dons gratuits[1587]. Le Code de la santé publique multiplie les restrictions à la disposition de soi, en les soumettant à des limites temporelles ou procédurales[1588].

La propriété est présentée comme ce droit absolu d'un souverain sur sa chose. Pour autant, il ne faut pas voir dans la propriété un pur monstre libéral[1589]. Duguit avait notamment appréhendé la propriété comme un rapport social. Schématiquement, le droit se distingue du pouvoir en ce qu'il est exercé dans l'intérêt égoïste de son titulaire alors que le pouvoir est exercé à des fins altruistes[1590]. Son idée est que la propriété ne consiste pas dans un droit individuel, mais dans des besoins collectifs. Il entend ainsi dévoiler la dimension intrinsèquement collective de la propriété, laquelle n'est pas, selon lui, un droit individuel « inviolable et sacré », mais au contraire une « fonction sociale »[1591]. Le propriétaire ne serait ici pas légitime à utiliser sa chose dans un intérêt purement égoïste, mais devrait s'en servir conformément au bien de la collectivité : en d'autres termes, la propriété serait moins un droit qu'une fonction sociale.

287. Dans l'intérêt du propriétaire - Si la propriété est l'exercice d'un droit fondamental, exclusif et absolu, celle-ci s'exerce dans le cadre des limites que posent l'intérêt général et, parfois aussi, l'intérêt particulier d'un autre propriétaire. Le caractère absolu de l'exercice du droit de propriété est ainsi doublement compromis. D'une part, toute propriété se heurte à d'autres propriétés, à d'autres libertés qui la limitent

---

[1587] Art. 16 et s. du Code civil.
[1588] Art. L.1231-1 et s. ; L.2123-1 et s. ; L.2212-1 et s. du Code de la santé publique.
[1589] CHAZAL (J-P), « Le rôle du droit dans l'économie de marché... de dupes », *D.* 2016, p. 1641.
[1590] DUGUIT (L), *Les Transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. La Mémoire du droit, 2ème éd., 1999.
[1591] BOCCON-GIBOD (T), « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2014, p. 285-300.

inévitablement. D'autre part, l'État a le privilège de pouvoir limiter le droit du propriétaire. Nonobstant le caractère absolu du droit de propriété, il peut y avoir ingérence de l'autorité publique dès lors que celle-ci répond à une exigence de conformité au droit interne, ainsi qu'à une condition de légitimité, c'est à dire à d'utilité publique ou d'intérêt général et n'ait pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété s'en trouveraient dénaturés[1592]. L'exercice par les pouvoirs publics de leur mission de régulation économique et sociale conduit à des restrictions accrues au pouvoir des propriétaires. L'usage du propriétaire de la chose est limité par un ordre public[1593] tantôt d'organisation et de planification, tantôt de direction. Cet ordre public restreint tout à la fois le droit d'usage et le droit de non-usage de son bien par le propriétaire[1594].

Les droits ne sont pas distribués comme le seraient des armes[1595]. Parce que la liberté ne saurait s'exercer à son propre détriment[1596], l'État, pour défendre la personne humaine et son intégrité physique, a la possibilité de passer outre l'autonomie individuelle. Le Professeur Diane Roman relève que : *« Si l'ordre juridique entend assurer le respect de valeurs premières, il peut interdire certains comportements contraires, quand bien même ceux-ci ne nuiraient pas à des tiers désignés. En d'autres termes, si une certaine vision de l'homme conduit à rendre insupportable la disposition ou la disparition d'un membre de la société, il doit être possible de surmonter le choix individuel et de protéger l'individu malgré lui »*[1597]. Entre libre disposition de soi et protection de la personne contre elle-même[1598], il s'agit de protéger la personne contre les conséquences de son imprudence, de ses errements ou de ses égarements[1599], tout en veillant à ce que l'ingérence demeure proportionnée au but recherché[1600].

[1592] Cons. const., 20 juillet 2000, n° 2000-434 DC ; CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume Uni*, n° 5493/72.
[1593] V. VINCENT-LEGOUX (M-C), *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, éd. Puf, coll. Grandes thèses, 2001.
[1594] Cass., *Les limitations à l'exercice du droit de propriété*, Rapp., 2008.
[1595] V. SUPIOT (A), *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd. Seuil, 2005.
[1596] CE, *Sciences de la vie et de l'éthique*, Rapp., 1988, p. 25.
[1597] ROMAN (D), « « À corps défendant », La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284.
[1598] HOUSER (M), « Protéger la vie et la dignité de la personne humaine : une obligation source de responsabilité pour l'Etat », *RDSS*, 2013, p. 671.
[1599] ROMAN (D), *Ibid.*
[1600] CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99.

2 - Un usage préconisé par les lois et les règlements

288. Des obligations positives - L'exercice par les pouvoirs publics de leur mission de régulation économique et sociale a conduit à des restrictions accrues au pouvoir des propriétaires. Ainsi, est-on passé de la limitation résiduelle de l'article 544 du Code civil à un véritable encadrement des pouvoirs du propriétaire quant à l'usage de ses biens. Non seulement il ne doit pas en faire un usage prohibé par la loi, mais encore doit-il en faire un usage préconisé par les lois et les règlements[1601]. Il y a non seulement des actes qu'un propriétaire est défendu d'accomplir, mais d'autres qu'il est obligé d'accomplir[1602]. Qu'elles soient le fait du législateur ou du juge, les interdictions enjoignent aux individus de se comporter d'une certaine manière. Le droit multiplie les prescriptions tendant non seulement à protéger la personne contre les conséquences de son imprudence, de ses errements ou de ses égarements, mais aussi à lui prescrire une ligne de conduite[1603]. Les dispositions limitant certaines activités dangereuses - de la baignade dans certains plans d'eau[1604] à la consommation de certaines substances[1605] - abondent. Elles imposent une prudence à l'égard de soi-même, que ce soit sur la route[1606] ou au travail[1607].

Le droit de propriété n'est pas un droit patrimonial, mais une prérogative attachée indéfectiblement au sujet. Les Professeurs Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revêt ajoutent qu'*« un droit de propriété existe et perdure dès lors qu'une personne est investie du pouvoir de principe d'accéder à toutes les utilités d'une chose ; peu important que la loi interdise l'accès à telle utilité particulière : le propriétaire conserve son titre du moment qu'il est investi du pouvoir d'accéder par principe à toutes les autres utilités »*[1608]. Le droit peut choisir de laisser un bien aux mains de son propriétaire, selon la figure de l'appropriation classique, tout en imposant à ce dernier des obligations et des contraintes. À ce dernier égard, c'est la situation que connaissent les propriétaires d'immeubles classés

---

[1601] Cass., *Les limitations à l'exercice du droit de propriété*, Rapp., 2008.
[1602] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd., 2017, n° 693.
[1603] ROMAN (D), « « À corps défendant », La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284.
[1604] CE, 28 novembre 1980, *Commune d'Ardres*.
[1605] Art. L.3411-1 du Code la santé publique.
[1606] CE, 4 juin 1975, *Bouvet de la maisonneuve* ; CE, 22 janvier 1982, *Association Auto Défense*.
[1607] Art. L.230-3 du Code du travail.
[1608] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, p. 240, n° 278.

au titre des monuments historiques[1609]. Ces derniers, en raison de leur intérêt historique, artistique ou architectural, font l'objet de dispositions particulières. Ils ne peuvent être détruits ou déplacés ou faire l'objet de travaux de restauration ou de modification sans autorisation de l'autorité administrative[1610]. La maîtrise d'œuvre de ces travaux doit être confiée à des catégories de professionnels spécialisés[1611]. Lorsque la conservation d'un immeuble classé au titre des monuments historiques est gravement compromise par l'inexécution de travaux de réparation ou d'entretien, l'autorité administrative peut enjoindre le propriétaire de faire procéder auxdits travaux[1612].

289. Une personne raisonnable - Il s'agit pour le propriétaire de se comporter en « bon père de famille », ou, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014[1613] pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, comme une « personne raisonnable »[1614]. Cette norme comportementale, directement issue de la notion romaine de *bonus pater familias*, fait référence à un modèle abstrait normalement prudent, diligent et soigneux. Parce qu'il est naturel de se demander ce qu'il aurait convenu de faire dans les mêmes circonstances, cette norme permet de déterminer si le comportement d'une personne dans une situation donnée est convenable ou fautive.

Habituellement réservée au domaine contractuel, cette notion infuse en réalité le droit dans sa globalité, de telle sorte qu'elle s'inscrit comme le leitmotiv des règles du vivre ensemble. N'est-ce pas le rôle de la loi que de faire en sorte que chacun se comporte comme une personne raisonnable ? N'est-ce pas son but que de faire connaître et respecter les valeurs et les principes que la loi entend défendre ?

[1609] ROCHFELD (J), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011, p. 239.
[1610] Art. L.621-9 et R.621-11 et s. du Code du patrimoine.
[1611] Art. R.621-26 du Code du patrimoine.
[1612] Art. L.621-12 et s. du Code du patrimoine.
[1613] HUET (J), « Adieu bon père de famille », *Dalloz actualité*, 28 février 2014.
[1614] Art. 1188 et 1197 du Code civil.

Paragraphe 2 - L'antithèse d'un corps objet de droit

290. Les dangers de la propriété - Penser le corps humain, ses éléments et produits, en termes de propriété est une idée qui globalement effraie auteurs comme législateur. Traiter le corps comme un ensemble de choses sur lesquelles la personne exercerait les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété est selon eux susceptible de réduire la personne elle-même au rang de chose susceptible d'appropriation. Si le sujet ne peut disposer de son corps comme d'un bien extérieur à lui, c'est en effet autant pour lui épargner de se considérer lui-même comme un instrument de dégradation, que pour lui épargner de considérer autrui comme un moyen[1615].

La notion de droit de propriété pour qualifier la relation que la personne entretient avec son corps, les éléments ou parties de son corps, est d'un maniement délicat[1616]. Les progrès réalisés dans les domaines de la biologie et des biotechnologies donnent aux civilisés une fallacieuse impression de sécurité. Pour autant, il ne faut pas négliger le poids de l'histoire et de la tradition juridique, ou encore les contraintes imposées par la réalité sociale et économique[1617]. Dans une époque où tout s'achète et tout se vend, où tout n'est qu'une question de prix, penser le corps humain, ses éléments et produits en termes de propriété, sous-entend tout autant l'idée d'un corps à vendre (A) que celle d'une volonté à céder (B).

[1615] *Supra.* n° 140.

[1616] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 162 et s. ; *« Cette décision a été accueillie avec circonspection par la doctrine française qui s'est intéressée à l'affaire. Pavée de bonnes intentions, mais diabolique. Pavée de bonnes intentions, parce que la propriété privée est une notion noble et qu'elle restitue à l'individu le contrôle sur l'utilisation de ses cellules et la possibilité de partager les profits qui peuvent en résulter. Diabolique, parce qu'elle range les cellules dans la même catégorie que les meubles, l'argent, les titres au porteur ou les reconnaissances de dettes - et surtout parce que cette « vision qui se veut protectrice d'un homme veillant jalousement sur ses gènes, ses fèces et ses photos pourrait révéler (...) l'image d'une folie régressive de l'individu qui s'enroule lui-même pour se défendre d'un environnement technique auquel il est incapable de résister ». Diabolique enfin cette décision parce qu'elle oblige le juge, appelé à réparer le dommage subi par celui qui revendique, à mesurer la valeur respective des tissus et du travail fourni sur ces tissus ».*

[1617] MARX (K), *Misère de la philosophie*, 1847 ; *« Vint enfin un temps où tout ce que les hommes avaient regardé comme inaliénable devint objet d'échange, de trafic et pouvait s'aliéner. C'est le temps où les choses mêmes qui jusqu'alors étaient communiquées mais jamais échangées ; données mais jamais vendues ; acquises mais jamais achetées - vertu, amour, opinion, science, conscience, etc. - où tout enfin passa dans le commerce. C'est le temps de la corruption générale, de la vénalité universelle, ou, pour parler en termes d'économie politique, le temps où toute chose, morale ou physique, étant devenue valeur vénale, est portée au marché ».*

A - UN CORPS À VENDRE

Qui dit propriété dit droit d'user, de jouir et de disposer de la manière la plus absolue qui soit. Cette définition - ou description - sous-entend qu'il faudrait en finir avec l'extrapatrimonialité (***1***) et avec l'extra-commercialité du corps humain, de ses éléments et produits (***2***).

1 - En finir avec l'extrapatrimonialité

291. Une demande à satisfaire - Ces dernières années, le don d'éléments et produits issus du corps humain a donné lieu à une rhétorique de la pénurie. Dans les années 1950, l'on se contentait d'expérimenter des transplantations rénales. Depuis, les techniques de greffe ont énormément progressé, multipliant le nombre de cas où la transplantation est recommandée. La pratique s'est répandue et s'est étendue, mais le nombre d'organes disponibles n'a pas suivi cette tendance. Le nombre de prélèvements est aujourd'hui largement insuffisant pour couvrir le besoin en greffons. Chaque année un nombre croissant de personnes décèdent, faute d'avoir pu être transplantées à temps. Dans une moindre mesure, la problématique est la même en matière de transfusions sanguines. L'établissement français du sang tire régulièrement la sonnette d'alarme. Avec l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation (AMP), la demande de gamètes est elle aussi devenue largement supérieure à l'offre. Malgré les campagnes de sensibilisation au don, les services de santé publics des pays développés ne sont pas toujours en mesure d'apporter des réponses appropriées à cette demande croissante, laissant dans certains domaines de la médecine, de nombreux patients sans solution.

Cette pénurie a donné naissance à une situation complexe allant du trafic sporadique au tourisme de transplantations. Aidés par l'ouverture des frontières et les nouvelles technologies de communication, un nombre croissant de « patients-touristes » se sont déplacés au-delà des frontières nationales afin d'obtenir contre paiement les éléments nécessaires à leurs opérations[1618].

[1618] Proposition de Loi n° 367 visant à lutter contre le tourisme de transplantation d'organes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 novembre 2012.

292. Une offre à encourager - En 2004, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) appelait ses États membres à : *« Prendre des mesures pour que les groupes de personnes les plus pauvres et les plus vulnérables soient protégés du tourisme de transplantation et de la vente de leurs organes, en portant une attention particulière au problème majeur du trafic international d'organes et de tissus »*. En 2008, la Déclaration d'Istanbul[1619] estimait que : *« Le don d'organes cadavérique devrait être développé au maximum pour s'adapter aux besoins de transplantation de chaque pays. La transplantation ne doit pas avoir pour conséquence la paupérisation des victimes du trafic d'organes et du tourisme de transplantation. Elle doit plutôt rendre hommage au don de santé d'un individu à l'autre. Le trafic d'organes et le tourisme de transplantation violent les principes d'égalité, de justice, et de respect de la dignité humaine »*. En France, depuis la loi Caillavet du 22 décembre 1976 : *« Tous les sujets décédés selon les critères de l'article R.671-7-3 du Code de la santé publique sont présumés donneurs d'organes, sauf s'ils s'y sont opposés de leur vivant »*. Conformément à l'adage socratique : *« Qui ne dit mot consent »*[1620], le don d'organes repose ici sur un principe de consentement présumé[1621].

Face au déséquilibre entre l'offre et la demande, la réflexion s'est aussi tournée vers un abandon du principe cardinal de la gratuité des éléments et produits du corps humain. L'objectif serait, comme en matière de drogue ou de prostitution, de diminuer, voire de supprimer le tourisme-trafic en officialisant une transaction qui, dès lors, cesserait d'être dépendante d'entreprises criminelles. La pénurie en organes, sang ou gamètes, est intimement liée au principe d'indisponibilité du corps humain, lequel interdit l'achat et la vente d'éléments et produits en sa provenance, notamment afin de protéger les individus contre l'exploitation de leur corps[1622]. Aussi, plutôt que de procéder à une réquisition au nom d'une volonté supposée du patient décédé, il s'agirait de respecter l'autonomie des donneurs et d'y opposer une régulation. La transparence aurait pour effet d'assurer la sécurité des procédures et des donneurs et l'absence de coercition. La question se pose

---

[1619] Déclaration d'Istanbul sur le trafic d'organes et le tourisme de transplantation de 2008.

[1620] V. Art. 1120 du Code civil ; *« Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières »*.

[1621] Article L.1232-1 du Code de la santé publique.

[1622] AN, question n° 55828, Question publiée au JO, 28 juillet 2009, p. 7370, Réponse publiée au JO, 1er mai 2012, p. 3368.

toutefois de savoir si la légalisation des trafics peut ou non assainir la situation. À ce sujet, le Professeur Xavier Dijon estime qu'il est difficile de croire qu'un simple changement d'étiquette pourrait à lui seul augmenter la moralité du comportement : *« Mais que ces pratiques soient légalisées par une autorisation de commercialisation en bonne et due forme, c'est l'excessif honneur que la vertu rendra au vice. Si le droit se réduit à la consécration du fait, on peut faire taire les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, et laisser tarir toutes les sources du droit, puisque le fait dictera désormais la loi. Loi dont on peut penser que, vu les rapports habituellement noués entre les puissants et les faibles, elle deviendra rapidement celle de la jungle »*[1623].

2 - En finir avec l'extra-commercialité

293. L'Empire de la nécessité - En France, le don moyennant paiement est sanctionné pénalement[1624]. Pour l'heure celui qui donne son sang, ses gamètes ou ses organes, est enfermé dans un carcan juridique qui limite ses prérogatives, il apparaît exclu du circuit économique où vont entrer les éléments et produits de son corps. Admettre l'existence d'un droit de propriété de la personne sur son corps implique de reconnaître à la personne le droit de disposer de son corps, la faculté de le louer, de le vendre, c'est admettre la possibilité de lui conférer, à ses éléments et produits, une valeur vénale, un prix. À une situation d'interdit, signifiée par la non patrimonialité du corps, se substituerait une situation de mise en commerce du corps. Chacun pourrait alors librement vendre, louer, ou prêter tout ou partie de son corps, gratuitement ou contre rémunération, pour quelque finalité que ce soit, à la seule condition de ne pas en faire un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

Aux États-Unis, les produits issus du corps humain peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. Chaque américain est libre de disposer de son sang, comme de ses gamètes, de le céder gratuitement ou en échange d'une contrepartie financière. Leur mise à disposition

---

[1623] DIJON (X), « Vers un commerce du corps humain ? », *Journal des Tribunaux*, 9 septembre 2006, n° 6233, p. 501-504.

[1624] Art. L.1272-1, L.1271-3 et L.1273-2 du Code de la santé publique ; Art. 511-2 511-4 et 511-9 du Code pénal.

est entre les mains de sociétés de droit privé. De fait, ces produits se trouvent soumis aux mêmes règles qui régissent déjà les prix du coton, du cuivre et d'autres matières premières. Ils font l'objet d'un marché soumis à une forte concurrence. Les acteurs économiques cherchent à différencier leur offre, notamment par la qualité des produits qu'ils vont proposer. Les produits sont collectés auprès de donneurs soigneusement sélectionnés. Mais il n'est pas uniquement question de se préoccuper de la vitalité, de la fertilité et la santé des spermatozoïdes. La sélection se fonde aussi sur des critères sociaux et génétiques, fondant un genre d'eugénisme positif. Dans un tel conteste, l'État peine à imposer une régulation, à afficher l'abdication devant les forces du marché et la prétention à les contenir. En France, l'ouverture à la concurrence autorise les sociétés de droit privé à faire de l'ombre au service public du sang. Ce marché est devenu un florissant business international et ce n'est qu'une question de temps pour que le modèle français soit battu en brèche[1625].

294. Au Royaume des inégalités - Le Professeur Xavier Dijon estime que traiter le corps comme un ensemble de choses sur lesquelles la personne exercerait les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété, est susceptible *« de créer une profonde inégalité en appliquant purement et simplement aux éléments du corps humain la loi du marché. Car le marché comme tel, livré à lui-même, ne supprime pas la disparité mais, au contraire, la renforce »*[1626]. La création d'un « marché » des éléments et produits issus du corps humain, passant par la rémunération des dons, pourrait entrainer un surcoût auprès des receveurs, et donc limiter l'accès à ces dons aux personnes les plus aisées. L'acceptation de ces marchés s'épanouit sur le terreau des inégalités socio-économiques, entre les classes comme entre les pays. Mettre un prix sur un rein, par exemple, c'est empêcher un pauvre sous dialyse de bénéficier d'une transplantation. Pire

---

[1625] Sénat, question n° 23005, Question publiée au JO le 4 août 2016, p. 3390, Réponse publiée au JO le 15 septembre 2016, p. 3918 ; *« En France, le don de sang et de composants sanguins est soumis aux principes éthiques listés à l'article L. 1221-3 du code de la santé publique, imposant notamment la prohibition de toute rémunération. Il n'y a aucune remise en cause de ces principes éthiques dans les projets en cours. L'établissement français du sang (EFS) a cessé, dès 2015, la production de plasma dans la production duquel intervient un processus industriel au profit de plasma sécurisé par quarantaine et de plasma inactivé par Amotosalen (dit plasma-IA). Le plasma dans la production duquel intervient un processus industriel (dit plasma SD), et désormais considéré comme un médicament, a obtenu de la part de l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) son autorisation de mise sur le marché le 2 février 2016 et respecte l'ensemble des principes éthiques français en vigueur ».*

[1626] DIJON (X), « Vers un commerce du corps humain ? », *Journal des Tribunaux*, 9 septembre 2006, n° 6233, p. 501-504.

encore, les pauvres, bien portants, eux seront incités à vendre les éléments et produits détachables de leur corps. Ce n'est pas le corps des riches qui sera vendu pour servir les intérêts des pauvres mais bien ceux des pauvres eux-mêmes pour servir l'intérêt des plus riches.

Pour Bertrand Lemennicier, les riches, malades, tels des vampires vivront du sang et des organes des pauvres. *« L'apparition d'un marché suscitera des vocations : les pauvres vendront régulièrement leur sang, une ou deux fois dans leur vie ils se sépareront d'un rein ou d'un oeil, des mères passeront leur vie professionnelle à porter les enfants des autres. L'esprit de lucre l'emportera »*[1627]. Le regard porté sur corps humain risque fort de ne plus s'attarder que sur le seul profit qu'il peut éventuellement permettre. L'injustice sociale, triomphante, sortira renforcée et non corrigée par la mise du corps en commerce. Le risque est qu'il soit question de donner à celui qui a tout en ôtant à celui qui n'a rien[1628]. Loin de provoquer un renversement de situation qui ferait que le pauvre devient riche et que le riche devient pauvre, le risque est qu'il participe au renforcement du *statu quo* : le riche devient plus riche et le pauvre, plus pauvre encore ; à l'heure où le principe de dignité n'empêche ni l'exploitation des hommes, ni la souffrance et l'assistance à celles et ceux qui meurent de faim ou qui n'ont ni de quoi se chauffer ni de quoi se vêtir, ou de celui qui n'a d'autre choix que de céder ses organes contre rémunération en vue de diminuer sa pauvreté.

B - UNE VOLONTÉ À CÉDER

Suivant la dialectique du maître et de l'esclave d'Hegel, lorsque deux consciences s'affrontent dans une lutte de prestige, chacune cherche spontanément à ce que l'autre s'incline devant elle. Celle qui a été jusqu'au bout de son désir devient le « maître » de celle qui n'a pas su faire la même preuve de sa liberté. La rencontre entre deux personnes est l'occasion d'un d'affrontement entre intervenants inégaux (***1***), lequel aboutit inexorablement à un asservissement du plus faible par le plus fort (***2***).

[1627] LEMENNICIER (B), « Le corps humain, propriété de l'Etat ou propriété de soi ? », *Rev. française de théorie juridique*, n° 13, 1991.
[1628] MATTHIEU, *Evangile*, 25:29 ; 13:12.

1 - Un affrontement entre intervenants inégaux

295. Des inégalités naturelles - S'il est vrai que la propriété est le pouvoir d'exclure autrui des utilités de la chose, elle n'est peut-être pas nécessairement la plus appropriée pour conceptualiser les difficultés touchant au statut du corps humain, de ses éléments et produits. Si sa pertinence demeure entière quand il s'agit de permettre à la personne de contrôler la mise à disposition des ressources de son corps, elle échoue à penser une circonstance pourtant essentielle. Tous les hommes ne naissent pas libres et égaux : *« Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».* Rousseau s'était lui-même exprimé en ces termes : *« Je conçois dans l'espèce humaine deux sortes d'inégalité ; l'une que j'appelle naturelle ou physique, parce qu'elle est établie par la nature, et qui consiste dans la différence des âges, de la santé, des forces du corps, et des qualités de l'esprit, ou de l'âme, l'autre qu'on peut appeler inégalité morale, ou politique, parce qu'elle dépend d'une sorte de convention, et qu'elle est établie, ou du moins autorisée par le consentement des hommes. Celle-ci consiste dans les différents privilèges, dont quelques-uns jouissent, au préjudice des autres, comme d'être plus riches, plus honorés, plus puissants qu'eux, ou même de s'en faire obéir »*[1629].

La nature donne d'emblée à chacun un « sien » qu'il n'a pas choisi[1630]. Chacun hérite de son corps comme il hérite de sa généalogie une position sociale plus ou moins confortable. Sans nier dogmatiquement toute influence des inégalités naturelles sur les inégalités sociales, il n'existe *a priori* aucune liaison essentielle entre ces deux inégalités[1631]. L'inégalité politique ne saurait se fonder sur l'inégalité naturelle. Les différences que la nature a mises entre les hommes sont étrangères aux inégalités qu'ils ont eux-mêmes instituées. C'est dans la société que les inégalités naturelles se réalisent.

[1629] ROUSSEAU (J-J), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754.

[1630] DIJON (X), *Vers un commerce du corps humain ?*, Journal des Tribunaux, 9 septembre 2006, n° 6233, p. 501-504.

[1631] ROUSSEAU (J-J), *Op. cit.* ; *« On ne peut pas demander quelle est la source de l'inégalité naturelle, parce que la réponse se trouverait énoncée dans la simple définition du mot. On peut encore moins chercher s'il n'y aurait point quelque liaison essentielle entre les deux inégalités; car ce serait demander, en d'autres termes, si ceux qui commandent valent nécessairement mieux que ceux qui obéissent, et si la force du corps ou de l'esprit, la sagesse ou la vertu, se trouvent toujours dans les mêmes individus, en proportion de la puissance, ou de la richesse: question bonne peut-être à agiter entre des esclaves entendus de leurs maîtres, mais qui ne convient pas à des hommes raisonnables et libres, qui cherchent la vérité ».*

296. Des inégalités sociales - Les sociétés modernes aspirent toutes à l'égalité sociale. Il s'agit pour elles de parvenir à une égalité, à une solidarité collective, à une distribution juste et équitable des richesses, qu'elles soient matérielles ou symboliques. Pour autant, l'histoire de ces sociétés est aussi « histoire de luttes de classes »[1632]. La plupart répondent à un modèle économique reposant sur la propriété privée, sur le libre échange et sur la libre concurrence. Paradoxalement, elles encouragent la compétition tout en s'attachant une égalité de revenu, de patrimoine, d'éducation, d'emploi, de conditions de vie, de culture, de genre, d'âge, de génération, de nationalité, de santé, ou encore de territoire. Conscientes que la satisfaction des besoins sociaux est le théâtre des inégalités sociales, ces sociétés semblent souffrir d'une certaine forme de schizophrénie.

Il est difficile de ne peut pas être frappé par la disparition de toute cohérence entre la réalité et les discours. Alors qu'est garantie, dans tous les domaines, une égalité entre hommes et femmes[1633], celles-ci restent encore peu présentes dans les emplois d'encadrement et de direction et sous-rémunérées par rapport aux hommes ; alors que nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances[1634], le choix des employeurs se porte deux fois plus sur une candidature dite « hexagonale » ; alors qu'est garantie la protection de la santé et l'égal accès aux soins pour tous[1635], en particulier pour les personnes les plus démunies[1636], nombreux sont ceux qui renoncent aux soins pour des raisons économiques ; alors qu'est garantit à tous le repos et les loisirs[1637], les riches sont deux fois plus nombreux à partir en vacances que les pauvres ; alors qu'est garanti l'égal accès à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture[1638], la réussite scolaire est professionnelle est dominée par un tropisme élitiste.

[1632] MARX (K) et HENGELS (F), *Manifeste du parti communiste*, éd. GF Flammarion, 1998, p. 73-74 ; *« L'histoire de toute société jusqu'à nos jours est histoire de luttes de classes. Homme libre et esclave, patricien et plébéien, baron et serf, maître d'un corps de métier et compagnon, bref, oppresseurs et opprimés ont été en opposition constante, ils ont mené une lutte ininterrompue, tantôt cachée, tantôt ouverte, lutte qui chaque fois s'est terminée par une transformation révolutionnaire de la société tout entière ou par la ruine commune des classes en lutte ».*

[1633] Art. 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

[1634] Art. 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

[1635] Art. 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

[1636] Art. L.1110-1 et L.1110-3 du Code de la santé publique.

[1637] Art. 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

[1638] Art. 13 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

2 - Un asservissement du plus faible par le plus fort

297. Une inégalité des parties - Les inégalités sociales se répercutent sur les comportements et les relations qu'entretiennent les acteurs présents sur la scène juridique. Outil de base de tout échange, que ce soit dans les relations de patrimoine à patrimoine ou en dehors[1639], le contrat illustre parfaitement ces répercussions. En droit des contrats, chacun est libre de contracter, de choisir son cocontractant ainsi que le contenu et la forme du contrat l'engageant[1640]. Dès lors que l'acquiescement est le fruit d'une volonté exempte de vices[1641], les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits[1642]. En vertu de la théorie de l'autonomie de la volonté, le contrat est censé être conforme à leurs intérêts respectifs.

En l'absence de tout vice du consentement, le contrat librement débattu est nécessairement équitable ; l'acceptation des parties au contrat faisant présumer que chacune d'elles s'est engagée conformément à ses ambitions. Pourtant, les réalités humaines ne se confinent pas à cette vision idéale du contrat résultant d'une conception purement libérale du droit. Nonobstant une égalité formelle des parties, le contrat implique, de manière quasi systématique, un rapport de force dont découle une inégalité matérielle. Le fait est que dans chaque contrat il y a bien souvent une partie forte et une partie faible[1643]. La partie forte dispose d'un pouvoir déséquilibrant lui permettant de conclure le contrat à son avantage. La partie faible, qu'elle soit non professionnelle ou non avertie, est incapable de résister aux sollicitations de la partie forte, professionnelle ou avertie. Forcée de souscrire et incapable de discuter les termes du contrat l'engageant, elle n'a d'autre choix que de se plier à la volonté unilatérale de la partie forte.

[1639] *Supra.* n° 147.
[1640] Art. 1102 du Code civil.
[1641] Art. 1130 du Code civil.
[1642] Art. 1103 du Code civil.
[1643] V. LASBORDES (V), *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, Toulouse I, 2000.

Libre est celui qui agit selon la nécessité de sa propre nature, mais contraint est celui qui est déterminé à agir par une nécessité extérieure à la sienne[1644]. Dans son *Essai sur le libre arbitre*, Schopenhauer démontre que la liberté réside dans l'essence de l'homme, c'est-à-dire dans la volonté et non dans l'action. L'essence de l'homme est libre, mais son action est nécessairement déterminée. *« En résumé, l'homme ne fait jamais que ce qu'il veut, et pourtant, il agit toujours nécessairement. La raison est qu'il est déjà ce qu'il veut : car de ce qu'il est découle naturellement tout ce qu'il fait »*. Il ne faut pas voir l'homme comme étant une essence rationnelle, libre et efficace. Il faut voir l'homme comme un être de passion et de faiblesse[1645]. Il faut considérer les phénomènes réels que sont les contraintes, les asymétries de pouvoirs, les inégalités, les biais cognitifs[1646]. Subordonné aux lois naturelles de la vie en société, l'homme agit sous l'influence de motifs[1647].

Pour le Professeur Muriel Fabre-Magnan, la toute-puissance du consentement donne à voir une société où les pauvres sont au service des riches, les faibles au service des puissants[1648]. Diane Roman ajoute qu'une conception absolutiste de la liberté aurait pour effet de créer une société à proprement parler invivable. Si le principe libéral repose sur la capacité du sujet à émettre des règles juridiques, à s'engager, cette liberté est heureusement limitée par la prise en compte de la situation des parties et les tentatives de pallier une situation de faiblesse[1649].

[1644] SPINOZA (B), *Lettre 58 à Schuller*, 1674 ; *« Concevez maintenant, si vous voulez bien, que la pierre, tandis qu'elle continue de se mouvoir, pense et sache qu'elle fait effort, autant qu'elle peut, pour se mouvoir. Cette pierre assurément, puisqu'elle a conscience de son effort seulement et qu'elle n'est en aucune façon indifférente, croira qu'elle est très libre et qu'elle ne persévère dans son mouvement que parce qu'elle le veut ».*

[1645] OPPETIT (B), *Philosophie du droit*, Coll. Précis, éd. Dalloz, 1999, n° 119.

[1646] CHAZAL (J-P), « Le rôle du droit dans l'économie de marché... de dupes », *D.* 2016, p. 1641.

[1647] SHAKESPEARE (W), *Roméo et Juliette*, Acte V Scène I ; *« - **ROMÉO** - Viens ici, l'ami... Je vois que tu es pauvre ; tiens, voici quarante ducats ; donne-moi une dose de poison ; mais il me faut une drogue énergique qui, à peine dispersée dans les veines de l'homme las de vivre, le fasse tomber mort, et qui chasse du corps le souffle aussi violemment, aussi rapidement que la flamme renvoie la poudre des entrailles fatales du canon ! - **L'APOTHICAIRE** - J'ai de ces poisons meurtriers. Mais la loi de Mantoue, c'est la mort pour qui les débite. - **ROMÉO** - Quoi ! Tu es dans ce dénuement et dans cette misère, et tu as peur de mourir ! La famine est sur tes joues ; le besoin et la souffrance agonisent dans ton regard ; le dégoût et la misère pendent à tes épaules. Le monde ne t'est point ami, ni la loi du monde ; le monde n'a pas fait sa loi pour t'enrichir ; viole-la donc, cesse d'être pauvre et prends ceci. - **L'APOTHICAIRE** - Ma pauvreté consent, mais non ma volonté. ROMÉO - Je paye ta pauvreté, et non ta volonté ».*

[1648] FABRE-MAGNAN (M), « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.

[1649] ROMAN (D), « « À corps défendant », La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284 ; *« La liberté serait, selon l'image classique, celle du renard dans le poulailler ».*

298. Une inégalité de traitement - À la célèbre formule de Fouillée : *« Qui dit contractuel dit juste »*, il faut préférer celle de Lacordaire : *« Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit »*[1650]. Consciente qu'elle est seule à même d'assurer le respect d'une justice objective, la loi s'est attachée à prévenir les abus pouvant résulter des contrats, notamment du fait de l'inégalité économique des parties. Le droit positif n'a ainsi pas hésité à dépasser la vision des contractants libres et égaux, au profit d'une approche plus réaliste adaptée au caractère inégalitaire des relations contractuelles contemporaines. Des matières comme le droit du travail, des assurances ou de la consommation se sont forgées sur la conscience que tout ne devrait pas céder en cas de consentement du salarié, de l'assuré ou du consommateur.

Aujourd'hui, le droit commun, lui-même, intègre des règles impératives destinées à assurer l'égalité des parties[1651]. Pour autant, cela ne veut pas dire que le déséquilibre contractuel n'a pas encore de beaux jours devant lui. Nombreux sont encore ceux qui ne semblent pas comprendre le rôle instituant du droit[1652], lequel, par sa volonté de concilier les intérêts en cause demeure à la recherche du bon compromis.

[1650] TERRÉ (F), SIMLER (P) et LEQUETTE (Y), *Droit, civil, Les obligations*, éd. Dalloz, 12ème éd., 2018, n° 33.

[1651] Au-delà du seul respect de l'ordre public et des bonnes moeurs, le droit commun des contrat défend le contractant d'abuser de l'état de dépendance dans lequel se trouverait son cocontractant, oblige le contractant à informer son cocontractant lorsque ladite information est déterminante pour le consentement, encadre la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre, prohibe les contreparties illusoires ou dérisoires, dénonce les clauses susceptibles de priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ou de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, ou précise que, dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ; Art. 6 et 1102, al. 2, du Code civil ; Art. 1143 du Code civil ; Art. 1112-1 du Code civil ; Cass. civ. 3ème, 17 janvier 2007, n° 06-10.442 ; MAZEAUD (D), « Présentation de la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 23 février 2016, n° 8, p. 15 ; Art. 1164 du Code civil ; Art. 1169 du Code civil ; Art. 1170 du Code civil ; Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632 ; Cass. com., 9 juillet 2002, n° 99-12.554 ; Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, n° 03-14.112 ; Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974 ; Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11.841 ; Art. 1171 du Code civil ; Art. L.132-1 du Code de la consommation ; Art. 1190 du Code civil ; Art. L.133-2 du Code de la consommation.

[1652] FABRE-MAGNAN (M), « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.

* * *

299. Conclusion du Chapitre I du Titre II - Tout l'enjeu est de définir dans quelle mesure la personne peut dire de son corps qu'il lui appartient. Il s'agit de savoir quelles sont les limites à imposer à cette faculté d'user et d'abuser de son corps, de ses éléments et produits. Entre extrapatrimonialité, patrimonialité d'exception et d'affection, appartenance collective et propriété privée, il est toujours question de quantifier les droits de la personne sur son corps, de les délimiter avec précision. La complexité de la démarche réside précisément dans le fait qu'il est difficile de satisfaire certains impératifs parfois antagonistes, tels que la liberté de la personne, sa dignité et sa protection[1653].

Dans sa recherche d'une qualification idéale, celle qui clarifiera enfin l'architecture complexe du régime du corps humain, de ses éléments et produits, la doctrine a partiellement cherché à s'émanciper du cadre strict de la *summa divisio* qui distingue les sujets de droit des objets de droit. Le problème c'est que la démarche consiste généralement à envisager cette qualification en prenant pour modèle les objets de droits. Cela tient certainement au fait que quel que puisse être le potentiel degré d'individualisation des éléments et produits issus du corps humain, ceux-ci demeurent fondamentalement et naturellement sous la maîtrise de la personne. Mais cette démarche rend difficile toute distinction de fond, puisque si les éléments et produits issus du corps humain en venaient à disposer d'un tel régime juridique spécifique, ils n'en demeureraient pas moins des choses. Toutefois, s'ils ne remettent pas fondamentalement en cause la division binaire de la *summa divisio*, ces propositions conduisent à observer que les frontières de celles-ci ont changé : elles se sont morcelés.

[1653] V. TERRE (F) et FENOUILLET (D), *Droit Civil*, *Les personnes*, *Personnalité-Incapacité-Protection*, Dalloz, 8ème éd., 2012, p. 70.

CHAPITRE II - LE DÉPASSEMENT DE LA DISTINCTION ENTRE PERSONNE ET CHOSE

300. Sur le modèle des personnes - Nul ne conteste que derrière la rigidité apparente de la distinction des personnes et des choses se dissimule une certaine forme de souplesse, laquelle se vérifie tant dans les différentes classifications que dans les régimes qu'elles connaissent. Pour autant, de ces deux grandes catégories, la plus souple est sans conteste celle dédiée aux choses, aux objets de droit.

En dehors de la personnalité qu'elle confère aux personnes morales, la catégorie dédiée aux sujets de droit est - faut-il le rappeler - une catégorie fermée, autrement dit, tout ce qui ne peut être considéré comme une personne, physique ou morale, est d'amblé considéré comme un objet de droit. Toute recherche d'une troisième catégorie juridique, entre personnes et choses, s'inscrit alors dans une interprétation extensive ou restrictive du droit des biens. Pour autant, il peut sembler étrange de vouloir associer des entités hétéroclites au sein d'un même ensemble juridique. Quand bien même celui-ci serait fondé sur une sous-catégorie au sein de celle dédiée aux objets de droit, il est peu probable que cet ensemble soit à même de rendre compte d'entités allant d'objets complètement inertes à des êtres bel et bien vivants. Certaines de ces entités sont par ailleurs plus proches de la catégorie des personnes que de celles des choses. Elles partagent bien plus d'affinités avec elles qu'elles n'en partagent avec des objets pour la plupart inanimés.

Le corps humain, à l'image du statut juridique de l'animal (**SECTION I**) et du statut juridique du robot (**SECTION II**), invite à dépasser la *summa divisio* des personnes et des choses, à créer des statuts juridiques hybrides, de nouvelles formes juridiques permettant d'intégrer toutes ces entités intermédiaires, oscillant entre personne et chose, être et avoir[1654].

[1654] GALLOUX (J-C) et GAUMONT-PRAT (H), « Droits et libertés corporels », *D.* 2014, p. 843 ; *« Peu à peu, se rapproche l'horizon du « post-humanisme » ou du « transhumanisme » qui ouvrira, on le souhaite, les yeux du législateur non plus sur ce qu'il nomme pudiquement des enjeux « sociétaux », mais sur des questions ontologiques décisives ».*

SECTION I - À L'IMAGE DU STATUT JURIDIQUE DE L'ANIMAL

301. L'humain et l'animal - La personnification de l'animal n'est pas chose nouvelle, pas plus que ne l'idée visant à intégrer l'animal dans une catégorie spécifique, ou à reconnaître à son endroit une certaine forme de personnalité juridique. Déjà évoquée au début du XXème siècle par certains auteurs comme Engelhardt[1655], Picard[1656], ou encore Demogue[1657], cette idée est allée de pair avec les certitudes nouvelles posées par les sciences contemporaines.

La théorie évolutionniste a révélé que chaque espèce était une transition vers la suivante. Le Darwinisme a enseigné que l'être humain n'était pas un être supranaturel, qu'il n'était qu'une émanation de la nature, tout comme le sont les végétaux et les animaux. Il n'y aurait en cela entre l'être humain et l'animal qu'une différence de degrés, non de nature. La différence est que l'être humain est devenu plus doux, plus spirituel, plus joyeux, plus réfléchi que l'animal[1658]. Et s'il n'existait point d'animaux, la nature de l'humain n'en serait que plus incompréhensible[1659].

À la fois proche et lointain, l'animal a toujours exercé une étrange fascination sur les hommes[1660]. Du culte au mépris, de la relation affectueuse à l'élevage alimentaire, l'attitude de l'être humain envers l'animal a toujours été ambivalente. Du bien meuble à l'être sensible (**Paragraphe 1**), de l'objet de droit au sujet de droit de type particulier (**Paragraphe 2**), le statut juridique de l'animal est lui-même une excellente illustration de cette ambivalence.

1655 ENGELHARDT (E), *De l'animalité et de son droit*, éd. A.Chevalier-Marescq et cie, 1900, p. 122 et s.

1656 PICARD (E), *Le droit pur*, éd. Flamarion, 1908, p. 70.

1657 DEMOGUE (R), *La notion de sujet de droit, Caractères et conséquences*, éd. Sirey, 1909, p. 10 et s.

1658 NIETZSCHE (F), *Le voyageur et son ombre*, éd. Robert Laffont, 1993, p. 953.

1659 LECLERC DE BUFFON (G-L), *Discours sur la nature des animaux*, 1753 ; BONNOT-DE-CONDILLAC (E), *Traité des animaux*, 1755 ; *« Il serait peu curieux de savoir ce que sont les bêtes, si ce n'était pas un moyen de savoir ce que nous sommes ».*

1660 Dans les légendes, la religion, le folklore, les récits, l'art, la pensée, etc., l'animal a sans équivoque brillé par sa présence, à la fois terrifiant et fascinant, à la fois objet de peurs et de fantasmes. Créatures de légendes, centaures, minotaures et autres dieux anthropomorphes, sont alors autant de symboles aux travers lesquels l'homme a été amené à confesser à la fois l'exaltation et l'appréhension qu'il ressent naturellement face au monde animal et à sa richesse ; V. RONECKER (J-P), *Le symbolisme animal, Mythes, croyances, légendes, archétypes, folklore, imaginaire...*, éd. Dangles, 1999 ; V. SOHM-BOURGEOIS (A-M), « La personnification de l'animal, une tentation à repousser », *D.* 1990, Chron. p. 33.

Paragraphe 1 - Du bien corporel à l'être sensible

302. Un animal reconsidéré - Convaincu d'avoir été créé à l'image du divin[1661], l'être humain s'est épris - comme Narcisse - du reflet de son propre visage. Suivant un discours hiérarchique, il a scandé sa supériorité, notamment sur l'animal. Qualifié d'être sans parole ni intention, celui-ci agirait, par pur instinct. Assimilable à une machine, il n'aurait nul besoin de la conscience pour agir, car il peut réussir sans comprendre le sens de ce qu'il fait[1662].

C'est suivant ces mêmes considérations que le Code civil qualifia en 1804 l'animal de bien meuble[1663], achetable et vendable comme d'autres possessions. Quant aux animaux sauvages, tels que le gibier, ils ont été qualifiés de *res nullius*, de choses sans maître. Dénué de personnalité juridique, l'animal, intégré au patrimoine de son propriétaire, est devenu un objet sur lequel peut exister des droits subjectifs. Source de revenus pour les humains, l'animal fut ainsi inscrit au rang des choses sur lesquelles l'homme peut exercer en maître les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété.

Longtemps considéré comme un meuble par nature ou un immeuble par destination (A), l'animal a finalement été reconnu comme un être vivant doué de sensibilité (B). C'est que l'évolution des moeurs a marqué la nécessité de procéder à des pratiques plus respectueuses à son endroit. Face à l'attente sociétale forte, le bien-être des animaux d'élevage, de compagnie, de loisir ou encore de ceux utilisés à des fins scientifiques est devenu l'objet d'une véritable politique réglementaire d'envergure tant au niveau international, qu'au niveau national[1664].

[1661] *Génèse*, 1:26-27.

[1662] DESCARTES (R), *Discours de la méthode*, 1637, V ; *Lettre au marquis de Newcastle*, 23 novembre 1646 ; Fort de ces certitudes, Descartes - s'opposant explicitement à une conception montaignienne de l'animal - affirmait qu'il serait un jour possible de créer une machine qui ne soit pas indifférenciable d'un animal. Montaigne, s'il n'emploie pas explicitement le terme de sujet pour qualifier l'animal, le considère, quant à lui, proche de l'homme. Il lui prête une capacité à raisonner, à faire des choix, au même titre que l'homme. Mais ce qui est intéressant c'est que la terminologie cartésienne viendra à être reprise pour appréhender le corps humain spécifiquement.

[1663] Anciens Art. 522, 524 et 528 du Code civil ; Loi n° 1804-01-25, promulguée le 4 février 1804.

[1664] V. Stratégie de la France 2016-2020, Le bien-être animal au cœur d'une activité durable .

A - MEUBLE PAR NATURE OU IMMEUBLE PAR DESTINATION

Au Moyen-âge, puis à la Renaissance se mêlent deux conceptions de l'animal : une conception de l'animal humanisé et une conception de l'animal-objet. Considérée suivant son seul intérêt pour l'économie rurale et agricole, la question du statut juridique de l'animal n'a pas suscité d'interrogations particulières lors de l'élaboration du Code civil. Placé sous la responsabilité de son maître, l'animal est considéré comme une chose susceptible d'occasionner des dommages (***1***). Toutefois il a fallu reconnaître que l'animal était aussi une chose susceptible d'être endommagée (***2***) ; qu'à ce titre il fallait lui accorder une protection particulière, et donc lui réserver un traitement privilégié.

1 - Une chose susceptible d'occasionner des dommages

303. L'animal médiéval - Au Moyen Âge, les originalités judiciaires étaient fort nombreuses et variées. L'histoire de la jurisprudence offre à ce sujet de nombreux exemples de procès dans lesquels figuraient des taureaux, des vaches, des chevaux, des porcs, des truies, des coqs, des rats, des mulots, etc., dont la liberté d'aller et venir dans les rues de certaines localités avait donné lieu à certains incidents. Pénalement responsables, moralement perfectibles, les animaux étaient soumis à l'action de la justice pour les faits condamnables dont ils étaient responsables[1665]. Assignés personnellement[1666] et punis à la manière des humains, les animaux ont ainsi disposé de capacités leur permettant d'exercer leur responsabilité. Devenus, comme les hommes, des êtres vivants susceptibles de commettre de bonnes, mais aussi de mauvaises actions, les animaux pouvaient même comparaitre habillés en homme[1667].

[1665] BLAGNY (P), *L'animal considéré comme un être physiologiquement sensible en droit pénal français*, Thèse, Dijon, 1967, p. 5 et s.

[1666] *« Sauf s'il s'agit d'animaux sur lesquels on ne peut mettre la main, tels que des insectes ou d'autres bêtes nuisibles à la terre Auquel cas, ce n'est pas devant le tribunal criminel ordinaire que l'on traduira ces délinquants insaisissables, mais devant le tribunal ecclésiastique, c'est-à-dire devant l'officialité, qui en rapport avec la Divinité, saura bien atteindre les coupables ».*

[1667] V. AGNEL (E), *Curiosités judiciaires et judiciaires du Moyen Âge. Procès faits aux animaux*, Vol. 1, éd. J.B. Dumoulin, 1858 ; En 1386 une sentence du juge de Falaise condamna une truie à être mutilée à la jambe et à la tête, et successivement pendue pour avoir déchiré au visage et au bras et tué un enfant. On voulut infliger à l'animal la peine du talion. Cette truie fut exécutée sur la place de la ville, en habit d'homme.

À cette époque, le droit n'avait pas pour fonction principale celle de punir l'intention de nuire, il s'agissait de constater et de condamner l'acte délictueux pour lui-même, en pratiquant une sorte de vengeance[1668]. Ces procès étaient avant tout une sorte de rite, un cérémonial dont l'objectif était de purifier, d'apaiser une société dont l'ordre établi avait été mis à mal par un animal coupable[1669]. Les mémoires de la Société des Antiquaires de France de 1829 font toutefois état de quatre-vingt-quinze condamnations prononcées contre les animaux du royaume de France entre 1120 et 1741.

304. L'animal de 1804 - La modernité a mis un terme au processus de personnification de l'animal. En droit civil, comme en droit romain, celui-ci est alors - en raison de son intérêt pour l'économie - assimilé, soit à un meuble par nature, en raison de sa mobilité[1670], soit à un immeuble par destination, lorsqu'il est placé par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds[1671]. L'animal, considéré selon son seul aspect économique n'est ainsi appréhendé qu'en fonction des litiges qui peuvent naître de sa propriété et des dommages qu'il est susceptible d'occasionner[1672]. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui en a l'usage, est alors tenu responsable des dommages que l'animal peut causer, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé[1673].

Quel qu'il soit, l'animal n'a pas la personnalité juridique, il ne peut ainsi être directement gratifié d'une libéralité, même si rien n'empêche de le considérer comme le bénéficiaire d'une charge imposée par le disposant à la personne gratifiée[1674]. Il est donc impossible de passer un contrat avec un animal de lui faire un don, un legs. L'animal ne peut être donataire ou légataire[1675]. Il figure - à l'instar de tout autre bien patrimonial - à l'actif du patrimoine de son propriétaire, lequel bénéficie à son endroit des prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété. Suivant cet état, l'animal peut

---

[1668] DESMOULIN (S), *L'animal, entre science et droit*, Thèse, Paris I, éd. PUAM, 2006, t. 2, n° 802 et s.
[1669] DABOVAL (B), *Les animaux dans les procès du Moyen Âge à nos jours*, Thèse pour le doctorat vétérinaire, Créteil, 2003, p. 29.
[1670] Ancien Art. 528 du Code civil.
[1671] Ancien Art. 524 du Code civil.
[1672] Cass. civ. 2ème, 20 novembre 1970, n° 69-13.434 ; Cass. crim., 11 juillet 1974, n° 74-90.416 ; Cass. civ. 2ème, 22 février 1984, n° 82-17.061 ; Cass. civ. 2ème, 19 février 1992, n° 90-14.470 .
[1673] Ancien Art. 1385 et Art. 1243 du Code civil.
[1674] V. GARNOT (M), *Les animaux bénéficiaires de libéralités*, thèse, Rennes, 1934.
[1675] Cass. civ. 1ère, 8 octobre 1980, n° 79-14618.

être revendiqué en cas de dépossession. Le propriétaire d'un animal peut en cette qualité en user, en percevoir les fruits par voie de simple accession et enfin en disposer, puisqu'il peut sous certaines conditions vendre, donner ou même détruire l'animal[1676]. Étant soumis au régime des biens, l'animal peut faire l'objet de contrats. Les animaux ou leurs produits peuvent donc faire l'objet de cessions, de prêts à usage[1677] et de suretés[1678]. Ils font également l'objet d'actions en vices cachés[1679].

2 - Une chose susceptible d'être endommagée

305. L'intérêt du propriétaire - À l'origine, la protection de l'animal est une préoccupation étrangère au Code civil. En 1804, il est une chose exploitée bien plus que protégée[1680]. Mais la société française a énormément évolué depuis l'adoption du Code civil. Progressivement, est apparue en France la volonté de mieux prendre en compte l'animal, ainsi que les traitements qui pouvaient lui être infligés. Conscient notamment de l'intérêt économique qu'il était possible de tirer d'un meilleur traitement appliqué aux animaux, certaines règles protectrices ont été mises en place, comme la loi Grammont du 2 juillet 1850 condamnant les mauvais traitements envers les animaux domestiques. Subordonnée à une condition de publicité, la loi s'était toutefois trouvée cantonnée à un cadre strictement axé autour de l'ordre public et de sa moralité, ne visant ainsi qu'à préserver la seule sensibilité humaine du spectacle qu'offrait alors la souffrance des animaux. Subséquemment abrogée par le décret n° 59-1051 du 7 septembre 1959, la loi Grammont a ensuite été remplacée par la loi n° 63-1143 du 19 novembre 1963 incriminant les actes de cruauté envers les animaux domestiques et assimilés, et cela sans condition de publicité dans leur commission. En outre, le texte de 1959 a introduit une autre innovation importante : la remise de l'animal à une oeuvre de protection.

[1676] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 38..
[1677] Art. 1875 et s. du Code civil.
[1678] Art. 2323 et s. du Code civil.
[1679] Art. L.213-1 à L.213-9, Art. R.213-1, R.213-2, R.213-5 et R.213-6 du Code rural et de la pêche maritime.
[1680] RINGEL (F) et PUTMAN (E), « L'animal aimé par le droit », *RRJ*, 1995, p. 15.

Les premières lois relatives aux animaux étaient chargées de préoccupations anthropomorphiques, n'ayant finalement pour seul but que de protéger les intérêts humains en ne s'intéressant qu'aux animaux élevés par l'Homme pour son bénéfice ou son plaisir. L'animal est alors protégé en fonction d'un intérêt tout à fait particulier, intimement lié à la valeur affective qui lui est portée. Le 16 janvier 1962, la Cour de cassation a notamment estimé : *« Qu'indépendamment du préjudice matériel qu'elle entraine, la mort d'un animal peut être pour son propriétaire la cause d'un préjudice d'ordre subjectif et affectif susceptible de donner lieu à réparation »*[1681]. Cette valeur affective confère au propriétaire, lorsque l'animal est tué, une indemnisation correspondant à la fois à sa valeur vénale et à sa valeur affective[1682]. Pour le juge : *« Il est certain que les intérêts d'affection méritent protection, qu'il s'agisse d'un être humain ou d'un animal d'intérieur qui, comme le chien, inspire un grand attachement à son maître, dont il est le compagnon »*[1683]. L'être humain peut ressentir un préjudice affectif pour la perte d'un animal au même titre que pour la perte d'un membre de la famille.

306. L'intérêt de l'animal - Cet élan va néanmoins être à l'origine d'une véritable Révolution théorique, laquelle va permettre le passage d'une conception humanitaire de la protection animale à une conception attachée à l'intérêt propre de l'animal. Cette conception va faire de l'animal considéré en lui-même la valeur protégée à la place de la sensibilité des êtres humains qui le voyaient souffrir[1684]. La loi n° 76-629 du 10 juillet 1976, par exemple, est allée jusqu'à prévoir en son article 9 que l'animal devait *« être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce »*[1685]. Reconnaissant l'existence d'intérêts qui n'appartiennent à personne, la loi met à la charge du propriétaire de l'animal une obligation positive visant à veiller à son bien-être. Si la sujétion du maître à des obligations du fait de l'animal est classique à cette époque, autrement neuve est la sujétion du maître à des obligations en sa faveur.

[1681] Cass. civ. 1ère, 16 janvier 1962.
[1682] CA d'Aix en Provence, 2 septembre 1998 ; CA de Toulouse, 1er mars 2006.
[1683] TGI de Caen, 30 octobre 1962.
[1684] MARGUENAUD (J-P), *Nous et l'animal*, Colloque, Palais du Luxembourg, 7 février 2014.
[1685] Art. L.214-1 du Code rural.

De son côté, le Code pénal de 1994 a marqué une étape supplémentaire dans la protection animale[1686]. Au-delà de la responsabilité civile du fait des animaux qui suppose un dommage causé à un tiers, les contraventions de deuxième et de troisième classe édictées par les articles R.622-2 et R.623-3 du Code pénal sont constituées alors même qu'il n'en résulterait aucun dommage. Pour Françoise Ringel et le Professeur Emmanuel Putman, ces sujétions pénales, comme la sujétion civile - bien que non imposées en faveur de l'animal, mais en faveur de la collectivité ou de la victime - vont favoriser la sauvegarde de l'intérêt de l'animal ; notamment dans la mesure où le pouvoir de libre disposition que ces textes reconnaissent aux oeuvres de protection animale ne conduit pas fatalement à la destruction de l'animal et peut se traduire par son placement auprès d'un nouveau maître[1687]. Considéré comme un meuble qu'il convient ni de battre ni d'abandonner, sous peine de prison, le propriétaire de l'animal est tenu de se comporter envers lui selon une éthique sanctionnée par la loi pénale.

Dans sa refonte du Code pénal, le législateur avait envisagé de classer les infractions en trois catégories : celle des crimes et délits contre les personnes, celle des crimes et délits contre les biens et celle des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique. Seulement, rattacher le délit d'actes de cruauté envers les animaux domestiques apprivoisés ou tenus en captivité, à la catégorie des infractions contre les biens risquait de ne plus tenir compte des incessants progrès de la protection de l'animal. À la faveur de deux amendements, les infractions contre les animaux ont ainsi été placées dans une catégorie distincte intitulée « Des autres crimes et délits ». Fort de cette nouvelle catégorie d'infractions, le Code pénal a marqué la distinction entre l'animal « être vivant » et les autres biens de nature matérielle[1688]. Cette distinction est pourtant absente du Code civil de l'époque, celui-là même qui, selon le Doyen Carbonnier, est le seul à pouvoir assurer la présence du droit dans la conscience collective[1689].

[1686] Ancien Art. 511-1 du Code pénal ; Art. R.622-2, R.623-3, R.653-1, R.654-1, et R.655-1 du Code pénal.

[1687] RINGEL (F) et PUTMAN (E), « L'animal aimé par le droit », *RRJ*, 1995, p. 15.

[1688] MARGUENAUD (J-P), « L'animal dans le nouveau Code pénal », *D.* 1995, p. 190 ; *« On glosera sans doute beaucoup sur la portée symbolique de la loi n° 94-653 du 29 juill. 1994 qui a trouvé judicieux d'augmenter et d'aménager le livre V afin que les infractions destinées à protéger l'espèce humaine, le corps humain et l'embryon humain précèdent mais côtoient le délit d'acte de cruauté envers les animaux ».*

[1689] CARBONNIER (J), *Les lieux de mémoires*, sous la direction de NORA (P), t. 2, éd. Gallimard, 1986, p. 293.

B - UN ÊTRE VIVANT DOUÉ DE SENSIBILITÉ

La nécessité de procéder à des pratiques plus respectueuses à l'endroit de l'animal a marqué le début de la prise en compte de sa sensibilité. La société française dans son ensemble a souhaité que l'animal bénéficie d'une protection accrue, mais aussi qu'évolue sa qualification juridique (***1***). Or, malgré cette évolution, le régime juridique de l'animal, est demeuré attaché à celui des biens (***2***).

1 - L'évolution de la qualification juridique de l'animal

307. Une clarification sémentique - Faisant écho aux idées et aux mouvements qui se sont développés durant le XIXème siècle sur la recherche des origines humaines[1690] et l'étude du vivant, l'être humain a été amené à reconsidérer la condition animale. En levant le voile sur les aptitudes méconnues de certaines espèces, la science a en effet souligné que certaines facultés n'étaient peut-être pas exclusives au seul genre humain[1691]. Ainsi que le soulignaient Diderot et d'Alembert : *« Si l'on parcourt toutes les propriétés connues de l'animal, on n'en trouvera aucune qui ne manque à quelqu'être auquel on est forcé de donner le nom d'animal, ou qui n'appartienne à un autre auquel on ne peut accorder ce nom »*[1692]. Ceci étant, l'idée s'est répandue que l'animal pouvait éprouver un ensemble de sentiments positifs ou négatifs, depuis la douleur et la peur jusqu'au plaisir et la joie. Dès lors, le centre d'intérêt s'est progressivement détourné de l'homme pour mieux s'axer sur le caractère réceptif de l'animal[1693].

[1690] V. DARWIN (C), *L'origine des espèces*, éd. Flammarion, 2009.

[1691] Comme chez ce singe porteur du gène nécessaire à l'acquisition du langage, chez ce chimpanzé montrant une capacité à anticiper le futur ou chez ce gorille initié aux techniques du langage, l'homme s'est rendu compte que de nombreuses caractéristiques qu'il croyait jusqu'alors uniques et réservés au seul genre humain, n'était plus l'apanage de sa seule espèce mais existait bien à des degrés divers chez l'animal ; CAVICCHIOLI (L), « Les corneilles sont bien malignes comme des singes », Science & Vie, février 2014, n° 1157, p. 18 ; VIEGAS (J), « Zoo chimp plots stone throwing attacks », Discovery news, 9 Mars 2009 ; SCHROEDER (B), *De l'homme à l'animal (et vice versa),* relativement aux travaux du Dr Penny Patterson, Centre Pompidou, 9 mars 2013.

[1692] DIDEROT et D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, animal, t. 1, 1751, p. 468.

[1693] Art. R.654-1 du code pénal ; *Convention européenne pour la protection des animaux de compagnie* du 13 novembre 1987 ; *Déclaration universelle des droits de l'animal* du 15 octobre 1978, Révisée en 1989 ; Protocole n° 10 annexé au Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

Pour la première fois, dans l'histoire du droit de l'animal, l'article 9 de la loi du 10 juillet 1976 lui reconnaît la nature « d'être sensible »[1694]. Consacrée à l'article L.214-1 du Code rural et de la pêche maritime, cette nouvelle qualification est tout de suite devenue une référence pour le droit de la protection animale. Malgré l'évolution progressive de la jurisprudence qui reconnaît à l'animal « *une forme d'intelligence et de sensibilité »*[1695], il restera de nombreuses années le seul texte à faire référence à l'animal en ces termes[1696]. En effet, bien que pressé par une conscience collective majoritairement en faveur d'une réforme du statut de l'animal[1697], ce n'est que treize années plus tard que le Code civil se résoudra lui-même à amorcer une revalorisation de l'animal.

En 1999[1698], le législateur va prendre l'initiative de modifier les articles 524 et 528 du Code civil afin de distinguer parmi les immeubles par destination les animaux des objets, et parmi les meubles les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à l'autre. Mais cette loi, bien qu'opérant une distinction entre les animaux et les autres corps inanimés, n'a pas sorti l'animal de la catégorie juridique des choses, pas plus d'ailleurs qu'elle n'a reconnu son caractère sensible. Elle s'est contentée d'une modification rédactionnelle, et a laissé les animaux demeurer des biens meubles. Le Code civil est de fait resté en contrepieds des conséquences tirées par le Code pénal et le Code rural, laissant du même fait subsister une discordance, un frein dans l'interprétation et l'application par le juge des règles protectrices des animaux contenus dans ces mêmes Codes[1699].

308. Une harmonisation juridique - Depuis l'entrée en vigueur, le 1er décembre 2009, du Traité de Lisbonne le bien-être animal et la reconnaissance des animaux en tant qu'êtres sensibles ont aussi fait leur apparition dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[1700].

[1694] Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.
[1695] CA d'Amiens, 16 septembre 1992.
[1696] L'article L.214 du Code rural et de la pêche maritime donnera même son nom à la célèbre association de protection animale.
[1697] À l'initiative notamment de la Ligue des droits de l'animal qui avait fait déposer une proposition de loi en ce sens dès 1994 ; ANTOINE (S), « La loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 et la protection animale », *D.* 1999, p. 167.
[1698] Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999, relative aux animaux dangereux enterrant et à la protection des animaux.
[1699] MARGUENAUD (J-P), *Nous et l'animal*, Colloque, Palais du Luxembourg, 7 février 2014.
[1700] Révision du Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957.

Le 16 février 2015[1701], c'est enfin au tour du droit civil de reconnaître que les animaux ne sont plus pleinement considérés comme des biens meubles ou comme des immeubles par destination. Faisant écho à une pétition lancée par la fondation 30 Millions d'amis, qui a rassemblé près de 700.000 signatures et reçu le soutien de 26 intellectuels, un article 515-14 est ainsi introduit dans le Code civil, précisant que les animaux sont désormais *« des êtres vivants doués de sensibilité »*. Visant à rompre avec la qualification traditionnelle de l'animal, l'objectif annoncé de cette modification était de consacrer l'animal, en tant que tel, dans le Code civil afin de mieux concilier sa qualification juridique et sa valeur affective[1702]. Il s'agissait de parvenir à un régime juridique cohérent, et donc de procéder à une harmonisation de nos différents Codes. Cette requalification/ harmonisation de l'animal devait ainsi permettre de réprimer les mauvais traitements en dehors de textes spéciaux. Elle aura notamment pour conséquences d'indemniser le maître du préjudice moral découlant de la perte de son animal[1703]. Pour autant, si elle met l'accent sur les lois spéciales qui les protègent, elle soumet aussi expressément les animaux au régime juridique des biens corporels.

2 - La permanence du régime juridique des biens

309. Une évolution sans effet - L'amendement n° 59, adopté le 15 avril 2014, dans le cadre d'un projet de loi de modernisation et de simplification du droit - texte qui traite aussi bien des tribunaux fonciers en Polynésie, des procédures de tutelle ou du droit des obligations - a suscité un grand scepticisme[1704]. Qu'ils soient éleveurs ou défenseurs de la cause animale, nombreux ont été ceux à s'interroger quant à l'effectivité de ses effets pratiques et normatifs. Face aux réactions et aux nombreuses inquiétudes, notamment de la part des éleveurs, l'Élysée a précisé que *« la reconnaissance de cette qualité ne modifie pas le régime applicable aux animaux »*. Conformément à ce qu'avait déclaré le président

---

[1701] Loi n° 2015-177 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

[1702] Exposé sommaire de l'amendement n° 59 présenté à l'AN le 11 avril 2014 par GLAVANY (J), CAPDEVIELLE (C), UNTERMAIER (C) et les membres du groupe socialiste, républicain et citoyen.

[1703] TGI de Lille, 23 mars 1999.

[1704] V. Proposition de loi n° 4495 relative à la protection animal, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 avril 2012 ; Cette proposition suggérait déjà cette modification du Code civil.

de la République, les devoirs des opérateurs économiques, ainsi que la fonction économique des animaux de rente ne sont pas remis en cause. Aucun droit nouveau n'est créé pour les animaux, lesquels demeurent protégés par les dispositions du Code rural et du Code pénal interdisant les mauvais traitements et assurant leur bien-être. En revanche, cet amendement permet de faire figurer dans le Code civil les dispositions relatives au statut de l'animal introduites dans le Code rural en 2001 et dans le Code pénal en 2006[1705].

Pour Nicolas Roux, la nouvelle qualification d'être doué de sensibilité ressemble plus à la définition d'un dictionnaire qu'à une définition juridique. Dans le Larousse en effet, la définition de l'animal est la suivante : *« être organisé, doué de mouvement et de sensibilité, et capable d'ingérer des aliments solides à l'aide d'une bouche »*. Cette définition, très proche de celle choisie par le législateur traduit plus un besoin de satisfaction des défenseurs de la cause animale qu'une modification du droit applicable en la matière[1706]. La prudence est ici préférée au bouleversement des structures traditionnelles.

310. Une évolution avortée - L'évolution du statut juridique de l'animal aurait dû signifier une reconnaissance de la nécessité de procéder à des pratiques respectueuses de son caractère sensible. Pour autant, cette catégorie particulière d'êtres vivants est dénuée de régime propre et reste soumise au régime du droit des biens. *In fine*, la loi de 2015 est dépourvue de tout réel effet normatif. Si les animaux ne sont plus des biens corporels, ils n'en demeurent pas moins soumis à leur régime. La nouvelle qualification juridique de l'animal ne le soustrait pas du régime des biens : l'animal demeure traité et donc considéré comme un bien corporel. Dès lors, la distinction entre les meubles et les immeubles de l'article 516 du Code civil garde un sens pour les animaux qui se verront appliquer par exemple le régime des immeubles par destination lorsque ceux-ci sont affectés à l'usage d'une exploitation, sans être eux-mêmes des immeubles par destination. Quant aux animaux soumis au régime des biens meubles, la célèbre règle selon laquelle *« en fait de*

[1705] L'ancien président de la République : François Hollande, répondant aux questions de La France Agricole lors d'un entretien du15 février 2014, et plus spécifiquement à la question « *Faut-il légiférer sur le statut de l'animal ? »*.

[1706] ROUX (N), « Le nouveau statut juridique de l'animal : une idée audacieuse pour une réforme inaffective », *LPJ*, 17 juillet 2015.

meuble, la possession vaut titre »[1707] va continuer à s'appliquer, lorsque bien évidemment il y a réunion de son élément matériel et psychologique[1708]. La loi conserve ainsi les animaux dans la sphère patrimoniale des personnes, et ce malgré un statut juridique propre. Les animaux sont toujours la propriété de leur maître, lequel peut toujours peut exercer à leur endroit les prérogatives que la loi attache, *a priori* sans distinction, à la propriété.

Or, il reste intéressant de noter qu'il aurait pu en être autrement s'il n'avait pas été décidé en dernier lieu de remplacer l'amendement plus ambitieux qui avait été proposé afin de lever cette ambivalence. Retirée avant séance, cette proposition d'amendement avait pour objet de consacrer l'animal, en tant que tel, dans le Code civil afin de mieux concilier sa qualification juridique et sa valeur affective. Souhaitant donner une définition de l'animal et de soumettre expressément les animaux au régime juridique des biens corporels en mettant l'accent sur les lois spéciales qui les protègent, elle proposait en effet de créer dans le Code civil une catégorie *sui generis*, intermédiaire entre les personnes et les biens[1709].

Considérant l'existence de sujets de dispositions médiats, dont les intérêts ne peuvent être gérés que par autrui - comme l'incapable majeur ou mineur, la personne morale - l'objectif est de parvenir à un régime juridique de l'animal cohérent. Cette volonté va parfois jusqu'à militer pour la reconnaissance au profit de l'animal d'une certaine forme de personnalité, laquelle tente depuis de nombreuses années les défenseurs de la cause animale : tous ceux qui pensent que ce serait une exagération que de prétendre organiser toute protection de l'animal sans lui faire quitter son statut réel, simplement par limitation des trois prérogatives traditionnelles du droit de propriété.

[1707] Art. 2276, al. 1 du Code civil.

[1708] CARBONNIER (J), *Droit civil*, *Les biens, Les obligations,* t. 2, éd. Puf, 2ème éd, coll. Quadrige, 2017, n° 781.

[1709] AN, 11 avril 2014, Modernisation et simplification du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures - (n° 1808), Amendement n° 24 présenté par M. GLAVANY, M. FOURAGE, Mme DESCAMPS-CROSNIER et les membres du groupe socialiste, républicain et citoyen ; *« I. – Le code civil est ainsi modifié : A. – Le livre II est ainsi modifié : 1° Au début de l'intitulé, sont insérés les mots : « Des animaux, » ; 2° Au début, il est inséré un titre préliminaire ainsi rédigé : « Titre préliminaire : Des animaux « Art. 515−14. – Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens corporels. » 3° L'article 522 est ainsi modifié : « a) Au premier alinéa, le mot : « censés » est remplacé par les mots : « soumis au régime des » ; « b) Au second alinéa, après le mot : « sont », sont insérés les mots : « soumis au régime des » ; 4° L'article 524 est ainsi modifié : « a) Au premier alinéa, les mots « animaux et les objets » sont remplacés par le mot : « biens » ; « b) Les troisième, sixième, septième et neuvième alinéas sont supprimés ; […] ».*

Paragraphe 2 - De l'objet de droit au sujet de droit de type particulier

311. Fiction de personnalité - Suivant le premier alinéa de l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'animal du 15 octobre 1978 : *« La personnalité juridique de l'animal et ses droits doivent être reconnus par la loi »*. En France, la controverse doctrinale touchant au statut juridique de l'animal s'est engagée dès le début du XIXème siècle[1710]. Comme pour l'embryon ou plus globalement pour les éléments et produits issus du corps humain, la question s'est posée de savoir si sa particularité ne justifiait pas à son endroit la reconnaissance d'un statut tout aussi particulier. Une partie de la doctrine a notamment estimé que la sensibilité de l'animal le fait si fondamentalement ressembler à l'homme, que cette même sensibilité devrait le rendre semblablement sujet de droit[1711]. La jurisprudence a parfois elle-même rejoint l'idée selon laquelle : *« Depuis la loi du 2 juillet 1850, dite loi Grammont, les efforts du législateur ont tendu vers une protection plus grande et plus efficace de l'animal, devenu sujet de droit en 1976 »*[1712].

De ce constat, certains souhaitent que l'animal devienne une personne juridique assimilable à l'homme, qu'il jouisse d'une personnalité calquée sur celle des personnes physiques. Opposés à l'idée d'un animal « personnifié » (A), d'autres sont davantage favorables à l'idée d'un animal « *sui generis* », entre personne et chose (B).

A - UN ANIMAL « PERSONNIFIÉ »

Il y a certes entre les animaux et les hommes des ressemblances qui peuvent pousser à la tentation de les confondre dans le même statut en les plaçant à égalité devant le problème de l'attribution de la personnalité juridique. Pour autant, s'il est apte à être titulaire de droit (***1***), l'animal demeure inapte à être assujetti à des obligations (***2***).

[1710] V. CHAUVET (D), *La personnalité juridique des animaux jugés au Moyen Âge (XIIIe-XVIe siècles)*, éd. l'harmattan, 2012.

[1711] MARGUENAUD (J-P), « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205 ; « Cette conclusion anthropomorphique a été dégagée aussi bien par des auteurs attachés à la promotion du droit des animaux que par les théoriciens de la personnalité juridique ».

[1712] Trib. corr. de Strasbourg, 19 mai 1982 ; *« Tout animal est un être sensible ce qui exclut absolument la notion de chose »* ; TI de Paris, 2 mai 1985 ; *« En l'évidence inapplicable en l'espèce, un chien domestique n'étant en urne une chose »*.

1 - Une aptitude à être titulaire de droits

312. Une capacité de jouissance - Anne-Marie Sohm-Bourgeois constate que certains auteurs ont critiqué l'attribution de droits subjectifs au profit de l'homme pour ne lui accorder qu'une simple fonction dans la société[1713], alors que d'autres en sont venus à lutter pour que l'animal en soit doté[1714]. Peu enclins à penser comme Emmanuel Mounier qu'il faut poser en règle absolue que toute société temporelle n'existe qu'en vue du bien propre des personnes[1715], de nombreux juristes ont exprimé leur assentiment à faire de l'animal un sujet de droit[1716]. À leurs yeux, il n'y a pas de raison pour qu'une entreprise ait droit à un statut juridique, alors même qu'il s'agit d'une entité virtuelle, et que d'autres formes de vie que les nôtres n'aient pas le droit à une personnalité juridique. L'idée est que l'animal possède désormais en droit positif un intérêt propre juridiquement protégé[1717].

Depuis la disparition de la condition de publicité initialement exigée par la loi Grammont, l'animal n'est plus uniquement protégé dans un intérêt public ou dans l'intérêt privé de certaines personnes. Pour le Professeur Jean-Pierre Marguénaud, directeur de la *Revue semestrielle de droit animalier* : *« Dans la mesure où il est protégé pour lui-même y compris contre son propriétaire, l'animal n'est plus une chose appropriée »*. Il n'est plus soumis aux *« énergiques prérogatives qui découlent de l'article 544 du Code civil »*. L'auteur relève que : *« Ces restrictions ont toujours été mises en oeuvre ou bien dans un intérêt public ou bien dans l'intérêt privé de certaines personnes proches de la chose : jamais personne n'a prétendu, à notre connaissance, que le droit de propriété pouvait être limité dans l'intérêt de la chose appropriée elle-même. Une telle affirmation serait d'ailleurs une incongruité juridique. En effet, le droit de propriété est le plus énergique des droits réels qui confèrent à leur titulaire un pouvoir direct immédiat sur une chose. Or, admettre des limitations aux prérogatives du propriétaire dans l'intérêt de la chose*

[1713] V. DUGUIT (L), *Traité de droit constitutionnel*, t.1, éd. De Boccard, 3ème éd., 1927.
[1714] SOHM-BOURGEOIS (A-M), « La personnification de l'animal, une tentation à repousser », *D.* 1990, p. 33.
[1715] MOUNIER (E), *Révolution personnaliste et communautaire*, éd. Montaigne, 1935, p. 206 ; LEGEAIS (R), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, éd. Puf, 1991, p. 194.
[1716] GOUBEAUX (G), *Traité de droit civil. Les personnes*, éd. LGDJ, 1989, p. 16.
[1717] MARGUENAUD (J-P), « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205.

appropriée, ce serait dresser, entre cette chose et le pouvoir s'exerçant sur elle, un écran excluant immanquablement le caractère direct, immédiat qui participe de l'essence même des droits réels et a fortiori du plus énergique d'entre eux. Ainsi y a-t-il une incompatibilité logique entre droit de propriété et limitation dans l'intérêt de la chose appropriée »[1718].

De l'existence de devoirs envers les animaux, il est possible d'en déduire qu'ils ont aussi des droits, ces droits étant l'envers des devoirs envers eux. Comme le précise André Comte-Sponville : *« Retenons seulement que droits et devoirs sont indissociables, et que les droits de l'homme, spécialement, ne sont définis que par les devoirs que tout homme doit respecter vis-à-vis de tout homme. Pourquoi dès lors, si nous acceptons de parler de nos droits (parce que les autres ont des devoirs envers nous), refuserions-nous de parler, puisque nous avons des devoirs envers eux, de droits des animaux ? Si nos devoirs font nos droits, pourquoi ne ferait-il pas aussi les leurs ? »*[1719].

313. Une incapacité d'exercice - Il est admis que : *« L'animal ne peut être considéré comme une victime au sens de la loi puisque le terme de « victime », au sens de la loi, ne peut désigner que des personnes et exclut les animaux qui ne peuvent être des sujets de droit »*[1720]. L'animal en tant qu'individu ne peut être représenté devant les juridictions puisqu'il n'accède pas à la qualité de sujet de droit. Le maître de l'animal peut toutefois agir devant toutes les juridictions, en sa qualité de propriétaire, pour la défense de son intérêt propre, mais aussi pour la défense de celui de son animal lorsque celui-ci est convergent avec le sien[1721]. Les mauvais traitements et les actes de cruauté peuvent être poursuivis par le ministère public, par des services étatiques de protection animale ou par l'action d'associations de protection animale. Le Code de procédure pénale, en son article 2-13, reconnaît effectivement aux associations oeuvrant pour la défense et la protection des animaux, la possibilité d' exercer les droits reconnus à la partie civile pour défendre les intérêts des animaux. Il existe aujourd'hui une forme de représentation indirecte de l'intérêt de l'animal.

[1718] MARGUENAUD (J-P), « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205.
[1719] COMTE-SPONGILLE (A), « Sur le droit des animaux », *Rev. Esprit*, décembre 1995, p. 142.
[1720] CA de Bordeaux, 3 mai 2004.
[1721] Cass. civ. 1ère, 8 octobre 1980, n° 79-14618.

Duguit, dans son célèbre *Traité de droit constitutionnel*, a opéré entre l'animal, l'enfant non émancipé et la personne atteinte de maladie mentale un rapprochement particulièrement intéressant[1722]. Leur intelligence et leur conscience du droit étant, d'aucuns n'est en mesure d'exercer lui-même les droits dont il est titulaire. L'animal dispose de droits mais ne peut s'en servir. Comme l'enfant et l'animal, il est représenté dans l'exercice de ses droits. Tantôt des droits et actions peuvent être exercés par le maître dans son intérêt propre, en opposant aux tiers le respect de ses liens affectifs avec l'animal. Tantôt, au contraire, les actions seront exercées pour le bien-être de l'animal contre le maître. Légalement désignées en vue de représenter et défendre les intérêts de l'animal, les actions pourront être engagées par les associations de protection animale, lesquelles agiront alors contre le maître fautif. L'animal ne peut être assimilé un sujet de droit complet, car il n'a pas l'aptitude à faire raisonnablement des actes juridiques, à gérer un patrimoine, il peut simplement jouir du bien être que lui garantit le droit. Il n'est pas sujet de disposition, il n'est que sujet de jouissance.

Chez l'homme, la capacité est le principe, l'incapacité est l'exception. L'enfant est incapable juridiquement jusqu'à sa majorité, ou jusqu'à 16 ans s'il est émancipé. Le malade, quant à lui, a vocation à voir son état s'améliorer. Aucun d'entre eux n'est supposé demeurer inapte à exercer ou à jouir des prérogatives offertes par la personnalité juridique. Le Professeur Jean-Pierre Marguénaud en conclut que la nature a condamné l'animal à être un *enfant* à perpétuité, un malade incurable[1723]. Conformément à la pensée de Démogue : *« Il y a deux catégories de sujets de droit : les sujets de jouissance proprement dits, qui peuvent s'étendre au-delà de l'humanité, à tout être capable de souffrir, et les sujets de*

[1722] DUGUIT (L), *Traité de droit constitutionnel*, t.1, éd. De Boccard, 3ème éd., 1927, p. 454-455.

[1723] MARGUENAUD (J-P), « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205 ; *« L'animal peut certes être plus intelligent et plus conscient du droit que l'infans. Mais l' infans arrivera probablement un jour à une vision générale du monde, parviendra à un épanouissement intellectuel et moral, prendra conscience d'idéaux et d'objectifs supérieurs à atteindre. L'animal, lui, ne parviendra sûrement jamais à cette vision générale, à cet épanouissement, à cette prise de conscience : la nature l'a condamné à être un infans à perpétuité. L'animal peut aussi être plus intelligent et plus conscient du droit que certains aliénés qui, bien souvent, n'arriveront pas plus que lui à la prise de conscience d'idéaux et d'objectifs supérieurs à atteindre. Mais tous les aliénés sont des malades mentaux dont l'état, aussi grave soit-il, a vocation à être amélioré par les progrès de la médecine. Pour l'animal, s'il y a des perspectives de mieux le comprendre, il n'y a aucun espoir d'amélioration : comparé à l'homme, c'est un aliéné qui n'est pas malade mais qui est incurable. Cette situation d'infans perpétuel ou d'aliéné incurable retentirait nécessairement sur l'éventuelle capacité juridique de l'animal. Au lieu de lui fournir tous les moyens d'une plénitude d'épanouissement au moins virtuelle chez l'homme, elle devait forcément se limiter à lui permettre l'acquisition des droits alimentaires indispensables pour subsister jusqu'à la saison nouvelle ».*

disposition […] lesquels se limitent à l'humanité raisonnable ou présumée telles »[1724]. L'animal sujet de jouissance, n'est pas un être capable, c'est seulement un être pour les besoins duquel le droit organise l'utilité de certains droits. Le fait que l'animal se voit reconnaître une existence légale et des droits inhérents à sa qualité d'être vivant ne suffit pas à en faire un sujet de disposition. À défaut, pourtant, cette reconnaissance constitue un élément permettant de dire qu'il possède la personnalité juridique. Elle légitimise en ce sens une éventuelle mutation de la nature juridique de l'animal en sujet de droit. Mais faut-il s'accorder sur une personnalité juridique semblable à celle des personnes physiques ?

2 - Une inaptitude à être assujetti à des obligations

314. Une personnalité symbolique - Instrument de promotion des intérêts individuels, la personnalité juridique est fondamentalement une instance orientée vers l'action juridique. Pour le Professeur Jean-Pierre Marguénaud : *« La personnalité juridique est chargée d'une forte valeur symbolique et que, bien souvent, les adeptes de la reconnaissance de nouveaux sujets de droit cherchent, en définitive, à magnifier un intérêt en l'élevant à une dignité particulière »*. Faut-il pour autant doter l'animal d'une personnalité juridique semblable à celle des hommes ? À cette question, l'auteur répond par la négative. La sensibilité qui peut être commune à l'animal et à l'homme ne saurait pour lui suffire à lui faire revêtir la même personnalité juridique. Conférer aux animaux une personnalité juridique semblable à celle des hommes serait pour eux une promotion inadaptée parce qu'elle leur conférerait des droits inutiles et les exposerait à des obligations ubuesques. *« Les attributs de la personnalité juridique inhérente à l'être humain sont, d'un côté, une aptitude, une vocation générale à devenir sujet de droit ; d'un autre côté, des droits primordiaux saisissant concrètement la personne, corps et âme. Or, l'animal n'a pas besoin d'un équipement aussi complet ni du point de vue de la capacité, ni de celui des droits primordiaux »*[1725].

[1724] DEMOGUE (R), « La notion de sujet de droit, Caractères et conséquences », *RTD civ.*, 1909, p. 630.

[1725] MARGUENAUD (J-P), « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205 ; *« L'assimilation des animaux aux hommes n'est pas toujours préconisée pour donner à ceux-là la personnalité juridique dont ceux-ci sont d'indiscutables titulaires. Parfois, en effet, les points communs qui rapprochent les uns et les autres ont été invoqués pour dénier la personnalité juridique à certains êtres humains »*.

L'auteur ajoute d'ailleurs qu'il serait absurde d'essayer de faire supporter à l'animal les obligations auxquelles la personnalité juridique expose l'être humain. Comme sous l'ancien droit, cela reviendrait à considérer l'animal comme étant pénalement et civilement responsable de ses actions. Il s'agirait non seulement de le poursuivre pour les infractions dont il pourrait être coupable, mais aussi de l'obliger à réparer les dommages qu'il pourrait causer volontairement comme involontairement. Aussi, même s'il peut aspirer à un statut qui l'élève au-dessus des simples choses qui en fait une sorte de « sur-objet de droit », la personnification juridique n'aurait pas de sens et n'aurait en soi aucune effectivité. Reste sans doute la valeur symbolique de cette reconnaissance[1726]. Aussi, en dehors de cela, il n'est pas certain que le résultat recherché soit atteint. À quoi sert la personnification juridique sinon à permettre à ses défenseurs d'agir pour sa protection, ce qui est déjà tout à fait possible ?[1727]

315. Une personnalité inappropriée - Le débat autour de la personnification de l'animal est peut-être un faux débat ; qu'il part de ce que la nature juridique de la personne physique pour en déduire qu'un régime juridique *ad hoc* doit ou ne doit pas exister[1728]. Dire que l'animal possède des droits qui lui sont personnels, s'interroger sur son aptitude à bénéficier d'une personnalité juridique ne reviendrait-il pas à formuler des spéculations intellectuelles sans efficacité immédiate ?[1729] De quoi l'animal a-t-il besoin concrètement ? Rejoignant l'avis de Françoise Ringel et du Professeur Emmanuel Putman, il vaudrait peut-être mieux constater que le besoin d'un régime juridique approprié se fait sentir comme une nécessité technique, et s'efforcer de le construire[1730].

La sensibilité qui peut être commune à l'animal et à l'homme ne saurait suffire à leur octroyer la même personnalité juridique. Une telle promotion serait en effet inappropriée à l'animal et dangereuse pour l'homme[1731]. Reconnaître à l'animal une

---

[1726] MARGUENAUD (J-P), « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205.
[1727] DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), *« État civil, La tentation de la personnification à outrance n'est-elle pas une manifestation d'une pensée nominaliste attentive aux symboles plus qu'aux mesures concrètes ? »*, *JCP G*, n° 22, 29 mai 2017, p. 627.
[1728] V. SOHM-BOURGEOIS (A-M), « La personnification de l'animal, une tentation à repousser », *D.* 1990, p. 33.
[1729] ANTOINE (S), « La loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 et la protection animale », *D.* 1999, p. 167.
[1730] RINGEL (F) et PUTMAN (E), *« L'animal aimé par le droit »*, *RRJ*, 1995, p. 15.
[1731] MARGUENAUD (J-P), *Ibid*.

personnalité semblable à celle des personnes physiques donnerait à craindre un affaiblissement de la valeur symbolique du droit[1732]. Défendre les droits de l'animal comme les droits de l'homme est même susceptible de ne plus laisser subsister qu'une différence de degré entre l'humanité et l'animalité. Le risque est de rehausser la condition animale tout en rabaissant la condition humaine[1733]. L'expression de « personnalité animale », qu'emploient certains auteurs, est donc commode à condition de reconnaître qu'elle renvoie à une pure nécessité de la technique juridique[1734]. Sur ce plan, hors de toute considération philosophique, aucun obstacle ne s'oppose à ce que les animaux entrent dans la catégorie des sujets de droit[1735].

B - UN ANIMAL « SUI GENERIS »

Pour Démogue : *« La qualité de sujet de droit appartient aux intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité juridique »*[1736]. Cette perspective permet de faire de l'animal un sujet de droit de type particulier[1737], comparable à la personne morale. Cette construction juridique doit être davantage que la simple manifestation d'une pensée nominaliste. Des excès de l'anthropomorphisme aux vicissitudes de l'anthropocentrisme, les animaux sont inégaux en droit(s) (***1***), tout en restant cependant égaux en fait (***2***).

[1732] FARJAT (G), « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221.

[1733] N'existe t-il pas déjà, à l'opposé, une mouvance d'abaissement volontaire de la personne humaine ? N'est -il pas possible de penser que la personne s'abaisse déjà volontairement au niveau de l'animal, sans avoir pour autant à élever l'animal à son niveau ? L'animal incarne un très bon objet d'étude pour les pathologies qui touchent l'homme Ce constat, *a contrario,* nous rappelle au bon souvenir de l'oeuvre de Pierre Boulle : *« Et vous faites des expériences sur des hommes ! Bien entendu. Le cerveau de l'homme comme toute son anatomie, est celui qui se rapproche le plus du nôtre. C'est une chance que la nature ait mis à notre disposition un animal sur lequel nous pouvons étudier notre propre corps »*. Il faut être conscient des conséquences éventuelles. La pénurie d'organes humains nécessaire aux transplantations, par exemple, a incité les médecins et les chercheurs à explorer d'autres pistes, en particulier, à se tourner vers les organes animaux et à approfondir les recherches touchant à l'inter-compatibilité et aux xénogreffes.

[1734] RINGEL (F) et PUTMAN (E), *« L'animal aimé par le droit »*, *RRJ*, 1995, p. 15.

[1735] GOUBEAUX (G), *Traité de droit civil. Les personnes*, éd. LGDJ, 1989, p. 16 ; DAIGUEPERSE (C), « L'animal sujet de droit une réalité de demain », *Gaz. Pal.*, 1981.

[1736] DEMOGUE (R), *La notion de sujet de droit, Caractères et conséquences*, éd. Sirey, 1909, p. 10 ; *« Étant donné que le but du droit est la satisfaction, le plaisir de tout être vivant qui a des facultés émotionnelles, et lui seul, est apte à être sujet de droit, que la raison lui manque de façon définitive ou temporaire »*.

[1737] MARGUENAUD (J-P), « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205.

1 - Des animaux inégaux en droit(s)

316. L'animal sauvage - Le 22 mars 2018, les éditions LexisNexis ont publié le premier Code de l'animal. Réalisé sous la direction des Professeurs Jean-Pierre Marguénaud et Jacques Leroy, ce Code regroupe l'ensemble des textes législatifs et réglementaires existants relatifs à l'animal. Jusque-là, il n'existait pas en France de véritable droit dédié à l'animal. Les textes étaient certes nombreux, mais demeuraient encore trop disséminés pour permettre de prétendre à l'existence d'un véritable droit des animaux. Leur agrégation permet en revanche de souligner davantage l'incohérence de certains textes entre eux, ainsi que l'absence de perspective d'ensemble du droit, lequel ne semble capable que de composer avec les variations sur l'animal. Si la réforme de 2015 énonce que les animaux sont des êtres sensibles, et ce de manière générale[1738], les dispositions qui les protègent ne concernent que certains d'entre eux. La sensibilité comme critère de protection apparaît différemment prise en compte selon qu'il soit domestique ou non. *Quid* de certaines espèces telles que les insectes, les arachnides, les crustacés, les mollusques, les vers, ou encore les coraux ? Sont-elles ou non douées de sensibilité ?[1739]

L'être humain a développé à l'égard de l'animal une certaine forme de spécisme. Arbitrairement, il a choisi certaines espèces qu'il estimait dignes de partager son quotidien, en a sélectionné d'autres pour leur viande, leur force ou leurs produits et en a écarté d'autres, du fait des atteintes qu'elles pouvaient porter à la santé et à la sécurité publiques, à la protection de la flore et de la faune, aux activités agricoles, forestières, aquacoles et à d'autres formes de propriété. Auparavant qualifiées de « nuisibles », ces animaux susceptibles d'occasionner des dégâts[1740] ne sont envisagés que dans l'optique de leur destruction ou de leur gestion[1741]. Centrée sur les seuls intérêts humains, intérêts au surplus variables, le caractère d'être vivant doué de sensibilité de l'animal considéré ne transparait pas de manière très évidente.

[1738] TGI de Brest, 8 mars 2016.
[1739] Il n'est pas certain que l'ensemble des animaux bénéficient de cette capacité.
[1740] Art. 157 de la Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.
[1741] Art. L.427-1 et s. du Code de l'environnement.

317. L'animal domestique - S'il semble possible de penser que le Code civil a créé une catégorie propre à l'animal en prenant en compte sa qualité d'être vivant doué de sensibilité, force est de constater que cette même qualité demeure extrêmement anthropocentrée. En réalité, il ne s'agit pas de prendre en compte la sensibilité animale, mais bel et bien la sensibilité de l'être humain vis-à-vis de l'animal. Cela crée une hiérarchie dans leur protection.

Ainsi, tous les animaux ne sont pas égaux en droit[1742]. Il y a les animaux du cercle familial et ceux, loin des yeux, dont nul ne veut voir le sort[1743]. En définissant les animaux domestiques comme ceux qui *« vivent sous la surveillance de l'homme, sont élevés, sont nourris et se reproduisent par ses soins »*[1744], la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de souligner leur dépendance à l'égard des hommes, même dépendance qui donne des devoirs envers eux[1745]. Étant considérés comme les animaux les plus proches de l'être humain, parfois même comme des « membres de leur famille », les animaux domestiques ou assimilés sont ceux dont la prise en compte est celle qui apparaît la plus effective, en témoigne la volonté toujours plus accrue de reconnaître une personnalité aux animaux proches de la personne. La domestication s'accompagne dès lors d'un certain degré d'individuation, de sorte que le sort de l'animal est tout autre lorsqu'il se réfugie dans ce que le Doyen Carbonnier appellerait le « repli de la maisonnée »[1746]. L'animal familier est une chose protégée en fonction d'un intérêt tout à fait particulier, intimement lié à la vie privée et familiale de son maître. Ce besoin affectif à l'égard de l'animal fait de ce dernier une catégorie exemplaire[1747]. Mais n'est-ce pas démontrer, du même coup, que l'animal reste au service des hommes que de lui conférer un statut particulier suivant sa seule domestication ?

[1742] V. Art. 1 de la Déclaration universelle des droits de l'animal du 15 octobre 1978 ; *« Tous les animaux ont des droits égaux à l'existence dans le cadre des équilibres biologiques. Cette égalité n'occulte pas la diversité des espèces et des individus ».*

[1743] V. BALDIN (D), *Histoire des animaux domestiques, éd.* Seuil, 2014.

[1744] Cass. crim., 16 février 1895.

[1745] Cass. crim., 22 mai 2007, n° 06-86.339.

[1746] CARBONNIER (J), « Éssais sur les lois », *Rép. du notariat Defrénois*, 1979, p. 262 ; *« Là où la vie privée, intime, est en jeu, le vent dominant est au renoncement du droit ».*

[1747] RINGEL (F) et PUTMAN (E), « L'animal aimé par le droit », *RRJ*, 1995, p. 15 ; *« Il est de la dignité de l'homme, dans une société civilisée, de traiter tout animal avec douceur. Mais le cas de l'animal aimé est plus complexe. Si nous cherchons en lui l'image de notre propre supériorité, à plus forte raison lui devons-nous une protection particulière ».*

2 - Des animaux égaux en fait

318. Une question de consommation - La société civile est aujourd'hui divisée : d'un côté, elle ressent de l'empathie à l'égard de l'animal, laquelle conduit à réclamer une protection accrue à son endroit, d'un autre côté, elle fait de lui une utilisation commerciale, laquelle conduit à l'appréhender comme un objet de transactions. Quelle que soit la volonté d'améliorer la condition animale dans la société humaine, celle-ci continue de se heurter aux nécessités économiques et donc, à une vision utilitaire. Oscillant entre une volonté de comprendre son monde et celle de le posséder, entre la reconnaissance d'une proximité avec l'animal et celle de son éloignement le plus complet, le lien du rapport entre humains et non humains est, à tour de rôle, tendu et distendu[1748].

Du troupeau de bovidés dans l'abattoir aux singes branchés d'électrodes dans le laboratoire, l'animal est très largement sacrifié aux besoins de l'homme. L'alimentation et l'expérimentation en sont sans doute la plus évidente manifestation. Mais il est également utilisé pour le plaisir[1749]. L'animal de compagnie est notamment l'objet d'un marché extrêmement lucratif. Cet état trahit une certaine forme de sentimentalisme pour le moins ambiguë, où l'animal est aimé pour sa dépendance et pour la relation narcissique qu'il donne à refléter[1750]. Nonobstant sa sensibilité, l'animal est utilisé pour tous les usages de la vie, que ce soit dans une optique d'utilité au sens large[1751], comme dans une optique de propriété au sens réduit. Si la vision majoritaire tend à considérer l'animal comme un être vivant doué de sensibilité, cette même sensibilité est en réalité largement dépendante de leur utilité. Cet état fait que l'être humain est à l'heure actuelle, vis-à-vis de ces êtres doués

---

[1748] CROZES (A), *Du droit de l'animal au droit animalier : Ou l'extension de la notion de sensibilité à l'épreuve d'une domination de l'Homme sur l'animal*, Mémoire, Master 2 Droit de l'environnement, des territoires et des risques, 2015-2016, n° 39.

[1749] SOHM-BOURGEOIS (A-M), « La personnification de l'animal, une tentation à repousser », *D.* 1990, p. 33 ; *« Mais il est également utilisé pour le seul plaisir : le commerce de la fourrure ne s'est développé que pour satisfaire la coquetterie humaine ; la chasse, telle qu'elle est pratiquée de nos jours, les courses de taureaux et les spectacles auxquels les animaux sont contraints de participer n'existent pour la seule distraction des hommes ».*

[1750] RINGEL (F) et PUTMAN (E), « L'animal aimé par le droit », *RRJ*, 1995, p. 15 ; *« Même si nous sommes tentés d'aimer en l'animal sa dépendance et notre image supérieurs, d'y voir un substitut d'enfant, « d'enfant qui ne grandit jamais », ou, pire, d'établir une relation narcissique avec l'objet vivant considéré comme un miroir de nous-même, l'essentiel n'est-il pas que l'animal familier, réceptacle d'une partie de nos aspirations affectives, s'impose à nous comme être animé, sensible et sociable ? ».*

[1751] Depuis le paléolithique, l'homme s'assure la présence d'animaux pouvant lui rendre service. Les éleveurs ont ensuite, par sélection et croisements, obtenu des animaux plus dociles ou économiquement plus rentables.

de sensibilité dont il a fait des biens monnayables, englué dans une certaine schizophrénie[1752]. Dans la définition d'un statut cohérent de l'animal, cette forme de schizophrénie trouve d'ailleurs l'une de ses plus flagrantes incarnations au travers de l'article 515-14 du Code civil qui, s'il définit les animaux comme des êtres vivants doués de sensibilité, n'omet pas de préciser que ces derniers demeurent soumis au régime des biens.

319. Une question de civilisation - Si les animaux n'étaient plus objets de droits, il faudrait interdire toute transaction les visant, prohiber toute expérience scientifique à leur endroit, généraliser la pratique du végétarisme/végétalisme ou lutter contre le pullulement de certaines espèces invasives par des moyens autres que contraceptifs. Il paraitrait difficile notamment de maintenir les euthanasies animales[1753], ou même le droit de la chasse. Le Professeur Jean-Pierre Marguénaud en conclut que : *« Dans l'état actuel des connaissances scientifiques et du développement technologique, une société humaine qui se laisserait entraver par l'application de tels principes n'aurait guère de chances de survie »*[1754].

Pour l'heure, les animaux, parce qu'ils sont des êtres vivants et utiles, doivent simplement se contenter d'être l'objet d'une protection, sans rapport aucun avec l'attribution de quelque personnalité juridique[1755]. Si l'idée de l'abolition de toute exploitation de l'animal par l'homme paraît à première vue séduisante, elle n'est pas réalisable de manière instantanée. Ainsi que le note justement Anne-Marie Sohm-Bougeois : *« Tout l'art du législateur doit tendre, en la matière, à réaliser un juste compromis entre les besoins légitimes de l'homme et la protection des animaux »*.

[1752] DE MONTCLOS VIOLAINE, « Si l'animal n'est pas un meuble, quels sont ses droits ? », *Le point*, 15 avril 2014 ; *« Un lapin peut être chéri comme compagnon du cercle familial, dégusté en fricassée ou étendu sur une table de vivisection »*.

[1753] Art. L.211-11 et L.415-7 du Code rural.

[1754] MARGUENAUD (J-P), « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205.

[1755] HOLLANDE (F), Interview, « Investir dans une agriculture compétitive et durable » ; *La France Agricole*, 15 février 2014 ; *« Faut-il légiférer sur le statut de l'animal ? » : « Notre pays a le don d'ouvrir des débats pour nous opposer fébrilement… et je ne parle pas que des animaux ! Nous sommes en fait unis sur un certain nombre de principes et de valeurs. En France, nous aimons les animaux. Et les premiers qui les aiment ce sont ceux les éleveurs qui les soignent. Un agriculteur qui maltraiterait son cheptel détruirait son propre patrimoine. A juste raison beaucoup d'efforts ont été réalisés pour le bien-être animal sans qu'il soit nécessaire de le traduire par une loi. Dans le code rural notamment, l'animal est déjà considéré comme un être sensible. Pourquoi ajouter d'autres considérations ? Car, pour appeler les choses par leur nom, l'élevage aboutit à un moment à ce que l'animal soit abattu »*.

SECTION II - À L'IMAGE DU STATUT JURIDIQUE DU ROBOT

320. La disparition du corps humain - Au sens nietzschéen : *« L'Homme est une corde tendue entre l'animal et le surhomme, une corde au-dessus d'un abîme. Il est dangereux de passer au-delà, dangereux de rester en route, dangereux de regarder en arrière, dangereux d'être saisi d'effroi et de s'arrêter court »*[1756]. Le surhomme est cet être supérieur, libéré des normes sociales et agissant selon sa propre volonté de puissance. C'est là le surhomme rêvé par *Zarathoustra,* cet être débordant d'énergie créatrice qui se dépasserait en inventant constamment de nouvelles formes d'existences.

Nourrie par l'imaginaire technologique, la machine cristallise ce fantasme du surhomme. Attribuant à la technologie une nature et un rôle prométhéen, l'être humain voit en elle - et dans son caractère inaltérable ou au minimum substituable - le moyen de dépasser sa propre condition. Les progrès du savoir et du savoir-faire permettent d'ores et déjà de vivre plus longtemps et en meilleure santé. Ils permettent la reproduction humaine artificielle, la modification de l'homme par la médecine, la chirurgie et la génétique. Grâce à eux, il est aussi devenu possible de pallier aux différentes défaillances du corps à l'aide de greffes, d'implants et de prothèses qui permettent d'assurer artificiellement sa mobilité et ses différentes fonctions. Mais, cette artificialisation croissante pose la question de savoir à quoi ressemblera l'être humain de demain. Le Professeur Xavier Labbée s'interroge : *« Sera-t-il seulement encore un homme ? »*[1757] Jusqu'où l'usage de la personnalité juridique peut-il s'émanciper de la référence à la chair ? De la personne à la machine (**Paragraphe 1**) et, inversement, de la machine à la personne (**Paragraphe 2**), il est aujourd'hui d'une importance fondamentale d'examiner les conséquences et les effets juridiques d'une telle révolution[1758].

[1756] NIETZSCHE (F), *Ainsi parlait Zarathoustra*, éd. Flammarion, coll. Mille & une pages, 2004, p. 332 ; *« Qu'est le singe pour l'homme ? Un éclat de rire ou une honte qui fait mal. Et tel doit être l'homme pour le surhomme : un éclat de rire ou une honte qui fait mal. Du ver de terre, vous cheminâtes jusques à l'homme, et grandement encore avec en vous du ver de terre. Jadis vous fûtes singes et maintenant encore plus singe est l'homme que n'importe quel singe. Mais le plus sage d'entre vous, celui-là n'est aussi qu'un discord et un hybride de végétal et de spectre. Or vais-je vous commander de devenir des spectres ou des végétaux ? Voyez je vous enseigne le surhomme ! ».*

[1757] LABBÉE (X), *Le cyborg et les lois bioéthiques*, *Science-fiction et science juridique*, éd. IRJS, 2013, p. 93 et s.

[1758] Résolution du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL)), 16 février 2017.

Paragraphe 1 - De la personne à la machine

321. La disparition du corps humain - De la jambe de bois du mutilé de la Grande Guerre aux lames de carbone d'Oscar Pistorius, l'évolution des techniques et des matériaux a permis de réaliser des prothèses de plus en plus performantes[1759]. Plus solides et efficaces, moins exposées aux pathologies, elles permettent à la personne d'accomplir des prouesses que son corps d'origine n'aurait jamais pu autoriser[1760]. À terme, elles pourraient même permettre d'« améliorer » l'être humain dans toutes ses dimensions. Des « gueules cassées » au « cyborg » de Caidin, il ne s'agirait plus tant de « réparer » l'homme, mais de l'« augmenter », d'en faire un être capable de vivre plus longtemps, en meilleure santé, capable de s'auto reproduire, d'être plus fort et plus intelligent[1761].

Cet « augmenté » (A) imaginé par la science-fiction est une créature hybride composée de parties organiques et cybernétiques. Dans un avenir plus ou moins proche, l'artificiel pourrait se confondre et se substituer au naturel, devenu obsolète. D'un corps biologique à un corps fait de prothèses « intelligentes », le corps de demain sera « robotisé » (B).

A - UN HOMME « AUGMENTÉ »

Le développement rapide des technologies dites NBIC (nanotechnologies, biotechnologies, technologies de l'information et sciences cognitives) donne naissance à des possibilités qui ont longtemps été du domaine de la science-fiction. Elles font la promotion d'une certaine forme d'évolutionnisme (***1***) mais aussi d'une certaine forme d'eugénisme libéral (***2***).

[1759] LABBÉE (X), « L'homme augmenté », *D.* 2012, p. 2323 ; *« Il est aujourd'hui des instruments qui n'ont plus pour première fonction d'assister ou de remplacer le corps humain défaillant mais plus simplement de faire mieux que lui »*.

[1760] SIRINELLI (P) et PRÉVOST (S), « Le Procès du transhumanisme », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 353 ; *« L'homme est d'abord soigné puis « rafistolé/réparé ». Pourquoi - si cela est techniquement possible - ne pas aller jusqu'à l'« augmenter » ? L'« améliorer » ? Ce qui ramène à la question fondamentale de ce bon vieux William : qu'est-ce pour l'homme qu'être ou ne pas être ? »*.

[1761] LABBÉE (X), *Introduction : la fin du monde est remise à une date ultérieure*, *L'homme augmenté face au droit*, sous la direction de LABBÉ (X), éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2015, p. 12 ; ROETS (D), *Réprimer pénalement les interventions biotechniques à nalité transhumaniste ?*, *L'homme augmenté face au droit*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2015, p. 132.

1 - La promotion d'une forme d'évolutionnisme

322. Du Darwinisme au transhumanisme - L'évolution de l'espèce humaine est bien souvent schématisée par un singe qui, marchant sur ses phalanges, se redresse progressivement sur ses membres inférieurs jusqu'à devenir un véritable bipède. Pour autant, l'évolution, bien que représentée de manière archétypale, ne suit pas une ligne droite menant glorieusement du chimpanzé à l'être humain. Elle est un phénomène stochastique et foisonnant qui part dans toutes les directions. L'évolution d'une espèce se joue sur les incidents de transmission de son patrimoine génétique, transmissible d'une génération à l'autre. Ainsi que l'avait noté Darwin : *« La variation propose et l'évolution dispose »*. Impossible de séparer environnement et évolution. Seulement, l'espèce humaine a dominé et a transformé son environnement. Dans ce contexte, privée de sélection naturelle, l'espèce ne fait plus appel à ses mécanismes d'adaptation et de défense naturelle.

À la fin du siècle dernier, un nouveau paradigme de réflexion concernant l'avenir de l'espèce humaine a commencé à prendre forme. Apparu dans les années 1980 aux États-Unis[1762], ce mouvement de pensée va proposer une vision matérialiste du monde. Il va promouvoir l'usage des sciences et des techniques afin d'améliorer les caractéristiques physiques et mentales de l'être humain. S'agissant de devenir plus forts, plus intelligents, plus heureux et vivre plus longtemps, ce mouvement, dit « transhumaniste », juge le vieillissement, la maladie, le handicap, tout ce qui limite l'homme, comme nuisible et inutile et surtout améliorable techniquement. À ses yeux, l'être humain actuel n'est qu'une simple forme transitoire de l'évolution. L'idée est que son évolution peut se poursuivre par la technologie. Il considère que le prochain stade de l'évolution sera celui où l'être humain prendra la main sur son propre devenir biologique au lieu de l'abandonner aux forces aveugles de la nature[1763].

[1762] Il est officialisé par la création en 1998 de la *World Transhumanist Association* (WTA), rebaptisée en 2008 *Humanity+*.

[1763] V. DIJON (X), *Le transhumanisme*, éd. Fidélité, 2017 ; MAGNIN (T), *Penser l'humain au temps de l'homme augmenté : Face au défi du transhumanisme,* éd. Albin Michel, 2017 ; FERRY (L), *La révolution transhumaniste*, éd. Plon, 2016 ; CHNEIWEISS (H), *L'homme réparé, Espoirs, limites et enjeux de la médecine réparatrice*, éd. Plon, 2012 ; BESNIER (J-M), *L'homme simplifié, Le syndrome de la touche étoile*, éd. Fayard, 2012 ; LAURENT (A), *La mort de la mort*, éd. JC Lattès, 2011.

323. De l'humanisme au transhumanisme - Dans son avis nº 122, intitulé *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade* : *enjeux éthiques*, le Comité consultatif national d'éthique a eu l'occasion de rappeler que l'humanisme classique - celui du siècle des Lumières notamment - reposait sur la perfectibilité humaine. En 1620, Bacon, dans le *Novum Organum*, proposait déjà une méthode scientifique visant à permettre, grâce à la science, la réalisation de « tous les possibles ». La philosophie des Lumières souhaitait que l'humanité puisse s'arracher à la nature, améliorer ses performances et son bien-être au moyen, de l'apprentissage, ou de la maîtrise de l'outil.

Décuplée par les progrès de la médecine et de la chirurgie, cette faculté peut aujourd'hui se référer à l'apparence corporelle, aux performances physiques, ou encore aux capacités du cerveau[1764]. De l'humanisme au transhumanisme, Le Comité reconnaît la possibilité scientifique et technique des évolutions envisagées et accepte l'idée que de telles évolutions ne seraient pas nécessairement promises à la catastrophe. En revanche, le Comité entend aussi mettre en exergue les difficultés et les risques suscités par l'usage de techniques biomédicales à des fins non thérapeutiques. Il souligne ainsi le caractère flottant et imprécis de la frontière entre amélioration et traitement, entre ce qui est normal et pathologique[1765], le risque de distorsion majeure des priorités de santé, les difficultés méthodologiques auxquelles se heure l'évaluation chez le sujet non malade des bénéfices

---

[1764] *« Les termes « brain enhancement» ou « neuro enhancement » ont été respectivement traduits en français par « augmentation cérébrale », « amélioration cérébrale », « optimisation cérébrale », «dopage cérébral», «botox pour le cerveau», ou encore par «neuro-augmentation», «neuro- amélioration », « neuro-optimisation », etc. La multiplicité de ces termes souligne la difficulté de rendre compte en français de la dimension à la fois quantitative (augmentation) et qualitative (amélioration) du terme anglais « enhancement ». Toutefois, « augmentation » et « amélioration » ne sont pas synonymes et ne vont même pas toujours de pair. Ainsi le fonctionnement psychoaffectif et cognitif peut être par exemple amélioré par une diminution de l'anxiété ou par l'atténuation de la charge émotionnelle de certains souvenirs traumatisants. Bien que les termes de « homme augmenté » ou de « cerveau augmenté » aient été largement utilisés, le choix s'est donc porté, dans le présent avis, sur le terme de « neuro-amélioration ». L'usage de celui-ci permet en outre d'éviter les termes de «cerveau» à connotation trop anatomique et «d'optimisation» qui se rapporte à une notion impossible à évaluer. Il permet aussi de refléter le but recherché - « l'amélioration psycho- cognitive» - sans lui appliquer les termes d'emblée négatifs de « dopage » et de « botox » pour le cerveau ».*

[1765] *« La ligne de démarcation entre normal et pathologique paraît facile à tracer lorsqu'elle repose sur une mesure comme celle de la glycémie pour le diabète ou de la pression artérielle pour l'hypertension, mais, même dans de telles affections la frontière est susceptible de bouger. La pression artérielle systolique définissant l'hypertension est ainsi passée des 160 à 140 mmHg et l'on parle maintenant de « pré-hypertension » ou de « pré-diabète ». Dans le domaine psycho-cognitif où n'existent ni norme, ni mesure malgré le développement de multiples échelles, la ligne de démarcation est impossible à tracer ; et ce sont des conférences de consensus entre experts qui déterminent les entités pathologiques et en définissent les critères diagnostiques ».*

et des risques[1766], la crainte attenante à l'autonomie de l'individu sous l'effet d'une injonction à la performance[1767], ou encore la possible rupture d'égalité des chances et de réussite à l'échelle de chaque citoyen et la possible émergence d'une classe sociale « améliorée »[1768].

2 - La promotion d'une forme d'eugénisme libéral

324. Le procès du transhumanisme - Grâce aux progrès de la génétique, il devient peu à peu possible de modifier le capital génétique d'un individu. Plutôt que de subir l'évolution, il devient possible de la provoquer et même de l'orienter précisément. Hier science-fiction, aujourd'hui réalité, le corps humain pourra aussi être équipé et habillé d'instruments plus solides et plus performants que ceux qui le composent habituellement. En dehors des interrogations touchant à la toxicité et aux risques d'exposition aux nanomatériaux[1769], le recours aux techniques biomédicales en vue d'améliorer l'être humain suscite aussi de nombreuses questions touchant à la crainte de manipulations,

---

[1766] *« L'élargissement du champ de la médecine à la neuro-amélioration biomédicale du sujet non malade, comporterait un risque majeur de distorsion des priorités de santé, risque qui ne pourrait que s'aggraver si les ressources publiques étaient engagées. Une telle distorsion mettrait à mal l'exigence de justice sociale alors même que les méthodes de base susceptibles de favoriser le développement psycho-cognitif – au premier rang desquelles, la nutrition l'éducation, l'apprentissage et l'activité physique – sont déjà si inégalement réparties ».*

[1767] *« En supposant l'existence de procédés biomédicaux de neuro-amélioration dont le rapport bénéfice/ risque serait connu et jugé « acceptable », l'une des questions majeures à traiter est celle de l'autonomie, et plus précisément celle de savoir s'il peut exister des situations dans lesquelles le recours à ces procédés serait imposé soit de façon implicite - la personne elle-même s'estimant obligée d'y recourir - soit de façon explicite, administré par d'autres sans l'avis de la personne, voire contre son avis ».*

[1768] *« Dans toutes les enquêtes effectuées sur le recours aux techniques biomédicales en vue de neuro-amélioration dans des milieux socio-professionnels divers, la quasi-totalité des personnes interrogées estime qu'il s'agit d'une affaire de choix personnel et de responsabilité individuelle. Toutefois les conséquences d'un tel choix ne concernent pas que l'individu lui-même, mais impliquent aussi les autres. De plus, on peut se demander jusqu'à quel point le choix individuel est soustrait à la réalité sociale. Le recours à une neuro-amélioration - en supposant que celle-ci soit effective - met à mal l'égalité des chances et de réussite. L'étudiant américain qui prend du Méthylphénidate le fait « pour être le meilleur », c'est-à-dire meilleur que tous les autres, et ce n'est pas un hasard s'il en prend plus volontiers avant un concours qu'avant un examen. Il dit vouloir « être le meilleur pour entrer dans la meilleure université, avoir le meilleur cursus, pour décrocher le meilleur travail » (Forlini 2009), ce qui suppose que cet étudiant dispose des moyens financiers correspondants. La situation de désavantage réel ou perçu dans laquelle se trouvent les autres étudiants peut conduire certains, selon le mécanisme de coercition implicite évoqué plus haut, à recourir aux psychostimulants alors qu'ils ne souhaitaient pas y recourir ou y étaient même opposés. Ces conséquences relatives à des différences individuelles glissant vers de l'inégalité existent aussi dans les autres contextes concernés par la performance que ce soit chez l'enfant ou l'adulte..*

[1769] V. ROURE (F), PILLET (D), ALEXANDRE (S), MAILLARD (C), FARGEON (C), GAVINI-CHEVET (C), MATHIEU (G), PLANCHENAULT (D) et KALLENBACH (S), *Le déploiement industriel des nanotechnologies et de la biologie de synthèse sur les territoires, précurseur des manufactures du futur*, Rapp., décembre 2013.

d'atteintes à l'autonomie de la volonté, à l'intimité de la vie privée. Ces incertitudes ont notamment amené le Comité consultatif national d'éthique a souligné : *« L'intérêt d'études d'observation au long cours à même de fournir les données quantitatives et qualitatives - actuellement inexistantes en France - nécessaires à la mise en place éventuelle de mesures de prévention, voire de régulation »*[1770].

Le 22 juin 2017, la première chambre de la Cour d'appel de Paris a accueilli le procès fictif du transhumanisme. Dorénavant bien plus qu'un courant philosophique, le transhumanisme intrigue, inquiète, certains professionnels du droit passionnés par l'innovation ont décidé d'organiser le procès moral du transhumanisme tels des « lanceurs d'alerte en robes noires ». À l'initiative de cet évènement, Gérard Haas, avocat à la Cour d'appel de Paris et Françoise Barbier-Chassaing, magistrate, tous deux co-fondateurs et présidents de l'association « Les jurisnautes », ont imaginé un scénario prospectif visant à maîtriser les enjeux et incidences juridiques et économiques du transhumanisme. : en 2037, le transhumanisme est devenu une réalité. Les hommes « s'augmentent » tant pour améliorer leurs capacités que leurs conditions de vie. Depuis maintenant deux ans, un gouvernement pro-transhumaniste est au pouvoir en France. Le nouveau ministre de l'Intérieur décide d'aller plus loin en portant la loi dite de « Transhumanisation des forces de l'ordre ». Cette loi prévoit d'équiper les forces de sécurité d'une « e-cornée » et de capter la vision des porteurs de e-cornée volontaires pour participer au maintien de l'ordre. Ces « Citoyens Vigilants Volontaires » sont des collaborateurs passifs des forces de l'ordre en partageant leur vision en temps réel. Cette nouvelle technologie d'augmentation a également un objectif probatoire : filmer, enregistrer, géolocaliser, identifier et dater, etc. En cas de contestation relative à une intervention de maintien de l'ordre, les images collectées pourront être produites comme preuve. En 2039, un groupe de hackers va être jugé pour avoir attaqué les serveurs du ministère de l'Intérieur afin d'interférer dans le contrôle des « e-cornées » équipant ses fonctionnaires. Le combat est politique, la question est philosophique, les enjeux juridiques et moraux. Cela questionne un avenir proche, dont les prémices sont déjà bien réelles[1771].

[1770] CCNE, *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade: enjeux éthiques*, Avis n° 122, 12 décembre 2013.
[1771] MUCCHIELLI (J), « Le transhumanisme en procès », *Dalloz actualité*, 23 juin 2017.

325. Le procès du libéralisme - Le transhumanisme promeut le plus grand libéralisme à l'égard de l'usage des sciences et des technologies. Parce qu'il ambitionne de forcer l'évolution sur le mode volontariste, il souhaite que les individus soient : *« Libres d'altérer leurs propres capacités physiques, psychologiques et intellectuelles, leur durée de vie, leur morphologie »*[1772]. Il s'agit là d'un jugement moral qui doit être laissé à la conscience individuelle plutôt que d'être imposé par la loi. Sauf à cibler l'intervention de l'État et à penser la mise en place de mécanismes de redistribution, ce volontarisme est susceptible de conduire à une redéfinition du « standard » humain. De l'alliance entre deux visions du monde : entre une logique scientiste transhumaniste et une rationalité néolibérale, ce volontarisme pourrait contribuer à renforcer la tendance à l'émergence d'une société de la performance. Dans un environnement social hautement compétitif, animé par une pathologisation et une médicalisation croissante des comportements, la recherche de l'amélioration pourrait ne viser qu'à se conformer à la « norme sociale » requise[1773].

Aux yeux du Comité consultatif national d'éthique, le risque est grand d'aboutir à une classe sociale « améliorée » constituée d'une minorité d'individus bien informés et disposant des ressources financières suffisantes pour y accéder. Il en résulterait une aggravation de l'écart qui ne cesse de se creuser entre riches et pauvres, les riches devenant non seulement de plus en plus riches, mais aussi plus puissants, plus intelligents, voire plus heureux que les autres, avec un risque évident de discrimination et même de domination[1774]. Si aucune recherche publique n'est faite sur un sujet donné, des entreprises privées s'en chargeront, mais pour un coût final plus élevé. Jusqu'à la démocratisation de ces « améliorations », seuls les plus aisés seront alors à même d'améliorer leurs caractéristiques physiques et mentales, au risque d'aggraver les inégalités et de créer une fracture entre une élite augmentée d'une part et des sous-hommes naturels de l'autre.

[1772] LAZARO (C), *La prothèse et le droit, Essai sur la fabrication juridique des corps hybrides*, éd. IRJS 2016 , p. 52.

[1773] V. NICCOL (A), *Bienvenue à Gattacca*, Film, 1997 ; *« Dans un futur proche, notre société pratique l'eugénisme à grande échelle : les gamètes des parents sont triés et sélectionnés afin de concevoir in vitro des enfants quasi parfaits. Malgré l'interdiction officielle, les entreprises recourent à des tests ADN discrets afin de sélectionner leurs employés. Ainsi, les personnes conçues naturellement se voient reléguées à des tâches subalternes »*.

[1774] CCNE, *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade: enjeux éthiques*, Avis n° 122, 12 décembre 2013.

B - UN CORPS « ROBOTISÉ »

Dans la continuité cartésienne d'un corps machine, les progrès de la science dans les domaines de la biologie et des biotechnologies ont abouti à la création d'une nouvelle nature artificielle. Cette artificialisation de la personne est non seulement physique (***1***), mais aussi cognitive (***2***).

1 - Une artificialisation physique

326. Un corps-machine - L'exemple de la recherche en matière prothétique révèle que les recherches menées dans ce domaine ne se limitent plus à la stricte restauration de l'intégrité fonctionnelle de l'humain, ni à la reproduction mimétique d'une normalité biologique : *« Elles tendent « tantôt à maximiser certaines fonctions (courir plus vite avec une prothèse qu'avec une jambe humaine), tantôt à contourner certaines fonctions (voir avec un implant sans passer par les yeux) ou encore à ajouter des fonctions inédites (contrôler un ordinateur par la pensée) »*[1775]. Si le corps est « personne par nature » et « chose par destination », une prothèse est « chose par nature » et « personne par destination » lorsqu'elle lui est affectée[1776]. Contrairement à la prothèse classique, laquelle se contente de se substituer à un membre manquant par un mécanisme pour la plupart du temps relativement sommaire, les prothèses modernes sont amenées dans une tout autre mesure à se fondre avec le corps du patient, comme le ferait un organe humain tiers[1777].

Fabriquées dans des matériaux de pointe, les prothèses se montrent de plus en plus sophistiquées. Synthétiques, vivants ou hybrides, les matériaux ont en effet bien évolué, que ce soit en termes de tolérance, de résistance et de propriétés mécaniques. Certains présentent l'avantage d'être inertes, de ne pas interagir avec leur environnement, alors que

---

[1775] LAZARO (C) , *La prothèse et le droit, Essai sur la fabrication juridique des corps hybrides*, éd. IRJS, 2016, p. 51.

[1776] *Infra.* n° 162 et s.

[1777] LABBÉE (X), « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », *LPA*, 27 mai 2011, n° 105, p. 7 ; *« Les progrès contemporains en matière médicale montrent irrésistiblement que l'instrument ne se contente plus d'assister ou de remplacer le corps défaillant. Aujourd'hui, il fait désormais mieux que lui : tout le monde se souvient de cet athlète américain handicapé qui n'a pu s'inscrire aux épreuves olympiques aux motifs que, par la grâce de sa prothèse ultra perfectionnée, il aurait dépassé en vitesse les athlètes non handicapés ».*

d'autres sont justement conçus pour être bioactifs, c'est-à-dire capables d'interagir avec le milieu biologique qui les entoure. Constituées de matériaux de plus en plus variés, les prothèses sont aussi plus naturelles esthétiquement et fonctionnellement. Sensibles à la douleur et capables de restituer le sens du toucher, elles permettent de bouger un membre artificiel de façon presque naturelle, mais aussi de redonner la sensation tactile à son porteur. Les chercheurs ont remarqué que les cellules musculaires étaient capables de se lier aux terminaisons nerveuses restantes et de répondre aux impulsions du cerveau. Le porteur peut alors contrôler sa prothèse comme si elle était un membre organique. Des prothèses Myoélectriques[1778], myostatiques[1779], neuroélectriques[1780] aux prothèses neurologiques[1781], l'artifice prothétique a plus que jamais vocation à se fondre et à se confondre avec le corps du porteur, à devenir une partie intégrante de son être, tout aussi indissociable d'elle qu'un élément naturellement présent.

327. De la confusion entre le corps et la machine - Heisenberg prophétisait que *« dans l'avenir les nombreux appareils techniques seront peut-être aussi inséparables de l'homme que la coquille de l'escargot ou la toile de l'araignée. Mais même en ce cas ces appareils seraient des parties de l'organisme humain, plutôt que des parties de la nature environnante »*[1782]. De la jambe de bois à l'implant biosynthétique, le développement des technologies a progressivement gommé la frontière entre le corps et la matière. Conformément aux constatations du Professeur Hélène Gaumont-Prat, le vivant glisse de l'animé vers l'inanimé. Désormais, la technologie s'intègre et s'entremêle directement aux structures biologiques de l'être humain, en rendant incertaine toute frontière entre naturel et artificiel, entre corps et instrument. La technique en vient à se confondre entièrement, et jusque dans ses moindres parties, avec le biologique, à tel point que chaque mécanisme peut adopter pleinement la logique d'un artifice, et inversement[1783].

[1778] Les prothèses myoélectriques fonctionnent grâce aux contractions musculaires contrôlées du patient.

[1779] Les prothèses myotatiques sont contrôlées par les impulsions électriques du cerveau et non les contractions musculaires.

[1780] Les prothèses neuroélectriques sont controlées à l'aide d'électrodes, lesquelles vont capter le message nerveux et l'envoyer vers une interface capable capable des convertir en mouvements.

[1781] Les prothèses neurologiques sont contrôlées indirectement par le cerveau. Celui-ci envoie des signaux électriques naturels par le biais des nerfs traduits et reproduits par la neuroprothèse.

[1782] HEISENBERG (W), *La nature dans la Physique contemporaine*, éd. Gallimard, 1962.

[1783] GAUMONT-PRAT (H), « Réflexions sur l'avis nº122 du Comité consultatif national d'éthique », *RLDC*, n° 117, 1er juillet 2014.

Les dommages subis par un élément prothétique, ou plus globalement non-organique, du corps humain sont en principe considérés comme des dommages matériels classiques. Lorsque le dommage est causé par le caractère défectueux de la prothèse, il s'agit de traiter d'un dommage corporel. Le 12 juillet 2012, la Cour de cassation[1784] a notamment retenu la responsabilité du fabricant, producteur de la prothèse défectueuse. Jusque-là rien d'exceptionnel. Seulement, l'avènement des prothèses sensibles à la douleur et capables de restituer le sens du toucher oblige à penser le dommage en des termes nouveaux. Qu'il s'agisse de la prothèse défectueuse ou du dommage subis par l'élément prothétique, le dommage aura nécessairement une dimension corporelle, morale. La question du *pretium doloris,* du « prix de la douleur », de la souffrance endurée, devra dans tous les cas être posée.

L'artificialisation des fonctions métaboliques du corps humain le transforme petit à petit en un corps inaltérable qui n'a plus rien d'humain. Il devient de plus en plus difficile de distinguer la différence qu'il peut y avoir à terme entre l'être humain et la machine pensante. Dans quelles mesures l'individu amélioré en son corps peut-il demeurer humain ? Pourrait-il exister un seuil de modifications limite au-delà duquel l'individu relèverait plus de la machine que de l'être humain ? Le Professeur Jean Didier Vincent résume l'inquiétude mêlée de fascination qu'engendre les progrès réalisés en la matière : *« L'homme est parvenu à un tournant radical de son histoire où il prend conscience qu'il ne réalisera jamais le rêve cartésien d'être le maître et possesseur de la nature. Il est devenu l'esclave d'une nouvelle nature artificielle qu'il a lui-même produite, une nature supérieure à la misérable natura naturans dont nous sommes les produits naturels. Il cherche aujourd'hui à échapper à cette calamité en alignant son corps sur les instruments. Grâce à l'engineering de l'humain, extrême perversion de l'offre et de la demande, on imite les objets que nous avons fabriqués. Longtemps, l'homme a été le modèle de la machine. Aujourd'hui la machine est le modèle de l'homme »*[1785].

[1784] Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2012, n° 11-17.510 ; *« La responsabilité des prestataires de services de soins, qui ne peuvent être assimilés à des distributeurs de produits ou dispositifs médicaux et dont les prestations visent essentiellement à faire bénéficier les patients des traitements et techniques les plus appropriés à l'amélioration de leur état ».*

[1785] OPECST, *L'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Rapp. n° 1325, 17 décembre 2008, p. 228 ; *« Cinquième partie : neurosciences et imagerie cérébrale : quelles finalités et quels enjeux éthiques ».*

2 - Une artificialisation cognitive

328. Un cerveau-machine - Le développement des technologies dites NBIC (nanotechnologies, biotechnologies, technologies de l'information et sciences cognitives) permet non seulement d'envisager une amélioration significative des capacités physiques, mais aussi cognitives de l'être humain. Depuis plusieurs années, des plans d'action ont été mis en place afin de lutter contre certaines maladies cérébrales et autres dommages du système nerveux. Les chercheurs travaillent par exemple au développement de nouveaux outils miniaturisés pour améliorer l'analyse, le diagnostic[1786] et la thérapie[1787]. La recherche touchant aux implants cérébraux - « BrainChips » ou « Brain implant » - est elle-même censée permettre la restauration de certaines capacités cognitives manquantes ou insuffisantes. Elles pourront aussi instaurer des capacités cognitives nouvelles, non présentes dans l'espèce, en autorisant le contrôle d'appareils électriques ou en augmentant le nombre de connexions neuronales. Ces systèmes, en s'affranchissant de l'interface conventionnelle, permettraient d'écourter les temps de réponse et même de réaliser plusieurs actions de manière simultanée[1788].

Le cerveau reste néanmoins l'organe le plus complexe du corps humain, il est le régulateur des autres organes et du système nerveux, mais il constitue aussi le siège des fonctions cognitives. À terme, l'objectif est de construire de véritables prothèses cérébrales capables de reproduire tout ou partie des phénomènes cognitifs.

329. Une distinction entre la machine et la personne - D'un point de vue strictement juridique, la personne n'est à aucun moment altérée par les mutations résultant d'éventuelles améliorations, quand bien même son corps ne serait plus qu'une masse plus

---

[1786] Concernant le diagnostic, parmi les technologies développées, les chercheurs de l'Institut Léti du CEA travaillent à la mise au point de laboratoires sur puce ou labopuces. Destinés au diagnostic in vitro, ces labopuces sont des systèmes intégrant toutes les étapes d'une analyse biologique, du traitement de l'échantillon au rendu du résultat.

[1787] Des « nano-outils » sont par ailleurs aussi en cours de développement. Utilisant des nanorobots capables de contrôler l'état de santé d'un patient ou d'agir au niveau subcellulaire en cas d'apparition d'une maladie, ces nanorobots pourraient être introduits dans le système vasculaire puis programmés et guidés par un chirurgien pour mettre en évidence les origines moléculaires de certaines pathologies

[1788] V. Site internet du CNRS.

ou moins cohérente d'éléments artificiels[1789]. Il s'agit de se rappeler que le sujet de droit n'est pas, dans son acception juridique, un être de chair et d'os. Élaborée comme un support de droits, il s'agit pour elle de qualifier l'acteur casuel du théâtre juridique : le créancier, le débiteur, le propriétaire. En tant que modèle construit par l'esprit pour servir de support à des droits et des obligations, la personne n'est pas en droit un homme à proprement parler, mais l'unité personnifiée des normes juridiques qui obligent et qui investissent de droits une entité considérée[1790]. En tant qu'incarnation de la personne, le corps est celui qui lui confère un état et une forme. De la représentation à la figuration, le corps humain est l'image que la personne va donner à voir d'elle-même et par laquelle elle sera premièrement considérée et jugée. Point fixe dans un monde mouvant, le corps est une manière nécessaire d'assigner une identité[1791]. Il est la forme socialement instituée d'une individualité biologique qui assure la constance et l'unité à travers le temps et les espaces sociaux des différents agents sociaux qui sont la manifestation de cette individualité dans les différents champs possibles où il intervient en tant qu'agent, c'est-à-dire dans toutes ses histoires de vie possibles[1792].

L'artificialisation du corps humain et son hybridation corrélative font de lui la prothèse d'un « moi » éternellement en quête d'une incarnation provisoire pour assurer une trace significative de soi. Sombrant dans la subjectivité, le corps n'est plus alors qu'un accessoire de la présence, une matière première à redéfinir, à soumettre au design du moment. Il serait ainsi que le décrit David Lebreton : *« Un gadget, un lieu idéal de mise en scène pour effets spéciaux »*[1793]. Dans une version moderne du dualisme, laquelle n'opposerait plus corps et âme, mais corps et sujet de droit. N'étant plus l'incarnation irréductible du sujet, son être au monde, mais une construction, un objet transitoire et manipulable susceptible de maints appariements. Non plus identité à soi, destin de la personne, il est un capital de départ, une somme de parties éventuellement détachables et remplaçables à la disposition d'un sujet pour qui il est la pièce maîtresse de l'affirmation

---

[1789] V. DAVID (A), *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses*, Thèse, Paris, 1953.
[1790] *Supra.* n° 23 et s.
[1791] GALLOUX (J-C), *La personne physique entre réalité biologique et matérialité*, *L'identité politique*, éd. Puf, 1994, p.172 et s.
[1792] *Supra.* n° 45 et s.
[1793] LEBRETON (D), *L'adieu au corps*, éd. Métailié, 2013, p. 29.

personnelle[1794]. L'obsolescence du corps humain est un fait acquis. La tache première est de se débarrasser de la chair superflue et encombrante qui limite le déploiement technologique d'une humanité en pleine métamorphose[1795].

Après avoir prôné l'existence d'une union ontologique entre la personne et le corps, le droit positif français a cherché à répondre aux nouveaux usages médicaux du corps par l'affirmation d'un droit de disposer de son corps qui réintroduit cependant une forme de dualisme personne/corps. Dans un premier temps, le discours juridique a tenté de résister à la contamination par le dualisme en invoquant des principes juridiques censés s'opposer à la dissociation conceptuelle entre le corps et la personne. Dans un second temps, les biotechnologies et la contrariété constante des principes invoqués avec la réalisation des pratiques du corps ont eu raison de la résistance au processus d'objectivation juridique du corps. La règle juridique semble avoir entériné la réalité de certains usages du corps qui lui a été imposée, notamment, par la représentation objectivante et médicale du corps humain, de ses éléments et produits[1796]. À l'heure actuelle, le corps n'est plus qu'un outil au service de la reconnaissance et de l'identification de la personne juridique. Avec les progrès dans le domaine des biotechnologies, l'union ontologique entre la personne et le corps a volé en éclats. Altérable, modulable, aliénable et interchangeable, le corps humain , ses éléments et produits, sont comme la robe de l'avocat. Comme le note justement le Professeur Xavier Labbée : *« La robe de l'avocat signalise l'avocat. Elle permet, dans une certaine mesure d'identifier le personnage. Or une robe est un objet : l'avocat peut retirer sa robe, utiliser la robe d'un de ses confrères, et changer plusieurs fois de robes au cours de sa carrière. Il n'en reste pas moins un avocat ; et si la robe caractérise avocat dans sa profession elle n'en reste pas moins une chose »*[1797].

[1794] LEBRETON (D), Op. cit., p. 30 et s. ; *« Le corps est aujourd'hui un alter ego, un double, un autre soi-même mais disponible à toutes les modifications, preuve radicale et modulable de l'existence personnelle et affichage d'une entité provisoirement ou durablement choisie »*.

[1795] Le fantasme ultime est celui de la dématérialisation du vivant.

[1796] MARZANO (M), « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000, p. 60.

[1797] LABBÉE (X), *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 49.

Paragraphe 2 - De la machine à la personne

330. Une désincarnation 2.0 - Les progrès réalisés ont abouti à la création d'une nouvelle nature artificielle. Si les humains se robotisent, les robots, à l'inverse, s'humanisent. Si la personne tend, par l'intégration de prothèses de plus en plus perfectionnées, à se rapprocher du robot, l'inverse est aussi vrai. Avec les progrès dans le domaine de l'intelligence artificielle, le combat conceptuel entre l'homme et la machine est aussi devenu une réalité sur le plan cognitif.

La volonté de créer un être semblable à l'homme est l'un des rêves les plus anciens de l'humanité[1798]. Du mythe antique de Pygmalion, à la créature de Frankenstein imaginée par Mary Shelley, l'être humain a toujours rêvé de construire des entités intelligentes dotées d'une apparence humaine. Cette ambition nietzschéenne[1799] est née comme domaine scientifique en 1956[1800], avec comme programme de recherche celui de donner aux ordinateurs des capacités d'intelligence, en particulier de résoudre des problèmes habituellement résolus par des processus mentaux de haut niveau chez les êtres humains.

L'intelligence artificielle et la robotique (A) interrogent l'humanité, son ordonnancement. Fort logiquement, le phénomène invite à une confrontation au droit, au point de susciter une réflexion sur l'évolution des règles du droit positif. Les progrès réalisés ces dernières années laissent à penser qu'un robot pourrait, à terme, se rapprocher tellement de la personne humaine qu'il faudrait envisager de lui conférer certains droits. Faut-il penser à une formalisation nouvelle de la personne juridique (B).

[1798] BENSAMOUN (A), « Des robots et du droit… », *Dalloz IP/IT*, 2016, n° 6, p. 281.

[1799] NIETZSCHE (F), *Le Gai Savoir*, éd. Mercure de France, 1901, p. 180 ; *« Dieu est mort ! Dieu reste mort ! Et c'est nous qui l'avons tué ! Comment nous consolerons-nous, nous, les meurtriers des meurtriers ? Ce que le monde a possédé jusqu'à présent de plus sacré et de plus puissant a perdu son sang sous notre couteau. Qui effacera de nous ce sang ? Avec quelle eau pourrons-nous nous purifier ? Quelles expiations, quels jeux sacrés serons-nous forcés d'inventer ? La grandeur de cet acte n'est-elle pas trop grande pour nous ? Ne sommes-nous pas forcés de devenir nous-mêmes des dieux pour du moins paraître dignes des dieux ? ».*

[1800] Un des théoriciens précurseurs de l'informatique, le mathématicien et cryptologue britannique Alan Mathison Turing, lança le concept d'intelligence artificielle dès 1950, lorsqu'il eu décrit le « Jeu de l'imitation » dans l'article *« Computing Machinery and Intelligence »*. Subséquemment, l'intelligence artificielle est née comme domaine scientifique avec comme programme de recherche celui de donner aux ordinateurs des capacités d'intelligence, en particulier de résoudre des problèmes habituellement résolus par des processus mentaux de haut niveau chez les êtres humains ; V. Conférence de Dartmouth, 1956.

A - INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET ROBOTIQUE

L'arrivée de systèmes autonomes conduit à réfléchir à l'adaptabilité du système juridique français. La tendance actuelle au développement de machines intelligentes et autonomes ne procure pas seulement des avantages économiques, mais engendre également de multiples préoccupations quant à leurs effets directs et indirects sur la société dans son ensemble[1801] ? Réelle ou apparente, l'humanité du robot **(*1*)** invite notamment le droit à s'interroger quant à la reconnaissance d'une éventuelle personnalité à son endroit **(*2*).**

1 - L'humanité du robot comme ambition

331. Une liberté décisionnelle - L'objectif avoué de l'intelligence artificielle est de se rapprocher, d'égaler, voire de surpasser l'intelligence humaine. Développée afin d'améliorer l'adaptabilité des outils informatiques, elle doit permettre de fournir à l'utilisateur des réponses plus efficaces, fiables et personnalisées. Associant matériels et logiciels, l'intelligence artificielle autorise des capacités d'analyse et de décision permettant une adaptation intelligente aux situations..

Du fait de son application à tous les domaines économiques et sociaux, les responsables politiques du monde entier présentent l'intelligence artificielle comme un levier de pouvoir majeur[1802]. Plusieurs gouvernements ont déjà porté le sujet de l'intelligence artificielle dans le débat public et lancé des initiatives nationales[1803]. Leur objectif commun est de s'inscrire dans un processus de compétitivité internationale, d'un point de vue économique et réglementaire[1804]. En France, l'irruption de l'intelligence

---

[1801] MENDOZA-CAMINADE (A), « Le droit confronté à l'intelligence artificielle des robots : vers l'émergence de nouveaux concepts juridiques ? », *D.* 2016, p. 445.

[1802] VILLANI (C), *Donner un sens à l'intelligence artificielle, Pour une stratégie nationale et européenne*, Rapp., 28 mars 2018, p. 10 et s. ; *« L'emblématique interview à Wired de Barack Obama en octobre 2016 montrait que ce dernier avait bien compris l'intérêt de faire de l'avance américaine en intelligence artificielle un outil redoutable de soft power. Le Président russe Vladimir Poutine a quant à lui affirmé que « celui qui deviendra le leader dans ce domaine sera le maître du monde », comparant l'intelligence artificielle aux technologies nucléaires ».*

[1803] V. Rapp. de synthèse, *France intelligence artificielle*, 21 mars 2017, p. 3.

[1804] BENSAMOUN (A) et LOISEAU (G), « L'intégration de l'intelligence artificielle dans l'ordre juridique en droit commun : questions de temps », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 239.

artificielle au cœur du débat public remonte à une lettre d'avertissement sur ses dangers potentiels, publiée le 10 janvier 2015, lancée pour alerter l'opinion publique et insister sur l'urgence de définir des règles éthiques, afin de cadrer la recherche. Cette alerte a contribué à renforcer les craintes et les angoisses[1805] face au déploiement des technologies d'intelligence artificielle. Parce qu'elle pourrait bien dépasser l'homme dans la plupart des domaines, elle nourrit de nombreux récits et de nombreuses peurs. Mais en marge de la toute-puissance de l'intelligence artificielle, du basilique de Roko[1806], du mythe de la singularité ou encore du transhumanisme, l'intelligence artificielle suscite surtout de nombreuses interrogations quant aux bouleversements qu'elle peut générer dans le travail et dans l'organisation de la société.

L'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) s'est prononcé pour une intelligence artificielle maîtrisée, utile et démystifiée. Plutôt qu'une hypothétique confrontation dans le futur entre les hommes et les machines, qui relève d'une forme de science-fiction dystopique, les rapporteurs de l'OPECST sont convaincus du bel avenir de la complémentarité personne-machine. À leurs yeux, l'intelligence artificielle représente une chance à saisir pour nos sociétés et nos économies[1807]. Elles conduisent d'ores et déjà à bon nombre d'applications et ouvrent un espace d'opportunités inédit. Les applications sectorielles présentes ou futures sont d'envergure considérable : éducation, environnement, énergie, transports, agriculture, commerce, finance, défense, sécurité informatique, communication, loisirs, santé, handicap[1808]. À en croire le rapport de la mission d'information sur le redressement de la

---

[1805] Du fait de ses ambitions, l'intelligence artificielle s'est développée de concert avec les imaginaires les plus délirants, les plus angoissants et les plus fantastiques ; CAMERON (J), Terminator 2, Film, 1991 ; *« Le financement de Skynet est voté. Le système se met en place le 4 août 1997, la décision humaine est éliminée de la Défense Stratégique. Skynet commence à apprendre à vitesse géométrique. Il devient autonome le 29 août 1997 à 2h14 du matin, heure de Greenwich ».*

[1806] L'idée est qu'une super intelligence artificielle pourrait punir ceux qui n'ont pas aidés à sa création et récompenser ceux qui l'ont fait.

[1807] OPECST, *Pour une intelligence artificielle maîtrisée, utile et démystifiée*, Rapp. n° 464, 15 mars 2017 ; « *Nous allons bien plus vers une intelligence humaine augmentée que vers une intelligence artificielle concurrençant l'homme ».*

[1808] V. Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Pour une intelligence artificielle maîtrisée, utile et démystifiée*, Rapp. d'infirmation n° 464, 15 mars 2017 ; CHATILA (R), « Intelligence artificielle et robotique : un état des lieux en perspective avec le droit », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 284.

justice[1809], présenté au Sénat le 4 avril 2017, l'intelligence artificielle pourrait même participer à sauver la justice[1810].

À terme, l'objectif est de conférer au robot une véritable liberté décisionnelle. Il s'agirait de le rendre capable de prendre des décisions de manière libre et donc de formuler des réponses qui ne relèvent pas d'un automatisme ni d'une recherche lexicographique en base de données. Cette forme d'intelligence avec la fonctionnalité d'apprentissage associée permettrait aux robots physique et virtuel d'agir de manière autonome[1811]. Elle participerait dans le même temps à la constitution d'une individualité propre. Le robot cesserait dès lors d'être une chose fongible et interchangeable pour devenir une chose singulière susceptible d'avoir conscience d'elle-même. Le problème qui se pose alors est de savoir de quelle manière le robot va pouvoir réagir devant des dilemmes moraux, c'est-à-dire des situations dans lesquelles toutes les décisions possibles ont des effets néfastes[1812]. Cette interrogation n'est pas sans rappeler les fameuses lois d'Asimov touchant à l'éthique de la robotique, lesquelles fournissent finalement au robot une certaine base morale. Chaque individu reçoit dès sa naissance une éducation qui lui permet de développer un ensemble de connaissances et de valeurs morales nécessaires au développement de sa personnalité et à son intégration sociale.

332. Une apparence anthropomorphe - Le terme « robot » est une forme de *robota*[1813], mot par lequel le dramaturge tchèque Karel Capek désignait dans *Les robots universels de Rossum* des machines capables de réaliser tout travail normalement effectué par un être humain. Le robot est un objet protéiforme, entre le réel et la chimère. Les premiers robots, plus justement nommés automates, ont d'abord été imaginés suivant un concept anthropomorphique. Pourtant, tous les robots n'ont pas vocation à adopter une

---

[1809] Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, *Cinq ans pour sauver la justice !*, Rapp. d'information, n° 495, 4 avril 2017.

[1810] FRICERO (N), « Les chiffres-clés pour sauver la justice : 5 ans, 4 objectifs, 127 propositions ! À propos du rapport de la mission d'information sur le redressement de la Justice », *JCP G*, 2017, p. 519, n° 19-20 ; ZAMBRANO (G), *Justice prédictive et intelligence artificielle*, Conférence, Avignon, 25 mai 2018 ; LASSERRE (M-C), « L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur ? », *LPA*, 30 juin 2017, n° 130 ; COUSTET (T), « La réalité derrière le fantasme de la justice robot », *Dalloz actualité*, 15 avril 2019.

[1811] BENSOUSSAN (A) et BENSOUSSAN (J), *Droit des robots*, éd. Larcier, 2015, p. 42.

[1812] CHATILA (R), *Intelligence artificielle et robotique : un état des lieux en perspective avec le droit*, Dalloz IP/IT, 2016, p. 284.

[1813] « Travail pénible », « corvée ».

forme humaine. Les modèles industriels, qui constituent la majorité du parc actuel, s'en tiennent à une apparence de machines-outils. Ils comprennent généralement un système mécanique articulé doté d'actionneurs, un système de commande programmable en interaction avec les environnements interne et externe, un système décisionnel et une interface homme/machine. Bien qu'il soit souvent fait référence à l'anatomie humaine pour décrire leurs éléments de structure : bras, coude, avant-bras, poignet, main, ces robots ne bénéficient pas d'une apparence humaine[1814].

Sortir les robots des industries ou des laboratoires pour les insérer dans les foyers ou sur les lieux de travail implique de développer des machines polyvalentes capables d'interagir avec l'homme. C'est ainsi que sont nés les robots humanoïdes[1815]. Dotées d'un torse avec une tête, deux bras et deux jambes[1816], le but a été de donner aux machines des caractéristiques humaines afin de permettre une interaction plus naturelle et donc plus efficace avec elles. Leur forme humaine faciliterait leur intégration aux environnements conçus pour les humains et seraient en ce sens l'une des clés pour les intégrer pleinement à la vie quotidienne.

Bien que cette ressemblance ait ses limites[1817], elle est susceptible d'entrainer un sentiment d'anthropomorphisme. Aligner l'apparence, la voix, le discours et le comportement de la machine sur quelque chose de très réaliste est susceptible de provoquer chez l'usager un sentiment de proximité. Guidé par l'empathie ressentie à l'égard de ces figures humaines, celui-ci risque de lui attribuer des sentiments et des états mentaux typiquement humains. Coupable de vouloir identifier chez eux des comportements calqués en réalité sur les réactions humaines, une relation émotionnelle est susceptible de se développer entre l'homme et le robot[1818]. Le robot intelligent devient en

---

[1814] *Axis l'univers documentaire*, Dossiers, Vol. 9, éd. Hachette, 1994, p. 182.

[1815] Un robot dit « humanoïde » est un robot dont l'apparence générale rappelle celle du corps humain.

[1816] V. ASIMO, *« Advanced Step in Innovative Mobility »*, robot humanoïde développé par Honda ; HRP–4C , robot réalisé par l'Institut public Japonais des technologies industrielles avancées.

[1817] À défaut de reproduire parfaitement un visage humain, l'imperfection est susceptible de provoquer un sentiment de rejet. La notion de « vallée de l'étrange » (Uncanny Valley), inventée dans les années 1970 par le roboticien Masahiro Mori, désigne le fait que, lorsqu'un objet atteint un certain degré de ressemblance anthropomorphique apparaît une sensation d'angoisse et de malaise. Masahiro Mori estime qu'une machine qui se présente en tant que telle ne provoque aucun sentiment de familiarité. Seuls les robots qui reproduisent certaines caractéristiques humaines, sans toutefois être des répliques parfaites de l'être humain, sont en mesure de susciter ce sentiment.

[1818] V. FRISON-ROCHE (M-A), « La disparition de la distinction *de jure* entre la personne et les choses : gain fabuleux, gain catastrophique », *D.* 2017, p. 2386.

ce sens une extension de l'humanité[1819]. Le raisonnement est le même que celui mené vis-à-vis de l'animal. Intimement lié à la vie privée et familiale de son propriétaire, le robot *alter ego* s'accompagne d'un certain degré d'individuation et de personnification.

2 - La personnalité du robot en question

333. Une responsabilité du fait du robot - Les robots sont des objets manufacturés. L'humanoïde, quant à lui, n'est ni un humain ni une personne physique, même s'il lui ressemble[1820]. Il est uniquement possible d'entretenir avec lui un rapport de droit réel[1821]. L'humanoïde, aussi perfectionné soit-il, est un automate, une simple chose protégée par le droit des biens, et placée sous la responsabilité de son propriétaire[1822] dont il est un élément du patrimoine[1823].

Appréhendé à la fois comme une richesse et comme un risque, le robot est non seulement un élément d'actif susceptible d'être cédé, mais est aussi un élément susceptible d'engager la responsabilité civile de son fabricant ou de son gardien. De manière générale, si le robot cause un dommage c'est parce qu'il y a un défaut dans la manière dont il a été fabriqué, assemblé. Dans d'autres situations, il peut causer un dommage parce que son maître lui a donné une instruction, un ordre inadéquat[1824]. Pour les choses dotées d'un dynamisme propre, la jurisprudence a créé une distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement ; le fabricant conservant la garde de la structure, tandis que le maître a la garde du comportement[1825].

[1819] BIOY (X), « Vers un statut juridique des androïdes ? », *Journal international de bioéthique*, Vol. 24, 2013, p. 87.

[1820] Directive 91/250/CEE, 14 mai 1991 ; Art. L.611-10 du Code de la propriété intellectuelle.

[1821] LABBÉE (X), « La fin du monde, la fin du droit ou la transition juridique ? », *D.* 2019, n° 2, p. 79 ; *« Mais pour combien de temps encore ? La réponse est incertaine en raison du fait que l'homme aujourd'hui se robotise : on préférera bientôt le coeur « CARMAT » - tout neuf et garanti - au coeur humain d'occasion qui a déjà servi... Par ailleurs, pour exercer ses droits subjectifs (faire un procès, payer ses impôts...), il faut désormais être « connecté ». L'humain qui ne l'est pas risque à terme d'être exclu de la scène juridique ».*

[1822] Art. 1242 du Code civil.

[1823] LABBÉE (X), « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », *LPA*, n° 105, 27 mai 2011, p. 7 ; *« C'est le corps (et les machines qui peuvent le remplacer) qui constituent l'accessoire de la personne. Mais surtout pas l'inverse. Ce principe que notre droit contemporain a traduit par la notion de primauté de la personne, apparaît plus que jamais - à nos yeux- un principe fondamental. La distinction entre l'âme et le corps, qu'on peut traduire en langage juridique par la distinction sujet objet, demeure au coeur du débat ».*

[1824] NETTER (E), *Le statut juridique des droïdes*, Conférence, Strasbourg, 3 décembre 2015.

[1825] Cass. civ. 2ème, 10 juin 1960.

334. Une responsabilité propre au robot - Pour l'heure, l'intelligence artificielle générale, qui serait comparable aux capacités généralisées de l'esprit humain, n'existe pas[1826]. Pour autant, cela ne justifie pas qu'il ne faille pas prendre en compte les progrès à venir, notamment via le *machine learning*, méthode qui permet à une machine d'évoluer seule grâce à un processus d'apprentissage.

Sous couvert d'une intelligence suffisamment ouverte, le robot pourrait aller jusqu'à avoir conscience de lui-même. À cet égard, il pourrait, de son propre fait, être amené à provoquer des accidents et causer des dommages à des tiers. Il est dès lors possible de se demander si les règles ordinaires en matière de responsabilité seraient suffisantes ou si des principes et règles nouvelles seraient nécessaires afin de clarifier la responsabilité juridique pour les actes ou l'inaction d'un robot dont la cause ne peut être attribuée à un acteur humain en particulier, et pour déterminer si les actes ou l'inaction du robot qui ont causé des dommages auraient pu être évités. Dans l'hypothèse ou un robot puisse prendre des décisions de manière autonome, les règles habituelles ne suffiraient pas à établir la responsabilité juridique pour dommages causés par un robot, puisqu'elles ne permettraient pas de déterminer quelle est la partie responsable pour le versement des dommages et intérêts ni d'exiger de cette partie qu'elle répare les dégâts causés.

Le Parlement européen - reprenant le rapport de la Commission des affaires juridiques - a adopté le 16 février 2017, une résolution contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique. Les députés européens ont demandé à la Commission de présenter une proposition de directive sur les règles de droit civil sur la robotique en suivant les recommandations de l'annexe de la résolution, afin d'assurer un standard de sûreté et de sécurité[1827]. Les députés européens soutiennent qu'un projet législatif est urgent afin de définir, notamment, une série de règles en matière de responsabilité, de transparence, et d'obligation de rendre des comptes, qui reflètent les

---

[1826] LOISEAU (G), « La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique », *JCP*, 2018, p. 597 ; ROUVIÈRE (F), « Le robot-personne ou Frankenstein revisité », *RTD. civ*., 2018, p. 778.

[1827] *« Considérant que, maintenant que l'humanité se trouve à l'aube d'une ère où les robots, les algorithmes intelligents, les androïdes et les autres formes d'intelligence artificielle, de plus en plus sophistiqués, semblent être sur le point de déclencher une nouvelle révolution industrielle qui touchera probablement toutes les couches de la société, il est d'une importance fondamentale pour le législateur d'examiner les conséquences et les effets juridiques et éthiques d'une telle révolution, sans pour autant étouffer l'innovation ; Considérant qu'il est nécessaire de créer une définition acceptée par tous des notions de robot et d'intelligence artificielle qui soit flexible et n'entrave pas l'innovation ».*

valeurs humanistes intrinsèquement européennes et universelles qui caractérisent la contribution de l'Europe à la société. La résolution défend l'idée que les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques responsables tenues de réparer tout dommage causé à un tiers.

En annexe de la résolution, il est privilégié de créer un régime d'assurance robotique reposant éventuellement sur l'obligation faite au fabricant de contracter une police d'assurance pour les robots autonomes qu'il fabrique[1828]. Dans ce contexte, accorder un statut légal aux robots doit permettre d'indemniser les victimes en cas de dommages. Les robots pourraient ainsi devenir des sujets de droit et se voir attribuer une responsabilité envers leurs actes, et notamment sur les dommages qu'ils pourraient causer. Le but n'est pas de donner un statut humain aux robots. Le gain attendu est de les considérer comme des personnes responsables, du moins pour ceux dont l'intelligence artificielle est suffisante.

L'idée d'une personnalité juridique qui leur serait propre procède d'une représentation du robot autonome comme d'une créature susceptible d'agir, voire de se comporter, comme une personnes[1829]. Potentiellement capable de jouir de droits et d'être assujetti à des obligations, il s'agirait ici de donner vie à une autre chimère, mi-personne mi-chose, à la fois sujet de droit et objet de droit[1830]. Conférer au robot le statut de quasi-personne reviendrait à sécuriser son insertion dans le tissu social, à enregistrer et valider une réalité, lui donner un poids supplémentaire, un relief particulier qui ouvre un nouvel espace pour l'argumentation et les analogies[1831]. L'idée étant de singulariser la place du robot intelligent dans l'éventail juridique en lui conférant un statut aligné sur ses capacités et son rôle social[1832]. Dans un système légal sophistiqué, droits et responsabilités marchent généralement main dans la main.

[1828] COURTOIS (G), « Robots intelligents et responsabilité : quels régimes, quelles perspectives ? », *Dalloz IP/IT*, 2016 p. 287.

[1829] BENSAMOUN (A) et LOISEAU (G), « L'intégration de l'intelligence artificielle dans l'ordre juridique en droit commun : questions de temps », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 239 ; BENSOUSSAN (A) et BENSOUSSAN (J), *Droit des robots*, éd. Larcier, 2015, p. 41 et s.

[1830] BENSAMOUN (A) et LOISEAU (G), « *L'intelligence artificielle : faut-il légiférer ? »*, *D.* 2017, p. 581.

[1831] ROUVIÈRE (F), « Le robot-personne ou Frankenstein revisité », *RTD. civ*., 2018, p. 778

[1832] BENSOUSSAN (A), « Droit des robots, science-fiction ou anticipation ? », *D.* 2015 p. 1640 ; DAUPS (T), « Le robot, bien ou personne ? Un enjeu de civilisation ? », *LPA*, 11 mai 2017, n° 94.

B - VERS UNE FORMALISATION NOUVELLE DE LA PERSONNE

L'émergence d'un droit des animaux et d'un droit des robots appelle une interrogation sur la notion de sujet de droit. Elle pose la question de leur nature à la lumière des catégories juridiques existantes et de la nécessité de créer de nouvelles sous catégories dotées de leurs propres caractéristiques et effets spécifiques. De la fixation de seuils de personnalité (***1***) à l'abandon de la distinction personne/chose (***2***), il s'agit *in fine* de parvenir à un aménagement de la catégorie dédiée aux personnes.

1 - La fixation de seuils de personnalité

335. Une personnalité progressive - Pour Demogue, c'est la notion même de sujet de droit qu'il faut remettre en cause. Utilisée comme une technique, souple, comme un procédé de connaissance, un moyen d'adaptation aux choses extérieures, elle pourrait permettre d'établir des « degrés », ou des « seuils » de personnalité et de présenter une alternative à la réflexion en termes de catégories.

Le mineur ne bénéficie, par exemple, que d'une parcelle de personnalité, qui s'affirme petit à petit, à mesure qu'il grandit. Jusqu'à ses dix-huit ans, le mineur est juridiquement titulaire de droits subjectifs, mais ne peut pas toujours les exercer[1833]. À moins de demander son émancipation[1834], ce n'est que lors de son passage à l'âge adulte qu'il rentre en pleine possession de ses facultés juridiques. En attendant, le mineur est un incapable juridique, ce qui signifie qu'il ne peut pas s'engager juridiquement sans l'accord de ses responsables légaux lesquels ont l'administration et la jouissance de ses biens[1835]. Il ne peut effectuer que des actes courants. L'incapacité du mineur peut être qualifiée « d'incapacité de protection ». Le mineur est considéré trop jeune et trop inexpérimenté pour se protéger lui-même, prendre les bonnes décisions. Cette incapacité est instituée dans son intérêt pour éviter des engagements pris sans discernement.

[1833] Art. 414 du Code civil.
[1834] Art. 413-1 et s. du Code civil.
[1835] Art. 382 et s. du Code civil.

La capacité de discernement du mineur[1836] est le moment ou celui-ci comprend ce qui arrive et est capable de prendre des décisions en conséquence. Un jeune enfant ne peut se voir reprocher une infraction que s'il a compris et voulu l'acte[1837]. En France, l'âge de la responsabilité pénale, c'est-à-dire l'âge à partir duquel les mineurs sont considérés comme suffisamment âgés pour voir leur responsabilité pénale reconnue, n'est pas précisément fixé[1838]. Les mineurs capables de discernement peuvent non seulement, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendus par le juge[1839], mais sont aussi pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables. Seuls les mineurs de treize à dix-huit ans peuvent subir des sanctions pénales[1840]. La jurisprudence considère en général que, dès huit à dix ans, les enfants possèdent la capacité de discernement suffisante pour être pénalement responsables de leurs actes[1841]. Toutefois, s'il a moins de dix ans, l'enfant ne peut faire l'objet que de mesures éducatives. Entre dix et douze ans, le mineur peut, en plus, faire l'objet de sanctions éducatives. Entre treize et quinze ans, le mineur peut être placé en centre éducatif fermé dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve. Il peut aussi être sanctionné d'une amende de 7.500 euros maximum. Dans les cas les plus graves, il peut aller en prison, mais sa peine ne peut pas excéder la moitié du maximum prévu pour un majeur. À partir de seize ans, un adolescent peut être sanctionné par des travaux d'intérêt général. À titre exceptionnel, et selon la personnalité du mineur et la circonstance de son infraction, il peut être jugé comme un adulte[1842].

Au demeurant, la personnalité juridique n'est pas monolithique. La personne vient à l'être graduellement. Avec l'âge, le mineur acquiert une aptitude naturelle à consentir, à choisir, à contracter.

[1836] Cons. const, 29 août 2002, n° 2002-461 DC.

[1837] Cass. crim.,13 décembre 1956, n° 55-05.772 ; *« Le mineur dont la participation à l'acte matériel à lui reproché est établie, ait compris et voulu cet acte ; que toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté »*.

[1838] SERVICE DES ÉTUDES JURIDIQUES, *Étude de législation comparée*, n° 173, juin 2007.

[1839] Art. 388-1 du Code civil ; Cass. civ. 1ère, 17 octobre 2007, n° 07-11.449 ; Cass. civ. 2ème, 20 novembre 1996, n° 93-19.937 ; Cass. civ. 1ère, 12 avril 2012, n° 11-20.357 ; Cass. civ. 1ère, 15 mai 2013, n° 12-12.224 ; Cass. civ. 1ère, 12 juin 2013, n° 12-13.402.

[1840] Art. 122-8 du Code pénal.

[1841] Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93.031.

[1842] Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

336. Une personnalité dégressive - L'idée d'un « seuil » de personnalité se caractérise par une paradoxale combinaison de matérialisme scientifique et de réductionnisme de la personne, soit à la pensée, soit à l'auto-conscience[1843]. S'il peut être discutable - au regard de l'arbitraire en cause - de décider d'attribuer à un individu la qualité de personne juridique suivant ses seuls critères physiques[1844], il en est de même dans la détermination des seuils suivant la conscience ou les facultés cognitives. Elle peut aller *crescendo* ou *decrescendo*. À y regarder de près, le droit positif ne fonctionne pas uniquement en termes d'opposition entre personnes et choses mais plutôt sous l'angle d'une protection graduelle des personnes. La personnalité juridique se renforce et s'amenuise par étapes[1845].

Suivant l'article 1145 du Code civil : *« Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi »*. Ici, la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Par principe toute personne ayant la personnalité juridique est considérée comme capable, c'est-à-dire comme étant apte à avoir des droits et à les exercer. Deux degrés se distinguent dans la capacité juridique : la capacité de jouissance, qui est l'aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation, et la capacité d'exercice, qui est l'aptitude à faire valoir par soi-même et seul un droit dont on est titulaire, sans assistance ni représentation par un tiers[1846]. Dans certains cas, la loi peut prévoir qu'une personne puisse être privée de l'exercice et/ou de la jouissance de ses droits. Cela lui permet d'assurer sa protection, lorsque l'état ou la situation de la personne le rend nécessaire. La protection de la personne vulnérable est assurée en droit civil par la faculté de faire annuler les actes qu'elle passe sous l'empire d'un trouble mental et par la possibilité d'habiliter à agir pour elle[1847]. Cette protection a pour effet de limiter la liberté d'agir de la personne protégée, dans son propre intérêt.

[1843] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996, p. 117 et s.

[1844] *Supra.* n° 33 et s.

[1845] MÉMENTEAU (G), « Vie biologique et personnalité juridique : qui se souvient des hommes ? », *La personne humaine sujet de droit*, 4ème journée SAVATIER, éd Puf, 1994, p. 21 ; RAYMOND (G), « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. pal.*, 1993, p. 527 et s.

[1846] CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014, p. 148.

[1847] VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G), *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd. 2017, n° 580.

À 18 ans, « âge tremplin », l'individu devient capable - en principe - jusqu'à sa mort. La vieillesse, quant à elle, ne rend pas nécessairement l'individu incapable. Il n'y a pas d'âge « toboggan »[1848]. Néanmoins, le temps et l'altération des facultés qu'il draine avec lui peuvent conduire la personne à accomplir des actes juridiques malencontreux ou, au contraire, à négliger d'agir quand il le faudrait. Lorsqu'une personne majeure connaît une altération de ses facultés mentales, mais aussi corporelles qui la place dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts, le juge organise sa protection dans le respect des libertés individuelles[1849]. Il choisit la mesure la plus appropriée par rapport à la situation de la personne à protéger et ses intérêts[1850]. Le juge doit en principe moduler les techniques de protection à savoir la sauvegarde, la curatelle, la tutelle en fonction des besoins des personnes[1851]. La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé[1852].

2 - La relativisation de la distinction personne/chose

337. Une nature hybride - Est sujet de droit, tout être susceptible d'être titulaire de droits et d'obligations. Pour une grande partie des auteurs, la distinction fondamentale entre les personnes et les choses se doit d'exclure toute double appartenance[1853].

Dans la vulgate juridique, l'esclave n'est pas considéré comme une personne, mais comme une chose. Il est un élément du patrimoine de son maître, lequel peut en disposer librement. Pourtant, il semblerait que son régime juridique ait été plus complexe, aussi bien à Rome qu'en France[1854]. Tantôt objet de droit, tantôt sujet de droit, l'esclave répondait à une qualification mixte[1855]. Soumis à la *potestas* de son maître, l'esclave *res*

[1848] V. NOGUÉRO (D), *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse, Paris II, mai 2000.
[1849] Art. 425 du Code civil.
[1850] Art. 415 du Code civil.
[1851] Art. 471 du Code civil ; Cass. civ. 1ère, 15 mai 2001, n° 99-13.306.
[1852] Art. 428 du Code civil.
[1853] ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T), *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006, p. 238, n° 276.
[1854] ARNOUX (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003, p. 50 ; *« À Rome, il appartenait plutôt à une classe particulière de personnes à laquelle le droit ne conférait pas pleine capacité juridique, comme l'étranger ou le mineur »*.
[1855] GAIUS, *Institutes*, Livre 1. §48 ; *« Sequitur de jure personarum alia divisio; nam quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri unt subjectae. »* : *« Voici une autre division dans le droit sur les personnes. ; les unes sont maitresses d'elles-mêmes, les autres sont au pouvoir d'autrui »*.

corporalis était en même temps conçu comme une chose et comme une personne. L'Édit royal de mars 1685 touchant la police des îles de l'Amérique française[1856], reconduit cette conception dualiste de l'esclave dans les colonies françaises. Sous l'empire du « Code noir », l'esclave est un être meuble[1857]. Malgré tout, cette disposition n'en fait pas une chose totalement dénuée de personnalité juridique. Il était considéré comme une personne, lorsqu'il exerçait une fonction qui le mettait en relation avec le système juridique, et une chose lorsqu'il était l'objet d'un contentieux[1858]. L'esclave pouvait notamment être poursuivi criminellement, sans qu'il soit besoin de passer par l'intermédiaire de son propriétaire[1859]. Soumis à la *potestas* de son maître, l'esclave *res corporalis* était en même temps conçu comme une personne. Empruntant autant à la personne qu'à la chose, il conservera jusqu'à l'affranchissement une nature hybride.

De l'esclave antique au salarié contemporain s'est développé le prolétariat ; une classe d'ouvriers modernes qui ne vivent que tant qu'ils trouvent du travail et qui n'en trouvent que tant que leur travail augmente le capital[1860]. Sans prétendre que chaque travailleur hérite d'une nature hybride, il s'agit de nier le corps humain en tant que critère dans la reconnaissance et l'attribution de la personnalité juridique[1861].

[1856] Art. 32 du Code noir ; *« Pourront les esclaves être poursuivis criminellement, sans qu'il soit besoin de rendre leurs maîtres partie, (sinon) en cas de complicité: et seront les esclaves accusés, jugés en première instance par les juges ordinaires et par appel au Conseil souverain, sur la même instruction et avec les mêmes formalités que les personnes libres ».*

[1857] Art. 44 du Code noir ; *« Déclarons les esclaves être meubles et comme tels entrer dans la communauté, n'avoir point de suite par hypothèque, se partager également entre les cohéritiers, sans préciput et droit d'aînesse, n'être sujets au douaire coutumier, au retrait féodal et lignager, aux droits féodaux et seigneuriaux, aux formalités des décrets, ni au retranchement des quatre quints, en cas de disposition à cause de mort et testamentaire ».*

[1858] LHUILLIER (G), « L'homme-masque », *Methodos*, 4, 2004, mis en ligne le 5 avril 2004.

[1859] Art. 32 du Code noir ; Cass. crim., 8 février 1839.

[1860] MARX (K) et HENGELS (F), *Manifeste du parti communiste*, éd. GF Flammarion, 1998, p. 82.

[1861] Si l'esclavage a été aboli, c'est moins parce qu'il s'agissait d'un infâme négoce qui violait la religion, la morale, les lois naturelles, et tous les droits de la nature humaine, que du fait de la maigre rentabilité de la traite et de ses coûts importants. Il faut en effet considérer les coûts engendrés par les transports, les naufrages, les décès d'esclaves et de marins, l'entretien des forts nécessaires au commerce, l'entretien des esclaves eux-mêmes, leur surveillance, etc. ; PÉTRÉ-GRENOUILLEAU (O), *Les traites négrières, essai d'histoire globale*, éd. Gallimard, 2004, p. 222 et s. ; Adam Smith, dans *« Des salaires du travail »*, s'était d'ailleurs exprimé en faveur de l'abolition de l'esclavage dans la mesure où il estimait qu'en tant que travail asservi, il coûtait plus cher que le travail libre, en particulier le salariat, et que par conséquent, une démarche abolitionniste devait s'élaborer ; SMITH (A), *Des salaires du travail, Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre I, Chapitre 8 ; Contrainte par le travail dit libre d'une économie de marché ouverte, la pensée abolitionniste ne peut se réduire à une apparition providentielle d'humanité et d'universalité. D'esclaves, ces hommes sont devenus des employés qu'il n'est plus nécessaire de loger et de nourrir, et qu'il est facile de renvoyer. L'instauration du salariat a créé les conditions d'une forme plus sophistiquée de dépendance envers le maître devenu employeur.

338. *Diabolica divisio* - Aujourd'hui, deux voies d'évolution sont possibles : l'une minimaliste, conforme aux catégories classiques du droit des biens ; l'autre, plus ambitieuse, orientée vers la consécration de nouvelles qualifications juridiques[1862]. Il est difficilement concevable d'abandonner purement et simplement la distinction entre les personnes et les choses. Difficile sans elle de garantir le respect de tout homme comme une fin-en-soi. Si elle supprimée, l'être humain n'aura plus de protection et ne sera plus « libre et égal en droit » à un autre[1863]. Cette distinction permet de raffermir la valeur supérieure de la personne. Tout individu, par le seul fait d'appartenir à l'espèce humaine, a la qualité de « personne ». Cette exigence constitue une conquête juridique des pays civilisés et le droit ne peut valablement y renoncer[1864].

En revanche, il est tout à fait possible d'allonger la liste des personnes juridiques jusque-là limitée à deux sous-catégories. L'opposition entre un octroi fondamental, significatif, de la personnalité juridique et un octroi purement technique n'est pas pertinente[1865]. En tant qu'instrument de technique juridique, la personnalité morale a notamment été utilisée par les praticiens pour en extraire toutes les ressources[1866]. La personnalité juridique reconnaît l'existence de principe d'une volonté et d'une autonomie. Comme en droit des biens[1867], il est tout à fait possible de consacrer une approche renouvelée du droit des personnes apte à prendre en compte la nature spécifique de certaines entités. Cette approche renouvelée passe par l'adoption de nouvelles qualifications juridiques venant s'ajouter ou se substituer aux catégories existantes.

En 1994, la *summa divisio* a été au coeur de tous les travaux préparatoires[1868]. Il a été affirmé à de nombreuses reprises que le corps humain ne pouvait se situer dans le domaine des choses ou des biens, que la loi ne devait pas conduire à la réification du corps.

[1862] TERRÉ (F) et SIMLER (E), *Droit civil. Les biens*, éd. Dalloz, 8ème éd., 2010, coll. Précis, n° 7.

[1863] FRISON-ROCHE (M-A), « La disparition de jure entre la personne et les choses : gain fabuleux, gain catastrophique », *D.* 2017, p. 2386.

[1864] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996, n° 525.

[1865] FARJAT (G), « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221.

[1866] GOUBEAUX (G), *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens, Aspects actuels du droit commercial français*, Études dédiées à ROBLO (R), éd. LGDJ, 1984, p. 197 et s.

[1867] DEMEESTER (M-L) et NEYRET (L), « Environnement », *Rép. civ.*, octobre 2013 (actualisation : avril 2017), n° 29 et s.

[1868] V. CE, *Sciences de la vie, De l'éthique au droit*, n° 4855, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 1988..

Toutefois, la loi n'a entendu créer aucune catégorie intermédiaire entre les choses et les personnes[1869]. Les textes privilégient des dénominations vagues, qui ne renvoient pas précisément à l'une des catégories de la *summa divisio* : embryon, foetus, enfant, défunt, robot, sont autant de termes dont les liens avec les catégories juridiques existantes sont discutables[1870].

Face à ces qualifications, la *summa divisio* qui distingue personnes et choses semble être devenue une *diabolica divisio.* Trop étroite, elle ne permet pas de prendre en compte de manière satisfaisante ces entités, que les progrès réalisés dans les domaines du vivant et des biotechnologies, ont placées à mi chemin entre personnes et choses. Il serait donc question de modifier leur statut actuel de choses ordinaires pour leur tailler à chacune un régime propre. Le temps est-il peut être venu d'appeler chaque chose par son nom.

***

339. Conclusion du Chapitre II du Titre II - En prétendant s'ériger en maître absolu de la nature, l'être humain finit paradoxalement par devenir la victime de sa propre puissance, ou plus exactement, l'objet d'une puissance qui lui est extérieure[1871]. Qu'il s'agisse de reconsidérer l'animal et les traitements qu'il subit, d'encourager par procession la modification de l'homme et *a fortiori* le dépassement de sa propre condition ou plus largement de soutenir que l'homme fabriqué par l'homme peut devenir meilleur, l'ensemble de ces prétentions partage une même contrepartie. L'homme doit consentir à céder une partie de son humanité, de sa dignité. Face à ces avancées, les questionnements sur les problèmes éthiques, légaux et sociétaux sont inévitables. Il est donc nécessaire de s'interroger - notamment avec le Professeur Roberto Andorno - sur le sens et le but

---

[1869] GALLOUX (J-C): « De corpore juris , première analyse sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 22.

[1870] CARAYON (L), *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, Paris I, 2016, n° 99 ; *« Face à cette imprécision des mots de la loi, le juriste à la recherche d'une qualification pour ces corps doit alors recourir à un processus de qualification par induction, passant par leur régime »*.

[1871] LEWIS (C-S), *L'abolition de l'homme*, éd. Criterion, 1986, p. 186.

poursuivi par cette volonté nouvelle[1872]. Il faut en circonscrire toutes les conséquences, toutes les éventuelles dérives ; savoir jusqu'où il est possible d'admettre le processus de réification de la personne, et inversement de personnification des choses[1873].

Si certains éléments et produits issus du corps humain peuvent être appréhendés comme des choses particulières, certaines choses animées - tout aussi particulières - interrogent elles aussi le juriste sur la manière dont elles sont appréhendées. L'artificialisation de la personne conjuguée à la personnification de certains objets de droit contribue à une réflexion globale sur la distinction des personnes et des choses. Gorgées de significations différentes au cours de l'histoire, la distinction classique des *intitutes* n'apparaît plus suffisamment fonctionnelle pour traiter des rapports qui excèdent un cadre juridique premier. Elle semble même impuissante à répondre aux exigences actuelles. Il peut donc être utile de s'interroger : s'il existe des quasi-délits, des quasi-contrats, pourquoi n'existerait-il pas des quasi-personnes ? Afin de rendre compte de ces entités vivantes et animées, il peut paraître pertinent de procéder à l'élaboration de catégories en marge, non pas de celle dédiée aux objets de droit, mais de celle dédiée aux sujets de droit.

Afin d'illustrer cette impasse il peut être intéressant d'aller un petit peu plus loin et de s'interroger sur le statut juridique de l'extra-terrestre. Le Professeur Hawking était convaincu que l'être humain n'est pas seul dans l'univers. Partant du principe qu'il y a des multitudes de planètes, que les cellules organiques sont très communes, il semble tout à fait probable que la vie existe dans l'espace. Aussi, qu'adviendrait-il si - de manière prospective - une espèce extra-terrestre venait à faire son apparition ? Quelle serait la réaction du droit ? Considérerait-il les membres de cette espèce comme des personnes ou bien comme des choses ? Considérant qu'ils maîtrisent parfaitement les voyages spatiaux, il serait en principe aberrant de les considérer autrement que comme des sujets de droits, ne serait-ce que par leur intelligence *a priori* supérieure.

[1872] ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996, n° 197, p. 104.

[1873] Platon écrit dans Phèdre que les ailes ont la force de « *soulever le corps au-dessus de la terre et de le conduire là où se tient la race des dieux* ». Personnification de l'imprudence, de la démesure, de l'audace et de la soif humaine de s'élever vers le sublime, Icare, grisé par sa nouvelle puissance, est précipité dans la mer. Sa chute est un avertissement contre l'orgueil humain.

CONCLUSION GÉNÉRALE

340. La marche du progrès - Synonyme d'avancée et d'évolution, le progrès est une injonction que l'espèce humaine s'efforce de suivre. Centré autour de l'essor des sciences et de la technique, il repose sur la certitude que la majeure partie des problèmes sociaux et environnementaux trouveront, tôt ou tard, une réponse scientifique et technique. Devenu un but en soi, le progrès est alors recherché pour lui-même sans qu'il soit davantage nécessaire de s'interroger quant au bien-fondé de sa réalisation. Cette fuite en avant est très largement encouragée par le droit, lequel n'assumerait pas d'être un frein au progrès, tout comme l'a été la religion. Pour reprendre les propos du Professeur François Terré : *« La science précède et le droit suit »*.

La rencontre du droit et du progrès a conduit à une transformation de la pensée, mais aussi de la pratique juridique. Syndrome de Galilée étant, les rôles sont désormais inversés, juges et accusés ont échangé leurs places. Dans un renversement déjà souligné par le Professeur Jean-René Binet, c'est désormais la science et ses progrès qui, en héritières de la religion, entravent et obligent le droit à se soumettre à ses préceptes.

341. Le recul du droit - La mission première du législateur est d'être au service de l'intérêt général, mais aussi du bien commun. Bien que la procédure législative s'engage plus souvent sur l'initiative gouvernementale que sur l'initiative parlementaire, c'est à lui que revient le soin de délibérer et de voter la loi. Disposant du monopole de la production du droit, il lui appartient de définir la sphère de compétence de ce dernier ainsi que les notions qu'il manipule. Il doit ainsi exprimer de manière claire et intelligible les règles qu'il pose.

Dans les cahiers du Conseil constitutionnel, le Professeur Alexandre Flückiger relève que nombreux sont les auteurs enclins à discerner une déliquescence de la loi : un « désordre normatif », une « pathologie de la loi », une « crise de la loi », une « loi malade ». Le Conseil d'État, lui-même discerne dans la complexité croissante des normes une menace pour l'État de droit. Cet aspect est particulièrement vrai dans les domaines les plus complexes que doit régir la loi. Les sciences et technologies signifient par nature

opacité, hermétisme, innovation permanente, fugacité. Seuls les experts parviennent à s'y retrouver, dûment habilités par leurs compétences.

Le traitement parlementaire des activités scientifiques et technologiques les plus avancées se réalise de façon pragmatique, la plupart du temps au terme d'une normalisation des problèmes scientifiques et technologiques. Légiférer est un processus lent, en contraste avec la technologie qui, elle, évolue très rapidement. Le législateur tarde alors souvent à se prononcer, dépassé par la technicité croissante des faits.

Il en résulte une certaine impression de « bricolage » voire d'arbitraire. Rares sont les lois importantes en matière scientifique et technologique. Lorsque le législateur intervient, la plupart des textes adoptées sont « dérivés » : soit qu'il s'agisse de textes d'approbation d'accords internationaux, soit qu'il s'agisse de textes de modifications plutôt mineures de mesures plus anciennes, soit qu'il s'agisse enfin de textes de sanctions tirant les leçons, mais tardivement, de quelque catastrophe passée. L'idée est que le droit se constitue par soumission au fait. Le Professeur Catherine Labrusse-Riou constate que, face à des faits nouveaux, le droit s'adapte le plus souvent par extension de ses règles, par interprétation de leur finalité et par intégration dans ses concepts des choses qui naissent à la vie juridique ou s'y transforment. Le droit change en surface sans changement notable de ses structures. Il s'adapte par soumission aux faits scientifiques et techniques et par réaction due aux revendications et aux plaintes des laissés pour compte.

Il ne s'agit plus tant de poursuivre la recherche du bon droit, de la solution la plus juste, mais de traduire les pratiques de la biologie et de la biotechnologie dans l'ordre du droit et d'établir les règles à partir desquelles ces mêmes pratiques seront réalisées. Sa démarche consiste à progresser par touches successives pour aboutir à la création d'un système plus général. La révision périodique des lois de bioéthique souligne particulièrement bien cet aspect. Dans le fond, il s'agit de veiller à ce que la discussion reste ouverte afin que la substance normative soit actualisée et adaptée aux circonstances de fait et de droit. La loi, si elle est pensée comme une norme structurante, peut donc être repensée en fonction des évolutions scientifiques et sociétales. Cet état de fait est symptomatique des hésitations, incertitudes et tâtonnements qui définissent le débat bioéthique français et le cadre juridique qui en résulte.

342. Un déficit conceptuel - Cette manière de procéder évite au législateur d'avoir à choisir une politique juridique. En se bornant à traduire le réel, il se dispense dans le même temps de tout effort de conceptualisation. L'originalité des jurisconsultes classiques est d'avoir su dépasser la simple casuistique et les procédés empiriques des débuts pour développer un raisonnement logique et rationnel. Ils ont su aller au-delà du réel et aussi, dans une certaine mesure, nier le réel pour constituer un ensemble systématique, sous-tendu par un réseau de concept qui lui donne son organisation intellectuelle. Parfois il est nécessaire d'inventer des concepts nouveaux, d'entériner ceux qui viennent du monde extérieur afin de les soumettre à des fins juridiques. Il arrive aussi que les concepts fondamentaux du droit se révèlent trop étroits ou au contraire trop larges. Ces transformations ne vont pas sans conflits. Tout changement de catégorie, toute érosion des frontières établies par le droit implique dans le même temps une transformation profonde de ses représentations et donc de son organisation. Il faut, avec le Professeur Atias, récuser l'image simpliste d'un droit qui se formerait par replis, par décrochements successifs. Le droit ne saurait en effet être réduit à une science de faits. L'appréhension juridique de la réalité n'est pas l'enregistrement de faits bruts, c'est une traduction, une déformation, une autre réalité en marge.

La cohérence d'un système juridique, pensée comme une articulation entre catégories juridiques et régimes juridiques, est l'un des aspects essentiels de son efficacité et de sa légitimité. Aujourd'hui, les catégories juridiques sont de moins en moins utilisées dans les travaux des assemblées. Le législateur ne semble plus raisonner en termes de qualifications juridiques, en particulier lorsqu'il conçoit le droit applicable au corps humain. À la lecture du droit positif, il apparaît rapidement que ni les textes ni la jurisprudence, ne permettent de se prononcer précisément et définitivement sur sa qualification. Il est difficile de distinguer si les régimes proposés sont consciemment inspirés d'une réflexion en termes de catégories ou s'ils ne le sont qu'*a posteriori*.

Dans un système juridique où les catégories de chose et de personne sont classiquement pensées comme s'excluant l'une de l'autre et comme englobant la totalité des objets susceptibles d'être saisis par le droit, le statut juridique du corps humain trahit une incohérence du système. Dans cette opposition, le corps a en effet un statut hybride.

Tant qu'il abrite une personne, il doit être considéré comme la personne elle-même en raison de la théorie de l'accessoire. S'il n'abrite pas ou plus, une personne, il est considéré comme une chose *sui generis* soumise à un régime particulier. La clarification du droit s'attacherait dès lors à la définition de catégories juridiques nouvelles, à la subdivision des catégories existantes.

343. Une raison politique et économique - Cette imprécision n'est évidemment pas un hasard. Elle tient à l'extrême sensibilité politique du sujet. Le droit est une norme plus ou moins efficace de régulation sociale et économique. Il est généralement le fruit d'une volonté politique. Il transforme des convictions en une série de règles présentées comme générales.

Cela ne signifie pas qu'il s'agit uniquement de s'intéresser aux progrès sous leur forme positive. Il est aussi question de se préoccuper de leur aspect négatif. Nonobstant la technicité des connaissances nécessaires à leur appréciation, il est parfois nécessaire de s'opposer au progrès en édictant certaines interdictions, comme celle de l'eugénisme ou du clonage reproductif et en prévenant certaines dérives potentielles, telles que la patrimonialisation du corps humain, de ses éléments et produits. Mais cette défiance envers le progrès est aussi largement dépendante des intérêts économiques et commerciaux inhérents aux technologies en devenir. *Leitmotiv* des États eux-mêmes, la croissance est bien souvent le mot d'ordre de toutes les décisions. C'est là l'éternel combat du réalisme et du moralisme. Aussi, lorsque le droit doit arbitrer entre, d'une part, la protection accordée à l'homme, d'autre part, la nécessité de diminuer cette protection pour permettre le progrès biomédical, il tend à faire le choix du progrès, de peur de scléroser innovation et économie.

Avec le libéralisme économique, et le désengagement progressif de l'État, l'individu a acquis une importance nouvelle face à la masse abstraite, collective et indivisible constituée par l'ensemble des individus qui partagent avec lui les mêmes affinités. À ce sujet, le succès de la pensée libérale est évident. L'intérêt personnel supplante le collectif, l'égoïsme l'altruisme. Contrairement aux idées développées dans la continuité du concept de souveraineté nationale, l'individu est aujourd'hui considéré comme premier. L'individualisme a pour caractère général de tendre à limiter au minimum

les attributions de l'État, pour laisser le champ libre aux activités privées. Il part de l'individu et de ses aptitudes propres dans le domaine de la production, pour aboutir à restreindre le rôle de l'État.

L'homme vit entre deux mondes, le monde du réel et le monde de la représentation, c'est-à-dire le monde des sens et le monde du sens. La représentation de sa propre humanité est liée à l'humanité de tous les autres, et c'est bien pour cela que nul ne peut se résoudre à y renoncer. La patrimonialisation du corps humain s'élève ainsi comme le symbole d'un combat entre une vision moniste et dualiste de l'individu, entre la sacralité et la liberté. Elle est le plus souvent le fait d'une intention mercantile dont le corps n'est que la victime muette et désarmée. Le contrat apparaît alors comme l'outil de réification du corps. Toutefois, s'il permet l'échange des biens il ne peut être qualifié de vecteur de patrimonialisation, il ne faut en effet pas confondre les motivations qui sont à l'origine de l'opération contractuelle et le contrat lui-même. C'est en effet de la banalisation du corps que vient le danger d'un ordre social dans lequel la puissance financière et économique viendrait à être prépondérante ; où la liberté permettrait de légitimer une liberté de ne pas être, contrastant ainsi avec un univers où la nécessité sociale supplante la raison et s'impose comme la motivation principale de toute décision. Il existe des progrès d'un autre ordre, plus ou moins dépendants des conquêtes de la science, dont les droits de l'homme ont plus particulièrement vocation à révéler et à consolider les effets bénéfiques : ce sont les progrès de la civilisation.

> *« Il y a deux tragédies dans la vie : l'une est de ne pas satisfaire son désir et l'autre de le satisfaire ».*
>
> **Oscar Wilde, L'éventail de lady Windermere.**

ANNEXES

Annexe 1 - Loi n° 52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang, de son plasma et de leurs dérivés.

« La chambre criminelle comprend:

« Un président de chambre;

« Quinze conseillers;

« Deux avocats généraux;

« Un greffier. »

Art. 2. — Les articles 3, alinéa 1er, 6, alinéa 1er, 7, alinéa 1er, 28, 29, 30 et 56, alinéa 3, de la loi n° 47-1366 du 23 juillet 1947 sont ainsi modifiés:

« *Art.* 3 (alinéa 1er). — La compétence de chacune des chambres civiles est déterminée par une délibération du bureau prise au début de chaque année judiciaire.

« La répartition des conseillers dans les diverses chambres peut être effectuée par une délibération du bureau de la cour de cassation. »

« *Art.* 6 (alinéa 1er). — L'assemblée plénière civile est présidée par le premier président ou celui qui en exerce les fonctions; elle comprend nécessairement les présidents et les doyens de chacune des chambres civiles et, s'il y a lieu, de la chambre criminelle ou ceux qui en exercent les fonctions. »

« *Art.* 7 (alinéa 1er). — Les chambres ne rendent les arrêts que si sept membres au moins sont présents. »

« *Art.* 28. — La partie qui succombe est condamnée aux dépens. L'arrêt comporte l'exécution forcée pour le payement des dépens. »

« *Art.* 29. — Le demandeur en cassation qui succombe dans son pourvoi est condamné, en sus des dépens, au payement de l'amende consignée, et chaque fois que l'amende ou une fraction de cette amende est prévue par la loi, à une indemnité envers le défendeur, fixée aux trois quarts de l'amende ou à une fraction de cette quotité correspondant à la fraction encourue de l'amende. L'arrêt comporte l'exécution forcée pour le payement de l'indemnité.

« Cette dernière disposition n'est pas applicable aux pourvois formés antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi. »

« *Art.* 30. — L'amende prévue par la loi, ainsi que l'indemnité, sont acquises de plein droit, même s'il a été omis d'y prononcer et en quelques termes que l'arrêt qui rejette la demande ou la déclare irrecevable soit conçu.

« Lorsque le demandeur obtient la cassation de la décision attaquée, l'amende consignée lui est rendue sans aucun délai quels que soient les termes de l'arrêt et quand bien même il aurait été omis d'y statuer. Il en est de même lorsqu'il se désiste de son pourvoi avant que celui-ci soit en état au sens des articles 22 et 38. »

« *Art.* 56 (alinéa 3). — Dans le cas où une demande d'assistance judiciaire est parvenue au procureur général près la cour de cassation avant l'expiration des délais impartis par les articles 17, 22 et 36, le délai est suspendu à compter du jour de la demande d'assistance. Il court à nouveau à compter de la réception de la notification aux parties, par lettre recommandée avec accusé de réception, de la décision du bureau d'assistance judiciaire. »

Art. 3. — Les dispositions de l'article 2 entreront en vigueur le 15 octobre 1952.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 21 juillet 1952.

VINCENT AURIOL.

Par le Président de la République:

Le président du conseil des ministres,
ministre des finances et des affaires économiques,

ANTOINE PINAY.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,

LÉON MARTINAUD-DÉPLAT.

LOI n° 52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés. (1)

L'Assemblée nationale et le Conseil de la République ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

Art. 1er. — Le sang humain, son plasma et leurs dérivés dont la liste est fixée par décret, ne peuvent être utilisés que sous contrôle médical et à des fins strictement thérapeutiques médico-chirurgicales.

Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux sérums anti-microbiens ou anti-toxiques, d'origine humaine.

Art. 2. — Le sang humain ne peut être prélevé que par un docteur en médecine ou sous sa direction et sa responsabilité.

La préparation de sang humain, de son plasma et de leurs dérivés, ne peut être effectuée que par un docteur en médecine ou par un pharmacien, ou sous leur direction et leur responsabilité, uniquement dans les établissements agréés par le ministre de la santé publique et de la population, après avis d'une commission consultative de la transfusion sanguine, dont la composition sera fixée par un arrêté du même ministre. L'arrêté portant retrait de l'agrément sera pris dans les mêmes formes; il devra être motivé.

Art. 3. — Le sang humain, son plasma et leurs dérivés sont déposés soit dans les établissements autorisés à les préparer, soit dans les établissements de soins désignés par le ministre de la santé publique et de la population. Ils restent sous la surveillance d'un médecin ou d'un pharmacien.

Toutefois, les produits dont la stabilité est assurée peuvent être déposés dans les officines de pharmacie. La liste de ces produits, les conditions de leur dépôt et de leur conservation, sont fixées par arrêté du ministre de la santé publique et de la population.

Art. 4. — Le ministre de la santé publique et de la population peut, par arrêté, réglementer la délivrance des substances mentionnées à l'article précédent. Cette délivrance ne peut être faite que sur ordonnance médicale.

Le contrôle de la préparation, de la conservation et de la qualité de ces substances, ainsi que de leur détention et de leur délivrance pourra être exercé, à tout moment, par des personnes qualifiées, désignées par arrêté du ministre de la santé publique et de la population. Les frais seront à la charge de l'Etat et imputés au budget du ministère de la santé publique et de la population.

Art. 5. — Les prix des opérations concernant le sang humain, son plasma et leurs dérivés, tant au stade de la préparation et du dépôt qu'à celui de leur délivrance à titre onéreux, sont fixés par arrêtés du ministre de la santé publique et de la population de façon à exclure tout profit.

Toute infraction auxdits arrêtés est punie d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 24.000 à 1.200.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.

Art. 6. — Est interdite toute publicité concernant la distribution des substances visées par la présente loi à l'exception de celle destinée à la seule information médicale ou à signaler l'emplacement des dépôts.

Loi n° 52-854. TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 9874 (1re législature);
Rapport de M. Fredet, au nom de la commission de la famille, n° 1749 (reprise du rapport n° 1179t, 1re législature);
Discussion et adoption le 14 mars 1952.

Conseil de la République :

Transmission n° 133;
Rapport de M. Plait, au nom de la commission de la famille, n° 274;
Discussion et adoption de l'avis le 24 juin 1952.

Assemblée nationale :

Avis du Conseil de la République n° 3794;
Rapport de M. Fredet, au nom de la commission de la famille, n° 3950;
Adoption sans débat le 11 juillet 1952.

Art. 7. — Les dispositions prévues par la loi du 1er août 1905 en ce qui concerne la falsification des substances médicamenteuses, la détention, la mise en vente ou la vente des substances médicamenteuses falsifiées, sont applicables à la préparation, la détention et la délivrance, à titre gratuit ou onéreux, du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés effectuées en infraction aux dispositions des articles 1er à 4 de la présente loi.

Art. 8. — Les autres infractions aux dispositions de la présente loi et des règlements d'administration publique qui seront pris pour son application seront punies d'une amende de 2.000 à 12.000 F.

Art. 9. — Des règlements d'administration publique détermineront les modalités d'application de la présente loi.

Art. 10. — La présente loi est applicable à l'Algérie, dans les territoires d'outre-mer, au Cameroun et au Togo.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 21 juillet 1952.

VINCENT AURIOL.

Par le Président de la République:

Le président du conseil des ministres, ministre des finances et des affaires économiques,
ANTOINE PINAY.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
LÉON MARTINAUD-DÉPLAT.

Le ministre de l'intérieur,
CHARLES BRUNE.

Le ministre de la France d'outre-mer,
PIERRE PFLIMLIN.

Le ministre de la santé publique et de la population,
PAUL RIBEYRE.

LOI n° 52-855 du 21 juillet 1952 relative à l'organisation des cadres d'active et de réserve de l'armée de l'air (1).

L'Assemblée nationale et le Conseil de la République ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

Art. 1er. — Les dispositions de la loi du 9 avril 1935 fixant le statut du personnel des cadres actifs de l'armée de l'air sont modifiées ou complétées comme il est indiqué ci-après:

1° L'article 8 est remplacé par les dispositions suivantes:

« *Art.* 8. — Les officiers de l'armée de l'air se répartissent en plusieurs corps:

« Le corps des officiers de l'air comprenant un cadre navigant et un cadre sédentaire;

« Le corps des officiers des bases de l'air;

« Le corps des officiers mécaniciens de l'air;

« Le corps des officiers des services administratifs de l'air;

« Le corps des ingénieurs militaires de l'air;

« Le corps des ingénieurs militaires des travaux de l'air. »

2° L'article 9 est remplacé par les dispositions suivantes:

« *Art.* 9. — Les officiers de l'air du cadre navigant encadrent et commandent les formations, écoles, établissements ou services de l'armée de l'air.

« Les officiers de l'air du cadre sédentaire et les officiers des bases de l'air concourent à l'encadrement et au commandement des formations ne comportant pas l'utilisation active d'aéronefs. Ils peuvent occuper, en outre, des emplois et des commandements dans les écoles, établissements et services de l'armée de l'air. Les officiers du cadre sédentaire sont affectés par priorité aux emplois exigeant des connaissances de la navigation aérienne.

« Les officiers mécaniciens de l'air peuvent exercer le commandement de formations spécialisées, d'écoles, établissements ou services techniques de l'armée de l'air. »

3° Après l'article 9, il est inséré l'article suivant:

« *Art.* 9 bis. — Il peut être créé, par décret, dans les différents corps ou cadres d'officiers de l'armée de l'air, des brevets ou certificats de spécialité. »

4° Le sous-titre précédant l'article 13 est rédigé comme suit:

« Dispositions communes au corps des officiers de l'air, au corps des officiers des bases de l'air, au corps des officiers mécaniciens de l'air et au corps des officiers des services administratifs de l'air. »

5° Le deuxième alinéa de l'article 14 est remplacé par les dispositions suivantes:

« 1° Avoir servi huit ans dans les cadres actifs des armées de terre, de mer ou de l'air, dont deux ans au moins dans l'un ou dans l'ensemble des grades d'aspirant, d'adjudant-chef ou d'adjudant, ou grades assimilés, et avoir satisfait à certaines conditions d'aptitude fixées par décision ministérielle et et obtenu, en ce qui concerne les différents corps d'officiers, les brevets ou certificats correspondant respectivement à ces corps »;

6° Le sous-titre précédant l'article 22 est rédigé comme suit:

« Dispositions spéciales au temps de guerre communes au corps des officiers de l'air, au corps des officiers des bases de l'air, au corps des officiers mécaniciens de l'air et au corps des officiers des services administratifs de l'air. »

7° Le sous-titre précédant l'article 27 est rédigé comme suit:

« Dispositions diverses communes au corps des officiers de l'air, au corps des officiers des bases de l'air, au corps des officiers mécaniciens de l'air et au corps des officiers des services administratifs de l'air. »

8° Le premier alinéa de l'article 37 est remplacé par les dispositions suivantes:

« Les officiers du corps des officiers de l'air doivent tous posséder un des brevets donnant accès dans le personnel navigant. »

9° Les premier et deuxième alinéas de l'article 43 sont abrogés.

10° Après l'article 46 sont insérés le sous-titre et l'article 46 bis ci-après:

« Corps des officiers des bases de l'air.

« *Art.* 46 bis. — Pour pouvoir être promus au choix aux différents grades d'officiers supérieurs, les officiers des bases de l'air doivent avoir, pendant deux ans, effectivement exercé un commandement ou occupé un emploi équivalent dans un service.

« La liste de ces commandements ou emplois est fixée par décret ».

Art. 2. — Le corps des officiers d'active des bases de l'air est constitué à l'origine par les officiers classés, au moment de la promulgation de la présente loi, dans le cadre sédentaire du corps des officiers de l'air et qui ne sont pas titulaires d'un brevet donnant accès dans le personnel navigant. Ils conservent dans leur nouveau corps le grade et l'ancienneté de grade qu'ils détenaient dans le cadre sédentaire du corps des officiers de l'air.

Loi n° 52-855. TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 3114;
Rapport de M. Mélayer, au nom de la commission de la défense nationale, n° 3808;
Discussion et adoption le 10 juillet 1952 (L. n° 45).

Conseil de la République :

Transmission n° 420, année 1952;
Discussion et adoption de l'avis le 11 juillet 1952 (A. n° 160, année 1952).

Assemblée nationale :

Acte pris de l'avis conforme le 14 juillet 1952 (L. n° 492).

Annexe 2 - Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament.

« Toutefois, les officiers et les sous-officiers de la disponibilité et de la réserve, qui ont accompli la durée totale de six mois de périodes selon les dispositions de l'alinéa précédent, peuvent être convoqués pour effectuer d'autres périodes dont la durée totale n'excède pas un mois par an.

« Les disponibles et les réservistes peuvent en outre souscrire un engagement spécial de volontaire dans la réserve, soit pour acquérir ou compléter une formation, soit pour occuper une fonction dans les armées. »

Art. 8. - Dans les cinq derniers alinéas de l'article L. 84, les mots : « d'exercice » ou « d'exercices » sont supprimés.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 4 janvier 1993.

FRANÇOIS MITTERRAND

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
PIERRE BÉRÉGOVOY

Le ministre de la défense,
PIERRE JOXE

(1) Travaux préparatoires : loi n° 93-4.

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 3093 ;

Rapport de M. Jean Gatel, au nom de la commission de la défense, n° 3117 ;

Discussion et adoption le 11 décembre 1992.

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture après déclaration d'urgence, n° 115 (1992-1993) ;

Rapport de M. Michel d'Aillières, au nom de la commission des affaires étrangères, n° 134 (1992-1993) ;

Discussion et adoption le 21 décembre 1992.

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat en première lecture, n° 3216.

Rapport de M. Jean Gatel, au nom de la commission mixte paritaire, n° 3222 ;

Discussion et adoption le 22 décembre 1992.

Sénat :

Rapport de M. Michel d'Aillières, au nom de la commission mixte paritaire, n° 173 ;

Discussion et adoption le 22 décembre 1992.

LOI n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament (1)

NOR : *SPSX9200032L*

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE Ier

DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE DE LA SANTÉ PUBLIQUE

Art. 1er. - Il est inséré, dans le livre V du code de la santé publique, un titre premier *bis* ainsi rédigé :

« TITRE Ier *BIS*

« Agence du médicament

« Chapitre Ier

« Dispositions générales

« *Art. L. 567-1.* - Afin de garantir l'indépendance, la compétence scientifique et l'efficacité administrative des études et des contrôles relatifs à la fabrication, aux essais, aux propriétés thérapeutiques et à l'usage des médicaments, en vue d'assurer, au meilleur coût, la santé et la sécurité de la population et de contribuer au développement des activités industrielles et de recherche pharmaceutiques, il est créé un établissement public de l'Etat dénommé "Agence du médicament" ».

« Cet établissement public est soumis à un régime administratif, budgétaire, financier et comptable et à un contrôle de l'Etat, adaptés à la nature particulière de ses missions, définis par le présent titre et précisés par voie réglementaire.

« *Art. L. 567-2.* - L'agence est chargée :

« 1° De participer à l'application des lois et règlements relatifs :

« *a)* Aux essais, à la fabrication, à l'importation, à l'exportation, à la mise sur le marché des médicaments à usage humain, des produits mentionnés à l'article L. 658-11 ainsi que des produits et objets contraceptifs mentionnés par la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances ;

« *b)* Aux substances stupéfiantes, psychotropes, aux autres substances vénéneuses utilisées en médecine, aux réactifs de laboratoire destinés aux analyses de biologie médicale et aux réactifs mentionnés au 2° de l'article L. 512 ;

« 2° Du fonctionnement de la commission de la transparence ;

« 3° De recueillir et d'évaluer les informations sur les effets inattendus ou toxiques des médicaments et produits mentionnés au *a* du 1° ainsi que sur les usages abusifs et les dépendances susceptibles d'être entraînées par des substances psycho-actives et de prendre en la matière toute mesure utile pour préserver la santé publique ;

« 4° De proposer toute mesure contribuant au développement de la recherche et des activités industrielles dans le domaine du médicament ;

« 5° D'appliquer les dispositions du premier alinéa de l'article L. 551 ;

« 6° De préparer la pharmacopée ;

« 7° De procéder à toutes expertises et contrôles techniques relatifs à la qualité :

« *a)* Des produits et objets mentionnés au présent article, des substances entrant dans leur composition et des produits utilisés pour la désinfection des locaux ;

« *b)* Des méthodes et moyens de fabrication, de conditionnement ou de contrôle correspondants ;

« 8° De proposer aux ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale toute mesure intéressant les domaines relevant de leur compétence ;

« 9° De participer, à la demande du ministre chargé de la santé, à l'élaboration et à la mise en œuvre des règles communautaires et des accords internationaux et à la représentation de la France dans les organisations internationales compétentes ;

« 10° De recueillir les données, notamment en terme d'évaluation scientifique et technique, nécessaires à la préparation des décisions relatives à la politique du médicament et de participer à l'application des décisions prises en la matière ;

« 11° De mener toutes études, recherches, actions de formation ou d'information dans les domaines relevant de sa compétence.

« L'agence peut, en outre, à la demande des services concernés, procéder à tous contrôles ou expertises techniques relatifs à la qualité des eaux minérales ou de sources, de leurs conditions de captage, de transport et de conditionnement et à la qualité des analyses de biologie médicale.

« Chapitre II

« Conseil d'administration, direction générale et personnel

« *Art. L. 567-3.* - L'Agence du médicament est administrée par un conseil d'administration. Elle est dirigée par un directeur général.

« Le conseil d'administration de l'agence est composé de sept représentants de l'Etat, de cinq personnalités choisies en raison de leur compétence en matière de médicament et de deux représentants du personnel.

« Le collège des personnalités choisies en raison de leur compétence doit compter trois personnalités scientifiques, dont un médecin et un pharmacien, un représentant de l'industrie pharmaceutique et un représentant des organismes de sécurité sociale.

« Un conseil scientifique, dont la composition est fixée par voie réglementaire, veille à la cohérence de la politique scientifique de l'agence. Il assiste le président et le directeur général.

« Le président du conseil d'administration et le directeur général sont nommés par décret en conseil des ministres. Le président est choisi parmi les personnalités scientifiques appartenant au collège défini au troisième alinéa du présent article.

« *Art. L. 567-4.* - Les décisions relatives aux autorisations, suspensions, retraits ou interdictions prévues par les articles L. 513, L. 601, L. 603 et L. 658-11 du présent code et par la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 précitée sont prises par le directeur général de l'agence.

« Les décisions prises par le directeur général en application du présent article ne sont susceptibles d'aucun recours hiérarchique.

« *Art. L. 567-5.* - L'agence peut recruter des agents contractuels, de droit public ou privé. Elle peut passer avec ces agents des contrats à durée indéterminée.

« *Art. L. 567-6.* - Les agents contractuels :

« 1° Sont tenus au secret et à la discrétion professionnels dans les mêmes conditions que celles qui sont définies à l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

« 2° Ne peuvent par eux-mêmes ou par personnes interposée avoir, dans les établissements contrôlés par l'agence ou en relation avec elle, aucun intérêt de nature à compromettre leur indépendance.

« Des dispositions réglementaires définissent les activités privées qu'en raison de leur nature les agents contractuels de l'agence ayant cessé définitivement leurs fonctions ne peuvent exercer ; elles peuvent prévoir que cette interdiction sera limitée dans le temps.

« Les personnes collaborant occasionnellement aux travaux de l'agence ne peuvent sous les peines prévues à l'article 175-1 du code pénal prêter leur concours à une mission relative à une affaire dans laquelle elles auraient un intérêt direct ou indirect ; elles sont soumises aux obligations énoncées au 1°.

« Chapitre III

« Régime financier

« *Art. L. 567-7.* - Les ressources de l'agence sont constituées :

« 1° Par les subventions de l'Etat ;

« 2° Par les redevances et taxes perçues en application des articles L. 602 et L. 602-1 du présent code, de l'article 33 de la loi de finances pour 1968 (n° 67-1114 du 21 décembre 1967), du II de l'article 70 de la loi de finances pour 1972 (n° 71-1061 du 29 décembre 1971), de l'article 109 de la loi de finances pour 1979 (n° 78-1239 du 29 décembre 1978) et des articles 21 et 23 de la loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament ;

« 3° Par les redevances pour services rendus établies par décret dans les conditions prévues à l'article 5 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances ;

« 4° Par des produits divers, dons et legs.

« *Art. L. 567-8.* - L'agence peut attribuer des subventions dans des conditions fixées par décret.

« Chapitre IV

« Inspection

« *Art. L. 567-9.* - L'agence dispose d'inspecteurs qui sont chargés de veiller à l'application des lois et règlements mentionnés à l'article L. 567-2 et de contrôler notamment :

« 1° Le respect des bonnes pratiques de fabrication des médicaments et des produits mentionnés à l'article L. 658-11 ;

« 2° La qualité des matières premières à usage pharmaceutique dans les établissements qui fabriquent ou distribuent ces matières premières ;

« 3° La qualité des conditionnements à usage pharmaceutique en contact avec les médicaments ;

« 4° La conformité aux bonnes pratiques de laboratoire mentionnées à l'article L. 513-1 des essais non cliniques et des établissements où ils sont réalisés, lorsque ces essais portent sur des médicaments à usage humain ou des produits mentionnés aux articles L. 511 et L. 658-11, ainsi que sur des substances ou produits destinés à entrer dans leur composition ;

« 5° Le respect des dispositions du livre II *bis* et des textes réglementaires pris pour son application relatifs aux essais cliniques des médicaments et produits mentionnés à l'article L. 567-2.

« Pour l'exercice des contrôles exigeant une compétence pharmaceutique, les inspecteurs de l'agence doivent être titulaires du diplôme de pharmacien.

« *Art. L. 567-10.* - Les inspecteurs de l'agence sont habilités et assermentés dans des conditions définies par voie réglementaire.

« Les dispositions de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée ainsi que celles de l'article L. 565 leur sont applicables.

« *Art. L. 567-11.* - Outre les officiers et agents de police judiciaire agissant conformément aux dispositions du code de procédure pénale, les inspecteurs de l'agence peuvent rechercher et constater par procès-verbal les infractions aux dispositions législatives et réglementaires dont ils contrôlent l'application conformément à l'article L. 567-10.

« Les dispositions des articles L. 563, premier alinéa, L. 564, troisième et quatrième alinéa, L. 564-1 et L. 567 sont applicables à l'exercice des fonctions des inspecteurs de l'agence.

« *Art. L. 567-12.* - Les conditions d'application des dispositions du présent titre sont, à l'exclusion des mesures prévues à l'article L. 567-8, définies par décret en Conseil d'Etat.

« *Art. L. 567-13.* - Le directeur général de l'agence établit tous les ans un rapport sur l'activité de celle-ci, qui est adressé au Gouvernement et aux deux assemblées du Parlement. Ce rapport est rendu public. »

Art. 2. - Le chapitre unique du livre VI du code de la santé publique est remplacé par un chapitre Ier ainsi rédigé :

« Chapitre Ier

« De la collecte du sang humain et de ses composants et de la préparation de leurs produits dérivés

« *Art. L. 666-1.* - 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, dans les conditions définies par le présent livre.

« *Art. L. 666-2.* - La collecte du sang humain ou de ces composants en vue d'une utilisation thérapeutique ne peut être faite que par les établissements de transfusion sanguine agréés mentionnés au chapitre III ci-après et dans les conditions prévues au présent chapitre.

« *Art. L. 666-3.* - Le prélèvement ne peut être fait qu'avec le consentement du donneur par un médecin ou sous sa direction et sa responsabilité.

« Aucune rémunération ne peut être allouée au donneur, sans préjudice du remboursement des frais exposés, dans des conditions fixées par décret.

« *Art. L. 666-4.* - Le sang, ses composants et leurs dérivés ne peuvent être distribués ni utilisés sans qu'aient été faits des analyses biologiques et des tests de dépistage de maladies transmissibles, dans des conditions définies par décret.

« *Art. L. 666-5.* - Aucun prélèvement de sang ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui ne peut avoir lieu sur une personne mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« Toutefois, s'agissant des mineurs, un prélèvement peut être effectué à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique et de la compatibilité tissulaire l'exigent.

« Le prélèvement ne peut alors être opéré qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale y consente expressément par écrit. Le refus de la personne mineure fait obstacle au prélèvement.

« *Art. L. 666-6.* - Les caractéristiques du sang ne peuvent être modifiées avant le prélèvement en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui que par un médecin et dans les établissements de transfusion sanguine. Cette modification ne peut intervenir qu'avec le consentement écrit du donneur, ce dernier ayant été préalablement averti par écrit des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement. Elle ne peut pas être réalisée sur les personnes mentionnées à l'article L. 666-5.

« *Art. L. 666-7.* - Le receveur ne peut connaître l'identité du donneur, ni le donneur celle du receveur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don de son sang 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.

« *Art. L. 666-8.* - Peuvent être préparés à partir du sang ou de ses composants :

« 1° Des produits sanguins labiles, comprenant notamment le sang total, le plasma et les cellules sanguines d'origine humaine, dont la liste et les caractéristiques sont établies par des règlements de l'Agence française du sang, homologués par le ministre chargé de la santé et publiés au *Journal officiel* de la République française ;

« 2° Des produits stables préparés industriellement, qui constituent des médicaments dérivés du sang et sont régis par les dispositions du chapitre V ci-après ;

« 3° Des réactifs de laboratoire, dont les caractéristiques et les conditions de préparation et d'utilisation sont définies par décret.

« Le sang et ses composants peuvent être utilisés dans le cadre d'une activité de recherche, qu'ils aient été ou non prélevés par des établissements de transfusion sanguine. Les principes mentionnés aux articles L. 666-3, L. 666-4, L. 666-5, L. 666-6 et L. 666-7 sont également applicables dans ce cas, sans préjudice des dispositions du livre II *bis* relatives à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales et des dérogations qui peuvent être apportées par voie réglementaire aux obligations définies par l'article L. 666-4.

« *Art. L. 666-9.* - Un arrêté du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de la sécurité sociale, pris après avis de l'Agence française du sang, fixe les tarifs de cession des produits sanguins labiles.

« *Art. L. 666-10.* - Les produits sanguins labiles destinés à une utilisation thérapeutique directe sont conservés dans les établissements de transfusion sanguine ou dans les établissements de santé autorisés à cet effet par le ministre chargé de la santé après avis de l'Agence française du sang. Ils restent sous la surveillance d'un médecin ou d'un pharmacien. Un décret précise la section de l'ordre national des pharmaciens dont ledit pharmacien doit relever.

« Le ministre chargé de la santé peut, par arrêté pris après avis de l'Agence française du sang, réglementer la délivrance et l'utilisation des produits sanguins labiles. Cette délivrance ne peut être faite que sur ordonnance médicale.

« Il peut en suspendre ou en interdire définitivement la distribution et l'utilisation dans l'intérêt de la santé publique.

« *Art. L. 666-11.* - Toute importation, par quelque organisme que ce soit, d'un produit sanguin labile est subordonnée à une autorisation délivrée par le ministre chargé de la santé dans des conditions définies par décret.

« *Art. L. 666-12.* - Un décret en Conseil d'Etat fixe les règles d'hémo-vigilance, et notamment la nature des informations nécessaires à la surveillance des effet de l'utilisation des produits sanguins labiles que les praticiens sont tenus de fournir, ainsi que les conditions d'exercice de cette surveillance. Les personnes qui ont à connaître de ces informations sont tenues au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du code pénal.

« On entend par hémo-vigilance l'ensemble des procédures de surveillance organisées depuis la collecte du sang et de ses composants jusqu'au suivi des receveurs, en vue de recueillir et d'évaluer les informations sur les effets inattendus ou indésirables résultant de l'utilisation thérapeutique des produits sanguins labiles et d'en prévenir l'apparition.

« *Art. L. 666-13.* - Est interdite toute publicité concernant la distribution des substances visées à l'article L. 666-2, à l'exception de celle destinée à la seule information médicale ou à signaler l'emplacement des dépôts. »

Art. 3. - Il est ajouté au livre VI du code de la santé publique un chapitre II ainsi rédigé :

« Chapitre II

« Du comité de sécurité transfusionnelle
et de l'Agence française du sang

« Section 1

« Du comité de sécurité transfusionnelle

« *Art. L. 667-1.* - Il est institué auprès du ministre chargé de la santé un Comité de sécurité transfusionnelle dont les membres sont choisis pour leur compétence médicale et scientifique et nommés par un arrêté du ministre chargé de la santé.

« Les fonctions de membre du Comité de sécurité transfusionnelle sont incompatibles avec celles de membre du conseil d'administration de l'Agence française du sang.

« *Art. L. 667-2.* - Le Comité de sécurité transfusionnelle est chargé :

« - d'évaluer les conditions dans lesquelles est assurée la sécurité transfusionnelle et de proposer toute mesure utile destinée à améliorer cette sécurité sur l'ensemble de l'activité transfusionnelle ;

« - d'alerter le ministre chargé de la santé sur toutes les questions d'ordre médical ou scientifique qui peuvent avoir une incidence sur l'activité transfusionnelle.

« *Art. L. 667-3.* - Le Comité de sécurité transfusionnelle peut se saisir de toute question relative à la sécurité transfusionnelle et adresser des recommandations au ministre chargé de la santé auquel il remet chaque année un rapport sur la sécurité transfusionnelle. Ce rapport est rendu public.

« Il peut également être saisi par le ministre de la santé ou le président de l'Agence française du sang de toute question relative à la sécurité transfusionnelle.

« Section 2

« De l'Agence française du sang

« *Art. L. 667-4.* - Il est créé un établissement public de l'Etat à caractère administratif dénommé Agence française du sang et placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé.

« *Art. L. 667-5.* - L'Agence française du sang a pour objet de contribuer à la définition et à l'application de la politique de transfusion sanguine, de coordonner et de contrôler l'activité et la gestion des établissements de transfusion sanguine et d'assurer des missions d'intérêt général afin de garantir à la fois la plus grande sécurité possible et la satisfaction des besoins en matière de transfusion sanguine et de favoriser l'adaptation de l'activité transfusionnelle aux évolutions médicales, scientifiques et technologiques, dans le respect des principes éthiques.

« A cette fin, elle est notamment chargée :

« 1° Au titre de la contribution à la définition et à l'application de la politique de transfusion sanguine :

« *a)* De promouvoir le don du sang et les conditions de sa bonne utilisation ainsi que de veiller au strict respect des principes éthiques par l'ensemble de la chaîne transfusionnelle ;

« *b)* De donner aux autorités compétentes de l'Etat des avis sur les conditions techniques, sanitaires, médicales et de gestion auxquelles sont soumis les établissements de transfusion sanguine, sur les tarifs de cession des produits sanguins labiles ainsi que sur toute mesure concernant l'organisation de la transfusion sanguine, la distribution et l'utilisation des produits sanguins ;

« *c)* D'établir et de soumettre à l'homologation du ministre chargé de la santé les règlements mentionnés au 1° de l'article L. 666-8 et à l'article L. 668-3 et de veiller à leur application ;

« *d)* De préparer les projets des schémas d'organisation de la transfusion sanguine prévus au chapitre IV ci-après et de veiller à leur application ;

« *e)* De recueillir ou faire recueillir toutes données sur l'activité de transfusion sanguine, notamment en vue des actions d'hémovigilance ;

« 2° Au titre du contrôle et de la coordination de l'activité des établissements de transfusion sanguine :

« *a)* De prendre les décisions d'agrément ou d'approbation, d'autorisation, de retrait ou de suspension prévues aux articles L. 668-1, L. 668-4, L. 668-5, L. 668-8 et L. 668-11 ;

« *b)* De veiller au respect des dispositions législatives et réglementaires applicables aux établissements de transfusion sanguine ainsi que des conditions auxquelles sont subordonnés les agréments et autorisations dont ils bénéficient ;

« *c)* De gérer le fonds d'orientation de la transfusion sanguine ;

« *d)* De participer à la formation des personnels des établissements de transfusion sanguine ;

« *e)* De favoriser et de coordonner, en liaison avec les organismes de recherche, l'activité de recherche des établissements de transfusion sanguine et de promouvoir la diffusion des connaissances scientifiques et techniques dans l'activité transfusionnelle ;

« 3° Au titre des missions d'intérêt national relatives à l'activité de transfusion sanguine ;

« *a)* De tenir un fichier national des donneurs de groupes rares et de coordonner l'activité des laboratoires de référence ;

« *b)* De procéder à des expertises techniques et des actions d'évaluation de l'activité de transfusion sanguine ;

« *c)* De participer à l'organisation et à l'acheminement des secours en cas de catastrophe nationale ou internationale nécessitant de recourir aux moyens de transfusion sanguine, dans le cadre des lois et règlements applicables à ces événements.

« L'agence remet chaque année au Gouvernement un rapport sur l'activité de transfusion sanguine. Ce rapport est rendu public.

« *Art. L. 667-6.* - L'Agence française du sang est administrée par un conseil d'administration composé, outre son président, pour moitié de représentants de l'Etat et pour l'autre moitié de représentants des organismes d'assurance maladie, des associations de patients et de donneurs ainsi que du personnel de l'agence et de personnalités qualifiées, notamment des praticiens.

« Le conseil d'administration de l'agence comprend, en outre, deux représentants des établissements de santé, un représentant des établissements de transfusion sanguine et un représentant des personnels de ces derniers établissements, siégeant avec voix consultative.

« Le président du conseil d'administration est nommé par décret en conseil des ministres. Les autres membres du conseil sont nommés par décret.

« Le président du conseil d'administration assure la direction de l'agence, dans le cadre des orientations définies par le conseil d'administration, dont il exécute les délibérations.

« L'agence comprend, en outre, un conseil scientifique chargé de donner des avis sur les questions médicales, scientifiques et techniques dont les membres sont nommés par arrêté du ministre chargé de la santé.

« *Art. L. 667-7.* - Les décisions relatives aux agréments, approbations, autorisations et retraits prévus aux articles L. 668-1, L. 668-4, L. 668-8 et L. 668-11 sont prises par le président de l'agence après avis du conseil d'administration. Les autorisations prévues à l'article L. 668-5 et les décisions relatives aux suspensions prévues à l'article L. 668-11 sont prises par le président de l'agence, qui en rend compte au conseil d'administration.

« *Art. L. 667-8.* - Le personnel de l'agence comprend, outre des agents régis par le statut général de la fonction publique, des agents contractuels qui peuvent être recrutés, le cas échéant sous contrat à durée indéterminée, par dérogation à l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

« Les agents contractuels sont tenus au secret professionnel et à la discrétion professionnelle dans les mêmes conditions que celles définies à l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée.

« Ils ne peuvent, par eux-mêmes ou par personne interposée, avoir, dans les établissements contrôlés par l'agence ou en relation avec elle, aucun intérêt susceptible de compromettre leur indépendance.

« Un décret en Conseil d'Etat définit les activités privées qu'en raison de leur nature, les agents contractuels de l'agence ayant définitivement cessé leurs fonctions ne peuvent exercer, le cas échéant, pendant une durée limitée.

« Les autres personnes collaborant aux travaux de l'agence ne peuvent, sous les peines prévues à l'article 175-1 du code pénal, prêter leur concours à une mission relative à une affaire dans laquelle elles auraient un intérêt direct ou indirect ; elles sont soumises aux obligations énoncées au deuxième alinéa du présent article.

« *Art. L. 667-9.* - L'agence dispose, parmi ses agents, d'inspecteurs qui sont chargés de veiller au respect des lois et règlements applicables aux établissements de transfusion sanguine et qui contrôlent notamment à ce titre :

« 1° Les conditions de préparation, de conservation et de délivrance des produits sanguins ;

« 2° L'application des bonnes pratiques mentionnées à l'article L. 668-3 ;

« 3° La gestion administrative et financière des établissements.

« Les inspecteurs de l'agence sont habilités et assermentés dans des conditions définies par voie réglementaire. Outre les officiers et agents de police judiciaire agissant conformément aux dispositions du code de procédure pénale, ils peuvent rechercher et constater par procès-verbal les infractions aux dispositions législatives et réglementaires dont ils contrôlent l'application. Pour l'exercice de leur mission, ils ont accès aux locaux des établissements de transfusion sanguine.

« En outre, les inspecteurs de l'agence contrôlent l'application des décisions de suspension ou d'interdiction de la distribution et de l'utilisation des produits sanguins labiles prévues aux articles L. 666-10 et L. 668-11.

« Les inspecteurs consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel aucune activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Les conditions dans lesquelles il peut être dérogé à cette disposition sont fixées par décret.

« Les dispositions de l'article L. 565 leur sont applicables en ce qui concerne les établissements de transfusion sanguine qu'ils contrôlent.

« Ils peuvent être assistés dans leurs missions par des experts et procéder à des inspections conjointes avec les services compétents de l'Etat, avec lesquels ils échangent toutes informations relatives à l'activité des établissements de transfusion sanguine.

« Le président de l'Agence française du sang peut signaler les manquements constatés par les inspecteurs de l'agence aux règles des professions de médecin et de pharmacien, respectivement aux autorités mentionnées à l'article L. 418 et aux autorités ordinales compétentes.

« *Art. L. 667-10.* - Pour le contrôle des produits sanguins exercé par l'Agence française du sang, les analyses sont faites par l'Agence du médicament.

« *Art. L. 667-11.* - Il est créé un fonds d'orientation de la transfusion sanguine. Ce fonds est géré par l'Agence française du sang qui attribue à ce titre des subventions aux établissements pour l'application des schémas d'organisation de la transfusion sanguine prévus au chapitre IV, le développement et la coordination de l'activité de recherche ainsi que la formation de leurs personnels.

« Les ressources du fonds d'orientation sont constituées par une contribution à la charge des établissements de transfusion sanguine et, le cas échéant, par la part des excédents d'exploitation affectée dans les conditions de l'article L. 670-2.

« Cette contribution est calculée sur le montant hors taxe des cessions en France de produits sanguins labiles par les établissements de transfusion sanguine. Elle est due par ces établissements et est exigible à la date de livraison des produits. Elle est constatée, recouvrée et contrôlée comme en matière de taxe sur la valeur ajoutée avec les sûretés, garanties, privilèges et sanctions applicables à cette taxe. Les réclamations sont présentées, instruites et jugées comme pour cette taxe.

« Son taux, compris entre 10 et 15 p. 100 du montant des cessions, contribution comprise, est fixé par arrêté des ministres chargés de la santé et du budget. Le prélèvement pour frais d'assiette et de recouvrement perçu par l'Etat est fixé à 2,5 p. 100 du montant de la contribution.

« *Art. L. 667-12.* - Les ressources de l'agence comprennent :

« 1° Des subventions de l'Etat ;

« 2° Une dotation globale versée dans les conditions prévues par l'article L. 174-2 du code de la sécurité sociale. Un décret en Conseil d'Etat détermine notamment les modalités de fixation et de révision de cette dotation globale de l'agence par l'autorité compétente de l'Etat ;

« 3° Des redevances pour services rendus établies par décret dans les conditions définies à l'article 5 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances ;

« 4° Des produits divers, des dons et legs.

« *Art. L. 667-13.* - Des dispositions réglementaires déterminent, en tant que de besoin, les mesures d'application du présent chapitre, et notamment les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'Agence française du sang ainsi que les conditions d'exercice de la tutelle et du contrôle financier de l'Etat sur l'agence. Sauf dispositions contraires, elles sont prises par décret en Conseil d'Etat. »

Art. 4. - Il est ajouté au livre VI du code de la santé publique un chapitre III ainsi rédigé :

« Chapitre III

« Des établissements de transfusion sanguine

« *Art. L. 668-1.* - Les établissements de transfusion sanguine exercent une mission de santé publique dans le cadre du service public de la transfusion sanguine. Outre la collecte du sang ou de ses composants mentionnée à l'article L. 666-2, la préparation des produits sanguins labiles et leur distribution ne peuvent être faites que par des établissements de transfusion sanguine, sous la direction et la responsabilité d'un médecin ou d'un pharmacien.

« Sous réserve des dispositions de l'article L. 670-2, ces établissements ont vocation à développer toute activité liée à la transfusion sanguine, au conseil et au suivi des actes de transfusion. Ils peuvent notamment être autorisés à distribuer des médicaments dérivés du sang dans les conditions prévues à l'article L. 670-3 et à les dispenser aux malades qui y sont traités. Ils peuvent, en outre, à titre accessoire, être autorisés à exercer d'autres activités de santé, notamment des activités de soins et de laboratoire d'analyse de biologie médicale, conformément aux règles applicables à ces activités.

« Les établissements de transfusion sanguine doivent être agréés par l'Agence française du sang dans les conditions définies à l'article L. 668-2.

« Peuvent seuls être agréés en qualité d'établissements de transfusion sanguine :

« 1° Les associations à but non lucratif régies par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ou par la loi d'Empire du 19 avril 1908 dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

« 2° Les groupements d'intérêt public constitués à cet effet entre des établissements publics de santé et, le cas échéant, entre un ou plusieurs établissements publics de santé et d'autres personnes morales de droit public ou privé ; les dispositions de l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France sont applicables à ces groupements d'intérêt public. L'approbation de la convention constitutive vaut agrément.

« 3° Les structures mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 716-3.

« Les statuts des associations ou les conventions constitutives des groupements d'intérêt public mentionnés aux 1° et 2° ci-dessus doivent être conformes à des statuts types ou à une convention type définis par décret en Conseil d'Etat.

« Le statut particulier du centre de transfusion sanguine des armées, placé sous l'autorité du ministre de la défense, est fixé par décret en Conseil d'Etat.

« *Art. L. 668-2.* - L'agrément mentionné à l'article L. 668-1 est accordé pour une durée déterminée. Il est renouvelable. Il est subordonné à des conditions techniques, sanitaires et médicales définies par un décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Agence française du sang, qui fixe également la durée de l'agrément.

« La décision d'agrément ou d'approbation, qui doit être compatible avec le schéma d'organisation de la transfusion sanguine, indique la zone de collecte de l'établissement.

« *Art. L. 668-3.* - Les établissements de transfusion sanguine doivent se doter de bonnes pratiques dont les principes sont définis par un règlement établi par l'Agence française du sang, homologué par arrêté du ministre chargé de la santé et publié au *Journal officiel* de la République française.

« Avant distribution d'un nouveau produit sanguin labile, l'établissement qui le prépare doit communiquer à l'Agence française du sang les informations relatives aux caractéristiques, à la préparation, au contrôle, à l'efficacité et à la sécurité du produit afin qu'il soit procédé à son enregistrement.

« *Art. L. 668-4.* - Un décret en Conseil d'Etat fixe la liste des activités, des productions et des équipements, d'un coût élevé ou nécessitant des dispositions particulières dans l'intérêt de la santé publique, notamment de la sécurité ou de l'efficacité de la transfusion sanguine, qui, indépendamment de l'agrément prévu par l'article L. 668-1, doivent faire l'objet d'autorisations spécifiques données par l'Agence française du sang aux établissements de transfusion sanguine pour une durée déterminée renouvelable.

« Ces autorisations sont subordonnées au respect des conditions et principes visés à l'article L. 668-3 ainsi qu'à des obligations d'évaluation périodique. Elles doivent être compatibles avec les schémas d'organisation de la transfusion sanguine.

« *Art. L. 668-5.* - Les établissements de transfusion sanguine ne peuvent recourir à des produits sanguins labiles issus de collectes faites en dehors du territoire français qu'avec l'autorisation de l'Agence française du sang.

« Cette autorisation ne peut être accordée que si les besoins de la transfusion sanguine l'exigent et à la condition que le sang ou les produits dérivés en cause présentent des garanties suffisantes au regard de la sécurité de la transfusion sanguine, notamment qu'il soit justifié de l'accomplissement des obligations édictées à l'article L. 666-4.

« Les exportations de produits sanguins labiles ne peuvent être effectuées que par les établissements de transfusion sanguine et avec l'autorisation de l'Agence française du sang.

« *Art. L. 668-6.* - Les autorisations prévues aux articles L. 668-4 et L. 668-5 peuvent être assorties de conditions particulières imposées dans l'intérêt de la santé publique et subordonnées à la conclusion d'une convention avec un ou plusieurs autres établissements de transfusion sanguine pour l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un équipement.

« *Art. L. 668-7.* - Chaque établissement de transfusion sanguine est tenu de fournir à l'Agence française du sang toute information médicale, administrative et financière nécessaire au contrôle de son activité. Ces informations peuvent être recueillies sur pièces ou sur place, dans le respect du secret professionnel, notamment par les inspecteurs mentionnés à l'article L. 667-9.

« En outre, l'Agence française du sang détermine la teneur et la périodicité des informations qui doivent lui être régulièrement transmises par les établissements.

« *Art. L. 668-8.* - Seuls peuvent être nommés directeurs des établissements de transfusion sanguine des médecins ou des pharmaciens inscrits au tableau de l'ordre professionnel dont ils relèvent et figurant sur une liste d'aptitude.

« Leur nomination par le conseil d'administration de l'établissement est subordonnée à un agrément délivré, pour une durée limitée, par l'Agence française du sang et renouvelable.

« Un décret détermine les conditions dans lesquelles la liste d'aptitude prévue au premier alinéa est établie, et notamment la formation spécialisée et l'expérience pratique que les directeurs doivent justifier ainsi que la durée de l'agrément. Le même décret précise d'autre part la section de l'ordre national des pharmaciens au tableau de laquelle les pharmaciens mentionnés au premier alinéa doivent être inscrits.

« *Art. L. 668-9.* - Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions relatives aux qualifications et aux rémunérations des personnels des établissements de transfusion sanguine pour les catégories d'emploi qu'il détermine.

« *Art. L. 668-10.* - Les établissements de transfusion sanguine assument, même sans faute, la responsabilité des risques encourus par les donneurs à raison des opérations de prélèvement.

« Ces établissements doivent contracter une assurance couvrant leur responsabilité du fait de ces risques. Cette assurance doit comporter des garanties au moins égales à celles qui sont définies par un arrêté pris conjointement par les ministres chargés de la santé et de l'économie et des finances.

« *Art. L. 668-11.* - I. - Toute violation constatée dans un établissement de transfusion sanguine, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires qui lui sont applicables peut entraîner le retrait temporaire ou définitif des agréments et autorisations mentionnés aux articles L. 668-1, L. 668-4, L. 668-5 et L. 668-8.

« Le retrait de l'agrément ou de l'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions qu'il fixe ou de non-respect des principes des bonnes pratiques mentionnés à l'article L. 668-3.

« Le retrait ne peut intervenir qu'après mise en demeure adressée à l'établissement de prendre toute mesure propre à remédier à la violation ou au manquement constaté, ou de fournir toutes les explications nécessaires. Cette mise en demeure est faite par écrit par le président de l'Agence française du sang, datée et signée, et fixe un délai d'exécution ou de réponse qui ne peut excéder un mois. Le retrait est prononcé après avis de la commission d'organisation de la transfusion sanguine mentionnée à l'article L. 669-4.

« En cas d'urgence tenant à la sécurité des personnes, une suspension de l'agrément ou de l'autorisation peut être prononcée à titre conservatoire par le président de l'agence qui en informe dans un délai de quinze jours la commission d'organisation de la transfusion sanguine.

« Les statuts de l'association ou la convention constitutive du groupement d'intérêt public fixent les règles de dévolution des actifs de l'établissement de transfusion sanguine en cas de retrait définitif d'agrément et de dissolution.

« II. - Sans préjudice des pouvoirs conférés au ministre chargé de la santé par le troisième alinéa de l'article L. 666-10, le président de l'Agence française du sang peut, en cas d'urgence tenant à la sécurité des personnes, suspendre à titre conservatoire la distribution d'un produit par un établissement déterminé. Il en informe dans un délai de quinze jours la commission d'organisation de la transfusion sanguine. »

Art. 5. - Il est ajouté au livre VI du code de la santé publique un chapitre IV ainsi rédigé :

« Chapitre IV

« Des schémas d'organisation de la transfusion sanguine

« *Art. L. 669-1.* - Dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, le ministre chargé de la santé détermine, après avis de l'Agence française du sang, les ressorts territoriaux, dans le cadre desquels sont élaborés les schémas d'organisation de la transfusion sanguine, la durée de ces schémas ainsi que la composition et les modalités de fonctionnement de la commission mentionnée à l'article L. 669-4.

« *Art. L. 669-2.* - Chaque schéma d'organisation de la transfusion sanguine est arrêté par le ministre chargé de la santé, sur la base du projet préparé par l'Agence française du sang et après avis de la commission d'organisation de la transfusion sanguine compétente.

« *Art. L. 669-3.* - Chaque schéma d'organisation de la transfusion sanguine détermine :

« 1° La zone de collecte de chaque établissement ;

« 2° La répartition des activités entre les établissements de transfusion sanguine et, le cas échéant, leur regroupement ;

« 3° Les installations et les équipements nécessaires pour satisfaire les besoins en matière de transfusion sanguine ;

« 4° Les modalités de coopération entre les établissements de transfusion sanguine ainsi que, le cas échéant, celles relatives à la coopération entre les établissements de santé et les établissements de transfusion sanguine.

« *Art. L. 669-4.* - Dans le ressort territorial de chaque schéma d'organisation de la transfusion sanguine, il est institué une commission d'organisation de la transfusion sanguine comprenant :

« 1° Des représentants de l'Etat ;

« 2° Des représentants des collectivités territoriales ;

« 3° Des représentants des établissements de transfusion sanguine ;

« 4° Des représentants des personnels de ces établissements ;

« 5° Des représentants des établissements de santé ;

« 6° Des représentants des associations de donneurs de sang ;

« 7° Des représentants des professions de santé ;

« 8° Des représentants des patients et de leurs associations ;

« 9° Des personnalités qualifiées ;

« 10° Des représentants des organismes d'assurance maladie.

« La commission est consultée sur le projet de schéma d'organisation de la transfusion sanguine et ses modifications, sur la délivrance et le retrait des agréments et autorisations visés aux articles L. 668-1, L. 668-4 et L. 668-5, ainsi que sur l'attribution des subventions prévues à l'article L. 667-11.

« Lorsque le président de l'Agence française du sang prend une décision d'autorisation en application de l'article L. 668-5, il en informe la commission d'organisation de la transfusion sanguine dans un délai de quinze jours.

« La commission peut être également consultée par l'Agence française du sang sur toute autre question concernant l'activité de transfusion sanguine dans le ressort du schéma. »

Art. 6. - Il est ajouté au livre VI du code de la santé publique un chapitre V ainsi rédigé :

« Chapitre V

« Des médicaments dérivés du sang et du Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies

« *Art. L. 670-1.* - Les produits stables préparés à partir du sang et de ses composants constituent des médicaments dérivés du sang et sont soumis aux dispositions du livre V, sous réserve des dispositions du présent chapitre.

« *Art. L. 670-2.* - Seul un groupement d'intérêt public dénommé Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies peut préparer les médicaments mentionnés à l'article précédent à partir du sang ou de ses composants collectés par les établissements de transfusion sanguine. Il exerce également des activités de recherche et de production concernant des médicaments susceptibles de se substituer aux produits dérivés du sang.

« Les dispositions de l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 précitée sont applicables au Laboratoire français du fractionnement qui peut associer à l'Agence française du sang notamment des établissements de transfusion sanguine et des établissements visés à l'article L. 596.

« Le conseil d'administration comprend, outre des représentants des membres du groupement, des personnalités qualifiées en raison de leurs compétences en matière scientifique, médicale ou industrielle. La majorité des droits au conseil d'administration est détenue par des personnes morales de droit public.

« Le conseil d'administration détermine chaque année la part des excédents d'exploitation qui sont affectés aux activités de recherche et, le cas échéant, au fonds d'orientation mentionné à l'article L. 667-11.

« Un décret fixe en tant que de besoin les modalités d'organisation et de fonctionnement du Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies, compte tenu de la spécificité de ses missions. Ce décret détermine notamment les conditions dans lesquelles le laboratoire peut associer les personnes morales de droit privé mentionnées au deuxième alinéa à l'exploitation des brevets résultant de ses activités de recherche.

« *Art. L. 670-3.* - Les règles de la section 1 du chapitre II du titre II du livre V sont applicables au Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies sous réserve des dispositions du présent chapitre et, s'ils vendent en gros des médicaments dérivés du sang, aux établissements de transfusion sanguine, sous réserve des dispositions du chapitre III du présent livre. Le Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies et les établissements concernés doivent être dotés d'un pharmacien responsable qui participe à la direction générale de l'établissement.

« *Art. L. 670-4.* - L'autorisation de mise sur le marché prévue par l'article L. 601 ne peut être attribuée pour un médicament dérivé du sang que lorsqu'il est préparé à partir de sang ou de composants du sang prélevés dans les conditions définies aux articles L. 666-3 à L. 666-7.

« Toutefois, à titre exceptionnel, une autorisation de mise sur le marché peut, par dérogation, être délivrée à un médicament préparé à partir de sang ou de composants de sang prélevés dans des conditions non conformes au second alinéa de l'article L. 666-3 ou aux articles L. 666-6 et L. 666-7 si ce médicament apporte une amélioration en termes d'efficacité ou de sécurité thérapeutiques ou si des médicaments équivalents ne sont pas disponibles en quantité suffisante pour satisfaire les besoins sanitaires. Dans ce cas, l'autorisation de mise sur le marché est délivrée pour une durée de deux ans qui ne peut être renouvelée qu'en cas de persistance des conditions susnommées.

« *Art. L. 670-5.* - Un décret en Conseil d'Etat fixe, en tant que de besoin, les conditions d'application du présent chapitre. Il précise les sections de l'ordre auxquelles appartiennent les pharmaciens mentionnés à l'article L. 670-3. Il définit les conditions dans lesquelles lesdits pharmaciens doivent être assistés ou remplacés. »

Art. 7. - Il est ajouté au livre VI du code de la santé publique un chapitre VI ainsi rédigé :

« Chapitre VI

« Dispositions pénales

« *Art. L. 671-1.* - Le fait de procéder aux activités mentionnées aux articles L. 668-1, L. 668-4 et L. 668-5 sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 668-1 ou, le cas échéant, des autorisations prévues aux articles L. 666-11, L. 668-4 et L. 668-5, ou en violation des prescriptions fixées par ces agréments ou autorisations, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 500 000 F.

« *Art. L. 671-2.* - Le fait de prélever ou de tenter de prélever du sang sur une personne vivante sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 1 million de francs.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever ou de tenter de prélever du sang en violation des dispositions de l'article L. 666-5 sur une personne mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« *Art. L. 671-3.* - Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'une personne le prélèvement de son sang contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 1 million de francs.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter ou de tenter d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention du sang contre un paiement, quelle qu'en soit la forme.

« *Art. L. 671-4.* - Le fait d'utiliser sciemment ou de distribuer des produits sanguins sans qu'il ait été procédé aux analyses biologiques et aux tests de dépistage de maladies transmissibles requis en application de l'article L. 666-4 est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 500 000 F.

« *Art. L. 671-5.* - Le fait de modifier ou de tenter de modifier les caractéristiques du sang d'une personne avant prélèvement en infraction aux dispositions de l'article L. 666-6 est puni d'une amende de 300 000 F, et en cas de récidive, d'une amende de 500 000 F et d'un emprisonnement de six mois.

« Est puni des mêmes peines le fait de contrevenir ou de tenter de contrevenir à l'obligation prescrite par l'article L. 668-10.

« *Art. L. 671-6.* - La divulgation d'informations permettant d'identifier à la fois le donneur et le receveur de sang, en violation de l'article L. 666-7, est punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 50 000 F.

« *Art. L. 671-7.* - Est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 50 000 F le fait de céder du sang ou des produits labiles dérivés du sang à un tarif différent de celui qui résulte de l'arrêté pris pour l'application de l'article L. 666-9.

« *Art. L. 671-8.* - Les dispositions prévues par les articles 1er à 3 de la loi du 1er août 1905 en ce qui concerne la falsification des substances médicamenteuses, l'exposition, la mise en vente ou la vente de substances médicamenteuses falsifiées sont applicables au sang humain, à ses composants, ainsi qu'aux produits labiles qui en sont dérivés.

« Est puni des mêmes peines le fait de distribuer un produit labile ne figurant pas sur la liste prévue à l'article L. 666-8 ou un produit dont la distribution a été suspendue en application du dernier alinéa de l'article L. 666-10 ou du II de l'article L. 668-11.

« *Art. L. 671-9.* - Les personnes coupables des délits prévus au présent chapitre encourent également la peine complémentaire d'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise. »

TITRE II

DISPOSITIONS FINALES ET TRANSITOIRES

Art. 8. - Les établissements de transfusion sanguine bénéficiaires d'un agrément à la date de promulgation de la présente loi disposent, à compter de la publication du décret mentionné à l'article L. 668-2 du code de la santé publique, d'un délai, fixé par ce décret dans la limite de six mois, pour se conformer aux conditions qu'il détermine, pour adopter des statuts conformes aux statuts types définis en application de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 668-1 ou pour se constituer en groupement d'intérêt public dans les conditions déterminées par ce même article.

L'agrément des établissements devient caduc s'ils ne remplissent pas les conditions prévues à l'alinéa ci-dessus dans le délai qu'il fixe.

Art. 9. - L'article L. 716-3 du code de la santé publique est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Une ou plusieurs structures de ces établissements, dotées de l'autonomie financière et administrative, peuvent être agréées en qualité d'établissement de transfusion sanguine dans des conditions déterminées par voie réglementaire. Ces structures sont soumises au contrôle de l'Agence française du sang dans les mêmes conditions que les établissements mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 668-1. »

Art. 10. - A titre transitoire, et jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 8, les relations entre l'Agence française du sang et les établissements de transfusion sanguine demeurent régies par les conventions conclues entre

ces établissements et le groupement d'intérêt public dénommé Agence française du sang, en vigueur à la date de la promulgation de la présente loi.

Art. 11. - Les produits stables visés au 2° de l'article L. 666-8 du code de la santé publique dont l'utilisation a fait l'objet d'une autorisation avant la date de promulgation de la présente loi doivent faire l'objet d'une demande d'autorisation de mise sur le marché avant le 30 juin 1993.

A titre transitoire, ces produits peuvent être distribués par les seuls établissements de transfusion sanguine, jusqu'à l'intervention de la décision du ministre chargé de la santé relative à la demande d'autorisation de mise sur le marché ou, au plus tard, jusqu'au 31 décembre 1993.

A titre transitoire, les produits stables peuvent être préparés par les établissements de transfusion sanguine autorisés à fractionner le plasma par le ministre chargé de la santé jusqu'à l'intervention de la décision approuvant la convention constitutive du Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies.

Art. 12. - Il est ajouté à l'article L. 605 du code de la santé publique un alinéa (11°) ainsi rédigé :

« 11° Les règles particulières applicables à la pharmacovigilance exercée sur les médicaments dérivés du sang et les autres médicaments d'origine humaine. »

Art. 13. - Les personnes ayant reçu une transfusion de sang ou de produits dérivés du sang entre le 1er janvier 1980 et le 31 décembre 1985 sont invitées à se présenter dans les établissements de santé où a été effectuée la transfusion, ou tous autres établissements mandatés par eux, pour y être informées des risques de contamination par le virus de l'immuno-déficience humaine. Un test de dépistage de l'infection par le virus de l'immuno-déficience humaine leur est proposé à cette occasion.

Un décret fixe les conditions d'application du présent article.

Art. 14. - Les dispositions de la présente loi sont applicables au centre de transfusion sanguine des armées, à l'exception du quatrième alinéa (3°) de l'article L. 667-9, du dernier alinéa de l'article L. 668-5, du second alinéa de l'article L. 668-10 et des articles L. 667-11 et L. 669-3 auxquels il peut être dérogé selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Art. 15. - Les articles L. 666-3 à L. 666-7, L. 668-10, L. 671-2 à L. 671-6 et L. 671-9 sont applicables aux territoires de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française et des îles Wallis et Futuna.

Pour leur application dans ces territoires, les articles L. 666-4, L. 668-10 et L. 671-9 sont ainsi rédigés :

« *Art. L. 666-4.* - Le sang, ses composants et leurs dérivés ne peuvent être distribués ni utilisés sans qu'aient été faits des analyses biologiques et des tests de dépistage de maladies transmissibles, dans les conditions définies par l'autorité territoriale compétente.

« *Art. L. 668-10.* - Les établissements de transfusion sanguine assument, même sans faute, la responsabilité des risques encourus par les donneurs à raison des opérations de prélèvement. Ces établissements doivent contracter une assurance couvrant leur responsabilité du fait de ces risques.

« *Art. L. 671-9.* - Les personnes coupables des délits prévus aux articles L. 671-2 à L. 671-6 du présent chapitre encourent également la peine complémentaire d'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise. »

La présente loi est applicable à la collectivité territoriale de Mayotte.

Art. 16. - I. - Le début de l'article L. 209-13 du code de la santé publique est ainsi rédigé :

« Les médecins inspecteurs de la santé et, dans la limite de leurs attributions, les inspecteurs de l'Agence du médicament ont qualité pour... *(le reste sans changement).* »

II. - Aux articles L. 513, L. 552, L. 602-1, L. 602-3 (I et II), L. 618 et L. 658-11, les mots : « ministre chargé de la santé publique », « ministre chargé de la santé », « ministre des affaires sociales », « ministre de la santé », « ministre de la santé publique », sont remplacés par les mots : « Agence du médicament ».

III. - A l'article L. 529, les mots : « un inspecteur de la pharmacie représentant, à titre consultatif, le ministre de la santé publique » sont remplacés par les mots : « un inspecteur de l'Agence du médicament, un inspecteur de la pharmacie représentant, à titre consultatif, le ministre chargé de la santé » et, en conséquence, le mot : « treize » est remplacé par le mot : « quatorze ».

IV. - Le début de l'article L. 541 est ainsi rédigé :

« Les inspecteurs de la pharmacie, les inspecteurs de l'Agence du médicament, les pharmaciens fonctionnaires... *(le reste sans changement).* »

V. - 1° L'article L. 562 est ainsi rédigé :

« *Art. L. 562.* - Sous réserve des dispositions de l'article L. 567-9, les inspecteurs de la pharmacie contrôlent l'application des lois et règlements relatifs à la pharmacie :

« *a)* Dans les établissements fabriquant, important ou exportant des objets de pansements ou tous articles présentés comme conformes à la pharmacopée ;

« *b)* Dans les établissements distribuant en gros des médicaments à usage humain, des objets et produits mentionnés à l'article L. 512 ;

« *c)* Dans les établissements distribuant en gros des matières premières à usage pharmaceutique ;

« *d)* Dans les établissements distribuant au détail ou délivrant au public les médicaments, objets ou produits mentionnés à l'article L. 512 ;

« *e)* Dans les établissements de santé ;

« *d)* Dans les dépôts de médicaments, en quelques mains qu'ils soient.

« Dans les établissements mentionnés à l'article L. 617-21, les inspecteurs de la pharmacie participent au contrôle de l'application des dispositions du chapitre III du titre II du présent livre.

« Dans les laboratoires d'analyses de biologie médicale, ils participent au contrôle des dispositions du chapitre Ier du titre III du livre VII. »

2° L'article L. 562-1 est abrogé.

3° Les articles L. 563 et L. 564 sont ainsi rédigés :

« *Art. L. 563.* - Les inspecteurs de la pharmacie signalent aux autorités compétentes les manquements aux règles professionnelles de la pharmacie qu'ils constatent dans l'exercice de leurs fonctions.

« Ils font les enquêtes prescrites par l'autorité hiérarchique ou demandées par les instances ordinales compétentes.

« *Art. L. 564.* - Dans tous les établissements mentionnés à l'article L. 562 et dans tous les lieux publics, les pharmaciens inspecteurs de la santé ont qualité pour rechercher et constater les infractions aux dispositions du présent livre, aux lois sur la répression des fraudes et aux lois et règlements qui concernent l'exercice de la pharmacie. Même en dehors des établissements précités, les pharmaciens inspecteurs ont qualité pour rechercher et constater les infractions aux dispositions des articles L. 551 et L. 552.

« Outre les officiers et agents de police judiciaire agissant conformément aux dispositions du code de procédure pénale, les inspecteurs de la pharmacie peuvent rechercher et constater par procès-verbal les infractions aux dispositions législatives et réglementaires dont ils contrôlent l'application conformément à l'article L. 562.

« Les inspecteurs peuvent accéder aux locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel utilisés par les personnels et les établissements qu'ils sont chargés d'inspecter. Ils peuvent demander la communication de tous documents professionnels et en prendre copie, prélever des échantillons, recueillir, sur convocation ou sur place, les renseignements ou justifications. Les inspecteurs ne peuvent accéder à ces locaux que pendant leurs heures d'ouverture, lorsqu'ils sont ouverts au public et, dans les autres cas, qu'entre 8 heures et 20 heures. Ils ne peuvent accéder aux locaux qui servent pour partie de domicile aux intéressés.

« Le procureur de la République est préalablement informé des opérations envisagées en vue de la recherche des infractions par les inspecteurs. Il peut s'opposer à ces

opérations. Les procès-verbaux lui sont transmis dans les cinq jours suivant leur établissement. Une copie en est également remise à l'intéressé. »

4° Il est inséré un article L. 564-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 564-1.* - Les inspecteurs de la pharmacie peuvent, dans les mêmes lieux et les mêmes conditions de temps que ceux qui sont mentionnés à l'article L. 564, procéder à la saisie des objets ou produits mentionnés à l'article L. 512 sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les objets ou produits concernés, ou d'un juge délégué par lui.

« La demande doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la saisie. Celle-ci s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée.

« Les produits et objets saisis sont immédiatement inventoriés. L'inventaire est annexé au procès-verbal sur les lieux. Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont transmis, dans les cinq jours suivant leur établissement, au juge qui a ordonné la saisie.

« Le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui peut, d'office, à tout moment, ou sur la demande de l'intéressé, ordonner la main-levée de la saisie. »

5° L'article L. 567 est ainsi rédigé :

« *Art. L. 567.* - Quiconque fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions des inspecteurs de la pharmacie sera puni d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 5 000 F à 50 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement. »

6° L'article L. 602 est ainsi modifié :

a) A la première phrase, le mot : « fixe » est remplacé par le mot : « progressif » ;

b) La première phrase est complétée par les mots : « dans la limite de 100 000 F » ;

c) Il est ajouté un deuxième et un troisième alinéa ainsi rédigés :

« Son montant est versé à l'Agence du médicament.

« Les dispositions du III de l'article L. 602-3 sont applicables à ce droit. »

7° A l'article L. 602-1 les mots : « une taxe annuelle perçue au profit de l'Etat » sont remplacés par les mots : « une taxe annuelle perçue au profit de l'Agence du médicament ».

8° Le début du I de l'article L. 602-2 est ainsi rédigé :

« La taxe annuelle prévue à l'article précédent est fixée par décret dans la limite de 20 000 F par spécialité pharmaceutique... » (Le reste sans changement.)

9° A l'article L. 658-8, après les mots : « pharmaciens inspecteurs de la santé », sont insérés les mots : « , aux inspecteurs de l'Agence du médicament ».

Art. 17. - Les dispositions du premier alinéa de l'article L. 567-4 du code de la santé publique entrent en vigueur selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat et au plus tard le 30 juin 1993.

Jusqu'à l'adoption des mesures réglementaires prévues au second alinéa de l'article L. 567-1 du même code et au plus tard le 30 juin 1993, les modalités de rattachement en vigueur du produit des taxes et redevances existantes sont maintenues.

Art. 18. - I. - Au premier alinéa de l'article L. 601 du code de la santé publique, les mots : « le ministre chargé de la santé » sont remplacés par les mots : « l'Agence du médicament » ;

II. - Au cinquième alinéa de l'article L. 601-2 du code de la santé publique, les mots : « le ministre chargé de la santé » sont remplacés par les mots : « l'Agence du médicament » ;

III. - A l'article L. 603 du code de la santé publique :

- dans la première phrase du premier alinéa, les mots : « au ministre chargé de la santé » sont remplacés par les mots : « à l'Agence du médicament » ;
- dans la deuxième phrase du premier alinéa, les mots : « au ministre chargé de la santé » sont remplacés par les mots : « à l'Agence du médicament » ;
- au deuxième alinéa, les mots : « le ministre chargé de la santé » sont remplacés par les mots : « l'Agence du médicament » ;
- au troisième alinéa, les mots : « le ministre chargé de la santé » sont remplacés par les mots : « l'Agence du médicament » ;
- dans la première phrase du quatrième alinéa, les mots : « au ministre chargé de la santé » sont remplacés par les mots : « à l'Agence du médicament » ;
- dans la deuxième phrase du quatrième alinéa, les mots : « le ministre chargé de la santé » sont remplacés par les mots : « l'Agence du médicament » ;

IV. - A l'article L. 604 du code de la santé publique, les mots : « au ministre chargé de la santé » sont remplacés par les mots : « à l'Agence du médicament » ;

V. - A l'article L. 604-1 du code de la santé publique, les mots : « le ministre chargé de la santé » sont remplacés par les mots : « l'Agence du médicament » ;

VI. - A l'article 3 de la 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, les mots : « le ministre chargé de la santé publique » sont remplacés par les mots : « l'Agence du médicament » ;

VII. - Le II de l'article 70 de la loi de finances pour 1972 n° 71-1061 du 29 décembre 1971 est ainsi modifié :

1° Les mots : « au profit de l'Etat dont le montant est fixé par décret » sont remplacés par les mots : « au profit de l'Agence du médicament dont le montant est fixé par décret dans la limite de 2 000 F ».

2° Il est ajouté un deuxième alinéa ainsi rédigé : « Les dispositions du III de l'article L. 602-3 du code de la santé publique sont applicables à cette redevance. »

Art. 19. - Pour l'exécution de l'enregistrement et du contrôle de qualité des réactifs destinés aux analyses de biologie médicale, il est institué une redevance au profit de l'Agence du médicament.

Cette redevance est due par tout fabricant ou importateur de réactifs de laboratoire destinés aux analyses de biologie médicale lors du dépôt du dossier, soit dans le cadre d'une demande initiale, soit dans le cadre d'une modification ou d'un renouvellement.

On entend par réactifs toutes substances chimiques ou biologiques spécialement préparées pour leur utilisation *in vitro*, isolément ou en association, en vue d'analyses de biologie médicale au sens de l'article L. 753 du code de la santé publique.

Le montant de cette redevance forfaitaire est fixé à 1 100 fois la valeur conventionnelle de la lettre clé B au 1er janvier de l'année d'exigibilité en ce qui concerne les fabricants et importateurs visés au deuxième alinéa du présent article ; il pourra être révisé par décret dans la limite de 1 500 fois la valeur conventionnelle de la lettre clé B.

Le versement de cette redevance doit être effectué au moment du dépôt du dossier.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret.

Art. 20. - L'article 33 de la loi de finances pour 1968 (n° 67-1114 du 21 décembre 1967) est ainsi rédigé :

« *Art. 33.* - Toute demande d'inscription ou de modification d'inscription d'un médicament visé à l'article L. 601 du code de la santé publique sur la liste des spécialités pharmaceutiques remboursables, prévue à l'article R. 163-2 du code de la sécurité sociale ou sur la liste des médicaments pris en charge et utilisés par les collectivités publiques, dans les conditions mentionnées aux articles L. 618 et suivants du code de la santé publique, donne lieu, au profit de l'Agence du médicament, à la perception d'une redevance à la charge du demandeur.

« Le montant de cette redevance est fixé, dans la limite de 30 000 F, par arrêté conjoint du ministre de l'économie et des finances, du ministre chargé du budget, du ministre chargé des affaires sociales et du ministre chargé de la santé. Le montant de la redevance perçue à l'occasion d'une demande de modification d'inscription d'un médicament est fixé dans les mêmes conditions dans la limite de 20 p. 100 de la redevance perçue pour une demande d'inscription.

« Les dispositions du III de l'article L. 602-3 du code de la santé publique sont applicables à cette redevance. »

Art. 21. - Toute demande d'autorisation administrative d'exploitation d'eau minérale naturelle, d'industrie d'embouteillage, d'établissement thermal, de dépôt d'eau minérale naturelle prévue à l'article 1er du décret n° 57-404 du 28 mars 1957 portant règlement d'administration publique sur la police et la surveillance des eaux minérales, ainsi que toute demande d'autorisation administrative de matériaux autres que le verre prévue par le décret n° 64-1255 du 11 décembre 1964 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article L. 751 du code de la santé publique en ce qui concerne les industries d'embouteillage d'eau minérale donnent lieu à la perception d'une taxe à un taux fixé par décret dans la limite de 50 000 F par dossier. Ce versement est exigible lors du dépôt du dossier.

Le recouvrement et le contentieux du versement institué au paragraphe ci-dessus sont suivis par les comptables du Trésor selon les modalités fixées aux articles 81 à 95 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique dans leur rédaction en vigueur à la date de promulgation de la présente loi.

Les sommes perçues sont destinées à couvrir les frais d'instruction et d'expertise technique des dossiers par l'Agence du médicament. En conséquence de quoi, elles sont affectées au budget de l'Agence du médicament.

Art. 22. - La présente loi fera l'objet, après évaluation de son application, d'un nouvel examen par le Parlement dans un délai de cinq ans après son entrée en vigueur et au plus tard le 31 décembre 1997.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 4 janvier 1993.

FRANÇOIS MITTERRAND

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
PIERRE BÉRÉGOVOY

Le ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères,
ROLAND DUMAS

Le ministre d'Etat, ministre de la fonction publique,
MICHEL DELEBARRE

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
MICHEL VAUZELLE

Le ministre de l'industrie et du commerce extérieur,
DOMINIQUE STRAUSS-KAHN

Le ministre du budget,
MARTIN MALVY

Le ministre des affaires sociales et de l'intégration,
RENÉ TEULADE

Le ministre de la santé et de l'action humanitaire,
BERNARD KOUCHNER

Le ministre de la recherche et de l'espace,
HUBERT CURIEN

Le ministre délégué aux affaires européennes,
ÉLISABETH GUIGOU

(1) Travaux préparatoires : loi n° 93-5.

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 3003 ;

Rapport de M. Alain Calmat, au nom de la commission des affaires culturelles, n° 3051 ;

Discussion les 26 et 27 novembre 1992 et adoption, après déclaration d'urgence, le 27 novembre 1992.

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture après déclaration d'urgence, n° 71 (1992-1993) ;

Rapport de M. Claude Huriet, au nom de la commission des affaires sociales, n° 95 (1992-1993) ;

Discussion et adoption le 16 décembre 1992.

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 3190 ;

Rapport de M. Alain Calmat, au nom de la commission mixte paritaire, n° 3198 ;

Discussion et adoption le 21 décembre 1992.

Sénat :

Rapport de M. Claude Huriet, au nom de la commission mixte paritaire, n° 160 (1992-1993) ;

Discussion et adoption le 21 décembre 1992.

LOI n° 93-6 du 4 janvier 1993 relative aux sociétés civiles de placement immobilier, aux sociétés de crédit foncier et aux fonds communs de créances (1)

NOR : *ECOX9100212L*

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE Ier

DISPOSITIONS RELATIVES AUX SOCIÉTÉS CIVILES DE PLACEMENT IMMOBILIER AUTORISÉES À FAIRE PUBLIQUEMENT APPEL À L'ÉPARGNE

CHAPITRE Ier

De l'objet social des sociétés civiles de placement immobilier

Art. 1er. - L'article 1er de la loi n° 70-1300 du 31 décembre 1970 fixant le régime applicable aux sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne est ainsi rédigé :

« *Art. 1er.* - Les sociétés civiles régies par la présente loi, dénommées sociétés civiles de placement immobilier, peuvent faire publiquement appel à l'épargne.

« Elles ont pour objet exclusif l'acquisition et la gestion d'un patrimoine immobilier locatif. Pour les besoins de cette gestion, elles peuvent procéder à des travaux d'amélioration et, à titre accessoire, à des travaux d'agrandissement et de reconstruction ; elles peuvent acquérir des équipements ou installations nécessaires à l'utilisation des immeubles. Elles peuvent, en outre, céder des éléments de patrimoine immobilier dès lors qu'elles ne les ont pas achetés en vue de les revendre et que de telles cessions ne présentent pas un caractère habituel. Les conditions d'application des dispositions du présent alinéa sont déterminées par le décret mentionné à l'article 37. »

CHAPITRE II

Dispositions relatives à la protection des épargnants

Art. 2. - Après l'article 1er de la même loi, il est inséré un article 1-1 ainsi rédigé :

« *Art. 1-1.* - Les sociétés régies par les dispositions de la présente loi ne peuvent faire publiquement appel à l'épargne que lorsque les parts détenues par les membres fondateurs représentent une valeur totale au moins égale au capital social minimum tel que celui-ci est fixé à l'article 2 ci-dessous et que si elles justifient d'une garantie bancaire, approuvée par la Commission des opérations de bourse et destinée à faire face au remboursement prévu à l'article 2-1.

« Les parts ainsi détenues par les fondateurs sont inaliénables pendant trois ans à compter de la délivrance du visa de la commission des opérations de bourse. »

Art. 3. - L'article 2 de la même loi est ainsi rédigé :

« *Art. 2.* - Le capital social minimum ne peut être inférieur à 5 000 000 F. Les parts sont nominatives et d'un montant nominal minimum de 1 000 F.

« Le capital social des sociétés civiles de placement immobilier existantes doit être porté à 5 000 000 F dans un délai de dix-huit mois à compter de la publication de la loi n° 93-6 du 4 janvier 1993 relative aux sociétés civiles de placement immobilier, aux sociétés de crédit foncier et aux fonds communs de créances. »

Art. 4. - Après l'article 2 de la même loi, il est inséré un article 2-1 ainsi rédigé :

« *Art. 2-1.* - A concurrence de 15 p. 100 au moins, le capital maximum, tel que celui-ci est fixé par les statuts des sociétés régies par les dispositions de la présente loi, doit avoir été souscrit par le public dans un délai d'une année après la date d'ouverture de la souscription.

« S'il n'est pas satisfait à cette obligation, la société est dissoute et les associés sont remboursés du montant de leur souscription. »

Art. 5. - I. - Les deux premières phrases de l'article 9 de la même loi sont ainsi rédigées :

Annexe 3 - 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.

Ministère de l'éducation nationale.

Arrêtés portant détachements:

Education physique (p. 6709).

Enseignement du second degré (p. 6709).

Enseignement du premier degré (p. 6710).

Enseignement technique (p. 6710).

Ministère des travaux publics, des transports et du tourisme.

Décret du 6 juillet 1949 portant reclassement dans la voirie nationale et déclassement et reclassement dans la voirie vicinale (route n° 137) (p. 6709).

Arrêtés portant reclassement, réintégration, affectations et détachement (administration centrale et ponts et chaussées) (p. 6709).

Ministère de l'industrie et du commerce.

Arrêté portant nomination de membres du conseil d'administration de la régie nationale des usines Renault (p. 6710).

Arrêté conférant l'honorariat (service des instruments de mesure) (p. 6710).

Ministère de l'agriculture.

Arrêtés portant inscriptions au tableau d'avancement et nomination (administration centrale) (p. 6710).

Ministère de la France d'outre-mer.

Arrêtés portant détachements, admission à la retraite, acceptation de démission, intégration, rapportant une nomination et rectificatif:

Administration centrale (p. 6710).

Administration coloniale (p. 6711).

Administration générale des colonies (p. 6711).

Administrateurs adjoints des colonies (p. 6711).

Agriculture aux colonies (p. 6711).

Inspection du travail aux colonies (p. 6711).

INFORMATIONS PARLEMENTAIRES

Assemblée nationale. — Ordre du jour. — Liste des projets, propositions ou rapports mis en distribution. — Convocation de la conférence des présidents. — Convocations de commissions. — Réunions de commissions (p. 6711).

Conseil de la République. — Ordre du jour. — Liste des projets, propositions ou rapports mis en distribution. — Convocations de commissions. — Réunions de commissions (p. 6713).

INFORMATIONS RELATIVES A L'ASSEMBLEE DE L'UNION FRANÇAISE

Ordre du jour. — Liste des projets, propositions ou rapports mis en distribution. — Nominations de membres de commissions (p. 6715).

AVIS, COMMUNICATIONS ET INFORMATIONS

PRÉSIDENCE DU CONSEIL

Avis de mise en vente de publications officielles (p. 6715).

MINISTÈRE DES FINANCES ET DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES

Avis n° 410 de l'Office des changes relatif au déblocage des avoirs français aux Etats-Unis (p. 6715).

Avis de tirage de la dix-septième tranche de la loterie nationale 1949 (p. 6715).

Situation de la Banque de France et de ses succursales (p. 6716).

Annonces (p. 6717).

DÉBATS PARLEMENTAIRES
(PUBLICATIONS SPÉCIALES VENDUES SÉPARÉMENT)

N° 71 A. N.

Assemblée nationale. — Compte rendu *in extenso* des débats du jeudi 7 juillet 1949. — Questions écrites. — Réponses des ministres aux questions écrites (p. 4319).

PRIX : 5 F

N° 54 C. R.

Conseil de la République. — Compte rendu *in extenso* des débats du jeudi 7 juillet 1949. — Questions écrites (p. 1771).

PRIX : 5 F

DÉBATS DE L'ASSEMBLÉE DE L'UNION FRANÇAISE
(PUBLICATION SPÉCIALE VENDUE SÉPARÉMENT)

N° 47

Compte rendu *in extenso* des débats du jeudi 7 juillet 1949 (p. 881).

PRIX : 5 F

LOIS

LOI n° 49-889 du 7 juillet 1949 relative à la réparation des dommages physiques subis par les jeunes travailleurs provenant de l'organisation dite « Chantiers de jeunesse » par le fait ou à l'occasion de leur service dans les formations encadrées du ministère de la production industrielle.

L'Assemblée nationale et le Conseil de la République ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

Art. 1er. — Le bénéfice de l'acte dit loi n° 850 du 9 septembre 1942, rendant applicables aux jeunes des chantiers de jeunesse les dispositions de la loi du 31 mars 1919 sur les pensions militaires d'invalidité, est maintenu:

a) Aux jeunes provenant de l'organisation dissoute dite « Chantiers de la jeunesse » et affectés aux formations encadrées du ministère de la production industrielle, pour les infirmités contractées ou aggravées antérieurement au 15 juin 1944 par le fait ou à l'occasion du service;

b) A leurs veuves ou ascendants, à raison des décès survenus à la suite des infirmités contractées ou aggravées antérieurement au 15 juin 1944 par le fait ou à l'occasion du service.

Art. 2. — Les pensions accordées par application de la présente loi ne sont pas cumulables avec les rentes, indemnités ou autres prestations qui pourraient être allouées au titre des mêmes infirmités ou du décès par application d'une autre loi et notamment de la législation des accidents du travail ou de celle des assurances sociales.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 7 juillet 1949.

VINCENT AURIOL.

Par le Président de la République:

Le président du conseil des ministres,
HENRI QUEUILLE.

Le ministre des finances et des affaires économiques,
MAURICE-PETSCHE.

Le ministre de l'industrie et du commerce,
ROBERT LACOSTE.

Le ministre des anciens combattants et victimes de la guerre,
ROBERT BÉTOLAUD.

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.

L'Assemblée nationale et le Conseil de la République ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

Article unique. — Les prélèvements anatomiques effectués sur l'homme en vue de la pratique de la kératoplastie (greffe de la cornée) peuvent être effectués sans délai et sur les lieux mêmes du décès chaque fois que le *de cujus* a, par disposition testamentaire, légué ses yeux à un établissement public ou à une œuvre privée, pratiquant ou facilitant la pratique de cette opération.

Dans ce cas, la réalité du décès devra avoir été préalablement constatée par deux médecins, qui devront employer tous procédés reconnus valables par le ministre de la santé publique et de la population. Ils devront signer un procès-verbal de constat de décès relatant notamment la date et l'heure du décès, ainsi que les procédés utilisés pour s'assurer de sa réalité.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 7 juillet 1949.

VINCENT AURIOL.

Par le Président de la République:

Le président du conseil des ministres,
HENRI QUEUILLE.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ROBERT LECOURT.

Le ministre de l'intérieur,
JULES MOCH.

Le ministre de la santé publique et de la population,
PIERRE SCHNEITER.

Annexe 4 - Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

LOI n° 76-1180 du 22 décembre 1976 autorisant l'approbation de la convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique, ensemble deux annexes et un acte final, ouverte à la signature à Paris du 4 juin 1974 au 30 juin 1975 (1).

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article unique. — Est autorisée l'approbation de la convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique, ensemble deux annexes et un acte final, ouverte à la signature à Paris du 4 juin 1974 au 30 juin 1975, dont le texte est annexé à la présente loi (2).

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 22 décembre 1976.

VALÉRY GISCARD D'ESTAING.

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
RAYMOND BARRE.

Le ministre des affaires étrangères,
LOUIS DE GUIRINGAUD.

Loi n° 76-1180 TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 2301 ;
Rapport de M. Palewski, au nom de la commission des affaires étrangères (n° 2557) ;
Discussion et adoption, sans débat, le 10 novembre 1976.

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 61 (1976-1977) ;
Rapport de M. F. Palmero, au nom de la commission des affaires étrangères, n° 141 (1976-1977) ;
Discussion et adoption le 17 décembre 1976.

(2) Il sera publié ultérieurement au *Journal officiel.*

LOI n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes (1).

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1er. — En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti.

Si le donneur potentiel est un mineur, le prélèvement ne peut être effectué que s'il s'agit d'un frère ou d'une sœur du receveur. Dans ce cas, le prélèvement ne pourra être pratiqué qu'avec le consentement de son représentant légal et après autorisation donnée par un comité composé de trois experts au moins et comprenant deux médecins dont l'un doit justifier de vingt années d'exercice de la profession médicale. Ce comité se prononce après avoir examiné toutes les conséquences prévisibles du prélèvement tant au plan physique qu'au plan psychologique. Si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecté.

Loi n° 76-1181 TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Sénat :

Proposition de loi n° 436 (1975-1976) ;
Rapport de M. Auburtin, au nom de la commission des lois, n° 58 (1976-1977) ;
Avis de la commission des affaires sociales, n° 63 (1976-1977) ;
Discussion et adoption le 18 novembre 1976.

Assemblée nationale :

Proposition de loi, adoptée par le Sénat (n° 2629) ;
Rapport de M. Delaneau, au nom de la commission des affaires culturelles (n° 2654) ;
Discussion et adoption le 8 décembre 1976.

Sénat :

Proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, n° 120 (1976-1977) ;
Rapport de M. Jean Auburtin, au nom de la commission des lois, n° 152 (1976-1977) ;
Discussion et adoption le 14 décembre 1976.

Art. 2. — Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement.

Toutefois, s'il s'agit du cadavre d'un mineur ou d'un incapable, le prélèvement en vue d'une greffe ne peut être effectué qu'après autorisation de son représentant légal.

Art. 3. — Sans préjudice du remboursement de tous les frais qu'ils peuvent occasionner, les prélèvements visés aux articles précédents ne peuvent donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire.

Art. 4. — Un décret en Conseil d'Etat détermine :

1° Les modalités selon lesquelles le donneur visé à l'article 1er, ou son représentant légal, est informé des conséquences éventuelles de sa décision et exprime son consentement ;

2° Les modalités selon lesquelles le refus ou l'autorisation visé à l'article 2 ci-dessus doit être exprimé ;

3° Les conditions que doivent remplir les établissements hospitaliers pour être autorisés à effectuer les prélèvements visés à l'article 2 et être inscrits sur une liste arrêtée par le ministre de la santé ;

4° Les procédures et les modalités selon lesquelles la mort doit être constatée.

Art. 5. — Les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à l'application des dispositions de la loi n° 49-890 du 7 juillet 1949 relative à la greffe de la cornée et de celles du chapitre unique du livre VI du code de la santé publique relative à l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 22 décembre 1976.

VALÉRY GISCARD D'ESTAING.

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
RAYMOND BARRE.

Le ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice,
OLIVIER GUICHARD.

Le ministre de la santé,
SIMONE VEIL.

LOI n° 76-1182 du 22 décembre 1976 autorisant l'approbation de la convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, ensemble trois annexes, ouverte à la signature à Londres, Mexico, Moscou et Washington du 29 décembre 1972 au 31 décembre 1973 (1).

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article unique. — Est autorisée l'approbation de la convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, ensemble trois annexes, ouverte à la signature à Londres, Mexico, Moscou et Washington du 29 décembre 1972 au 31 décembre 1973, dont le texte est annexé à la présente loi (2).

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 22 décembre 1976.

VALÉRY GISCARD D'ESTAING.

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
RAYMOND BARRE.

Le ministre des affaires étrangères,
LOUIS DE GUIRINGAUD.

Loi n° 76-1182 TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 2300 ;
Rapport de M. Palewski, au nom de la commission des affaires étrangères (n° 2556) ;
Discussion et adoption, sans débat, le 10 novembre 1976.

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 60 (1976-1977) ;
Rapport de M. Palmero, au nom de la commission des affaires étrangères, n° 140 (1976-1977) ;
Discussion et adoption le 17 décembre 1976.

(2) Il sera publié ultérieurement au *Journal officiel.*

Annexe 5 - Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

16032 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE 22 décembre 1988

DÉCRET DU 21 DÉCEMBRE 1988
PORTANT CONVOCATION DU PARLEMENT EN SESSION EXTRAORDINAIRE

NOR : *HRUX8811027D*

Le Président de la République,
Sur le rapport du Premier ministre,
Vu les articles 29 et 30 de la Constitution,

Décrète :

Art. 1er. - Le Parlement est convoqué en session extraordinaire à compter du jeudi 22 décembre 1988.

Art. 2. - L'ordre du jour de la session extraordinaire comprendra la suite de l'examen de ceux des projets de loi suivants, qui n'auraient pas été définitivement adoptés à l'achèvement de la session ordinaire :
- projet de loi de finances pour 1989 ;
- projet de loi de finances rectificative pour 1988 ;
- projet de loi relatif au délai de réorganisation des services extérieurs de l'Etat, à la composition paritaire du conseil d'administration du Centre national de la fonction publique territoriale et aux fonctionnaires territoriaux à temps non complet ;
- projet de loi relatif aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances ;
- projet de loi relatif à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social ;
- projet de loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ;
- projet de loi modifiant diverses dispositions du code électoral et du code des communes relatives aux procédures de vote et au fonctionnement des conseils municipaux.

Art. 3. - Le Premier ministre est chargé de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 21 décembre 1988.

FRANÇOIS MITTERRAND

Par le Président de la République :
Le Premier ministre,
MICHEL ROCARD

LOIS

LOI n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales (1)

NOR : *SPSX8810045L*

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1er. - Il est inséré, après le livre II du code de la santé publique relatif à la protection sanitaire de la famille et de l'enfance, un livre II *bis* ainsi rédigé :

« LIVRE II *bis*

« Protection des personnes
qui se prêtent à des recherches biomédicales

« *Art. L. 209-1.* - Les essais, études ou expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisés dans les conditions prévues au présent livre et sont désignés ci-après par les termes : "recherche biomédicale".

« Les recherches biomédicales dont on attend un bénéfice thérapeutique direct pour la personne qui s'y prête sont des recherches à finalité thérapeutique directe. Toutes les autres recherches, qu'elles portent sur des personnes malades ou non, sont sans finalité thérapeutique directe.

« La personne physique ou morale qui prend l'initiative d'une recherche biomédicale sur l'être humain est dénommée ci-après le promoteur. La ou les personnes physiques qui dirigent et surveillent la réalisation de la recherche sont dénommées ci-après les investigateurs.

« Lorsque le promoteur d'une recherche confie sa réalisation à plusieurs investigateurs, il désigne parmi eux un investigateur coordonnateur.

« TITRE Ier

« Dispositions générales

« *Art. L. 209-2.* - Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain :

« - si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ;

« - si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ;

« - si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition.

« *Art. L. 209-3.* - Les recherches biomédicales ne peuvent être effectuées que :

« - sous la direction et sous la surveillance d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée ;

« - dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'essai et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à ces recherches.

« *Art. L. 209-4.* - Les recherches sans finalité thérapeutique directe sur les femmes enceintes ou qui allaitent ne sont admises que si elles ne présentent aucun risque prévisible pour la santé de la femme ou de l'enfant et si elles sont utiles à la connaissance des phénomènes liés à la grossesse ou à l'allaitement.

« *Art. L. 209-5.* - Les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches biomédicales que s'il en est attendu un bénéfice direct et majeur pour leur santé.

« *Art. L. 209-6.* - Les mineurs, les majeurs sous tutelle, les personnes séjournant dans un établissement sanitaire ou social et les malades en situation d'urgence ne peuvent être sollicités pour une recherche biomédicale que si l'on peut en attendre un bénéfice direct pour leur santé.

« Toutefois, les recherches sans finalité thérapeutique directe sont admises si les trois conditions suivantes sont remplies :

« - ne présenter aucun risque sérieux prévisible pour leur santé ;

« - être utiles à des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap ;

« - ne pouvoir être réalisées autrement.

« *Art. L. 209-7.* - Pour les recherches biomédicales sans finalité thérapeutique directe, le promoteur assume, même sans faute, l'indemnisation intégrale des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête, sans toutefois que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche.

« Pour les recherches biomédicales à finalité thérapeutique directe, le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute, sans toutefois que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche.

« Pour toute recherche biomédicale, le promoteur souscrit une assurance garantissant sa responsabilité civile telle qu'elle résulte du présent article et celle de tout intervenant, indépendamment de la nature des liens existant entre les intervenants et le promoteur. Les dispositions du présent article sont d'ordre public.

« *Art. L. 209-8.* - La recherche biomédicale ne donne lieu à aucune contrepartie financière hormis le remboursement des frais exposés et sous réserve de dispositions particulières prévues par l'article L. 209-15 du présent code relatif aux recherches sans finalité thérapeutique directe.

« TITRE II

« Du consentement

« *Art. L. 209-9.* - Préalablement à la réalisation d'une recherche biomédicale sur une personne, le consentement libre, éclairé et exprès de celle-ci doit être recueilli après que l'investigateur, ou un médecin qui le représente, lui a fait connaître :

« - l'objectif de la recherche, sa méthodologie et sa durée ;

« - les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ;

« - l'avis du comité mentionné à l'article L. 209-12 du présent code.

« Il informe la personne dont le consentement est sollicité de son droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité.

« A titre exceptionnel, lorsque dans l'intérêt d'une personne malade le diagnostic de sa maladie n'a pu lui être révélé, l'investigateur peut, dans le respect de sa confiance, réserver certaines informations liées à ce diagnostic. Dans ce cas, le protocole de la recherche doit mentionnner cette éventualité.

« Les informations communiquées sont résumées dans un document écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité.

« Le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur.

« Toutefois, en cas de recherches biomédicales à mettre en œuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole présenté à l'avis du comité instauré par l'article L. 209-11 du présent code peut prévoir que le consentement de cette personne ne sera pas recherché et que seul sera sollicité celui de ses proches s'ils sont présents, dans les conditions prévues ci-dessus. L'intéressé sera informé dès que possible et son consentement lui sera demandé pour la poursuite éventuelle de cette recherche.

« *Art. L. 209-10.* - Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur des mineurs ou des majeurs sous tutelle :

« - le consentement doit être donné, selon les règles prévues à l'article L. 209-9 du présent code, par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale pour les mineurs non émancipés. Pour les mineurs ou les majeurs sous tutelle, le consentement est donné par le tuteur pour les recherches à finalité thérapeutique directe ne présentant pas un risque prévisible sérieux et, dans les autres cas, par le tuteur autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles ;

« - le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit également être recherché lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement.

« TITRE III

« Dispositions administratives

« *Art. L. 209-11.* - Dans chaque région, le ministre chargé de la santé agrée un ou, selon les besoins, plusieurs comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale.

« Le ministre fixe par arrêté le nombre de comités dans chaque région.

« Les comités sont compétents au sein de la région où ils ont leur siège. Ils exercent leur mission en toute indépendance. Ils doivent être dotés de la personnalité juridique.

« Les comités sont composés de manière à assurer une diversité des compétences dans le domaine biomédical et à l'égard des questions éthiques, sociales, psychologiques et juridiques.

« Leurs membres sont nommés par le représentant de l'Etat dans la région, par tirage au sort des candidats.

« Les membres des comités, les personnes appelées à collaborer à leurs travaux et les agents de l'Etat qui en sont dépositaires sont tenus, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du code pénal, de garder secrètes les informations dont ils peuvent avoir connaissance à raison de leurs fonctions et qui sont relatives à la nature des recherches, aux personnes qui les organisent ou qui s'y prêtent ou aux produits, objets ou méthodes expérimentés.

« Ne peuvent valablement participer à une délibération les personnes qui ne sont pas indépendantes du promoteur et de l'investigateur de la recherche examinée.

« Le ministre de la santé peut retirer l'agrément si les conditions d'indépendance, de composition et de fonctionnement nécessaires pour assurer leur mission dans les meilleures conditions ne sont plus satisfaites.

« *Art. L. 209-12.* - Avant de réaliser une recherche sur l'être humain, tout investigateur est tenu d'en soumettre le projet à l'avis d'un comité consultatif de protection des personnes dans la recherche biomédicale ayant son siège dans la région où il exerce son activité.

« Dans le cas d'une recherche confiée à plusieurs investigateurs, l'avis prévu à l'alinéa précédent est demandé par l'investigateur coordonnateur, qui soumet le projet à un comité siégeant dans la région où il exerce son activité.

« Le comité rend son avis sur les conditions de validité de la recherche, notamment la protection des participants, leur information et les modalités de recueil de leur consentement, les indemnités éventuellement dues, la pertinence générale du projet et l'adéquation entre les objectifs poursuivis et les moyens mis en œuvre ainsi que la qualification du ou des investigateurs. Il communique au ministre chargé de la santé tout avis défavorable donné à un projet de recherche.

« Avant sa mise en œuvre, le promoteur transmet au ministre chargé de la santé une lettre d'intention décrivant les données essentielles de la recherche, accompagnée de

l'avis du comité consulté. Cet avis ne le dégage pas de sa responsabilité. Les projets ayant fait l'objet d'un avis défavorable ne peuvent être mis en œuvre avant un délai de deux mois à compter de leur réception par le ministre.

« Le ministre peut, à tout moment, en cas de risque pour la santé publique ou de non-respect des dispositions du présent livre, suspendre ou interdire une recherche biomédicale.

« *Art. L. 209-13.* - Les médecins inspecteurs de la santé et les pharmaciens inspecteurs de la santé ont qualité pour veiller au respect des dispositions du présent livre et des textes réglementaires pris pour son application.

« TITRE IV

« Dispositions particulières aux recherches sans finalité thérapeutique directe

« *Art. L. 209-14.* - Les recherches biomédicales sans finalité thérapeutique directe ne doivent comporter aucun risque prévisible sérieux pour la santé des personnes qui s'y prêtent.

« Elles doivent être précédées d'un examen médical des personnes concernées. Les résultats de cet examen leur sont communiqués par l'intermédiaire du médecin de leur choix.

« *Art. L. 209-15.* - Dans le cas d'une recherche sans finalité thérapeutique directe à l'égard des personnes qui s'y prêtent, le promoteur verse à ces personnes une indemnité en compensation des contraintes subies. Le montant total des indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre chargé de la santé.

« Les recherches effectuées sur des mineurs, des majeurs sous tutelle ou des personnes séjournant dans un établissement sanitaire ou social ne peuvent en aucun cas donner lieu à une telle indemnité.

« *Art. L. 209-16.* - Toute recherche biomédicale sans finalité thérapeutique directe sur une personne qui n'est pas affiliée à un régime de sécurité sociale est interdite.

« L'organisme de sécurité sociale dispose contre le promoteur d'une action en paiement des prestations versées ou fournies.

« *Art. L. 209-17.* - Nul ne peut se prêter simultanément à plusieurs recherches biomédicales sans finalité thérapeutique directe.

« Pour chaque recherche sans finalité thérapeutique directe, le protocole soumis à l'avis consultatif du comité consultatif de protection des personnes dans la recherche biomédicale détermine une période d'exclusion au cours de laquelle la personne qui s'y prête ne peut participer à une autre recherche sans finalité thérapeutique directe. La durée de cette période varie en fonction de la nature de la recherche.

« En vue de l'application des dispositions ci-dessus, le ministre chargé de la santé établit et gère un fichier national.

« *Art. L. 209-18.* - Les recherches biomédicales sans finalité thérapeutique directe ne peuvent être réalisées que dans un lieu équipé des moyens matériels et techniques adaptés à la recherche et compatibles avec les impératifs de sécurité des personnes qui s'y prêtent, autorisé, à ce titre, par le ministre chargé de la santé.

« TITRE V

« Sanctions pénales

« *Art. L. 209-19.* - Est puni d'une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 12 000 F à 200 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque aura pratiqué ou fait pratiquer sur l'être humain une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement prévu par les articles L. 209-9 et L. 209-10 du présent code, ou alors qu'il aura été retiré.

« Est punie des peines prévues à l'alinéa précédent toute personne qui aura pratiqué ou fait pratiquer une recherche biomédicale en infraction aux dispositions des articles L. 209-4 à L. 209-6 et du dernier alinéa de l'article L. 209-9.

« *Art. L. 209-20.* - Est puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 6 000 F à 100 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement :

« - quiconque aura pratiqué ou fait pratiquer une recherche biomédicale sans avoir obtenu l'avis préalable prévu par l'article L. 209-12 du présent code ;

« - quiconque aura pratiqué ou fait pratiquer une recherche biomédicale dans des conditions contraires aux dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 209-17 du présent code ;

« - quiconque aura pratiqué ou fait pratiquer, continué de pratiquer ou de faire pratiquer une recherche biomédicale dont la réalisation a été interdite ou suspendue par le ministre chargé de la santé.

« L'investigateur qui réalise une telle recherche en infraction aux dispositions de l'article L. 209-18 est puni des mêmes peines.

« *Art. L. 209-21.* - Le promoteur dont la responsabilité civile n'est pas garantie par l'assurance prévue à l'article L. 209-7 du présent code est puni d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 6 000 F à 100 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.

Art. 2. - Après le 14° *bis* de l'article 81 du code général des impôts, il est inséré un 14° *ter* ainsi rédigé :

« 14° *ter* L'indemnité prévue par l'article L. 209-15 du code de la santé publique ; ».

Art. 3. - La première phrase du premier alinéa de l'article L. 564 du code de la santé publique est ainsi rédigée :

« Dans tous les établissements qu'ils sont chargés d'inspecter, les pharmaciens inspecteurs de la santé ont qualité pour rechercher et constater les infractions aux dispositions du présent livre, aux dispositions du livre II *bis*, en application de l'article L. 209-13 dudit livre, aux lois sur la répression des fraudes et plus généralement à toutes les lois qui concernent l'exercice de la pharmacie et aux textes réglementaires pris pour leur application. »

Art. 4. - Le septième alinéa (6°) de l'article L. 605 du code de la santé publique est ainsi rédigé :

« 6° Les règles applicables à l'expérimentation des médicaments en vue de leur autorisation de mise sur le marché ainsi qu'aux essais organisés après la délivrance de cette autorisation ; ».

Art. 5. - Après l'article L. 577 *bis* du code de la santé publique, il est inséré un article L. 577 *ter* ainsi rédigé :

« *Art. L. 577* ter. - Dans les établissements sanitaires ou sociaux, publics ou privés qui sont titulaires d'une licence d'exercice de pharmacie, en application de l'article L. 577 du présent code, le pharmacien assurant la gérance de cette pharmacie doit être préalablement informé par le promoteur des essais, études ou expérimentations envisagés sur des produits, substances ou médicaments.

« Ces produits, substances ou médicaments sont détenus et dispensés par le ou les pharmaciens de l'établissement. »

Art. 6. - Des décrets en Conseil d'Etat fixent les modalités d'application de la présente loi et notamment :

1° La composition et les conditions d'agrément, de financement, de fonctionnement et de nomination des membres des comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale ainsi que la nature des informations qui doivent leur être communiquées par l'investigateur et sur lesquelles ils sont appelés à émettre leur avis ;

2° Les conditions de la constitution, de la gestion et de la consultation du fichier national prévu à l'article L. 209-17 du code de la santé publique ;

3° Les conditions de l'autorisation prévue à l'article L. 209-18 du même code ;

4° La nature des informations qui doivent être communiquées par le promoteur au ministre chargé de la santé, dans la lettre d'intention mentionnée à l'article L. 209-12 du code de la santé publique.

Annexe 6 - Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

2 juillet 1994 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE 9559

LOIS

LOI n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (1)

NOR : *RESX9200045L*

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1er. – Il est inséré, dans la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, un chapitre V *bis* ainsi rédigé :

***« Chapitre V* bis**

« Traitements automatisés de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé

« *Art. 40-1.* – Les traitements automatisés de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé sont soumis aux dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 15, 16, 17, 26 et 27.

« Les traitements de données ayant pour fin le suivi thérapeutique ou médical individuel des patients ne sont pas soumis aux dispositions du présent chapitre. Il en va de même des traitements permettant d'effectuer des études à partir des données ainsi recueillies si ces études sont réalisées par les personnels assurant ce suivi et destinées à leur usage exclusif.

« *Art. 40-2.* – Pour chaque demande de mise en œuvre d'un traitement de données, un comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé, institué auprès du ministre chargé de la recherche et composé de personnes compétentes en matière de recherche dans le domaine de la santé, d'épidémiologie, de génétique et de biostatistique, émet un avis sur la méthodologie de la recherche au regard des dispositions de la présente loi, la nécessité du recours à des données nominatives et la pertinence de celles-ci par rapport à l'objectif de la recherche, préalablement à la saisine de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

« Le comité consultatif dispose d'un mois pour transmettre son avis au demandeur. A défaut, l'avis est réputé favorable. En cas d'urgence, ce délai peut être ramené à quinze jours.

« Le président du comité consultatif peut mettre en œuvre une procédure simplifiée.

« La mise en œuvre du traitement de données est ensuite soumise à l'autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, qui dispose, à compter de sa saisine par le demandeur, d'un délai de deux mois, renouvelable une seule fois, pour se prononcer. A défaut de décision dans ce délai, le traitement de données est autorisé.

« *Art. 40-3.* – Nonobstant les règles relatives au secret professionnel, les membres des professions de santé peuvent transmettre les données nominatives qu'ils détiennent dans le cadre d'un traitement automatisé de données autorisé en application de l'article 40-1.

« Lorsque ces données permettent l'identification des personnes, elles doivent être codées avant leur transmission. Toutefois, il peut être dérogé à cette obligation lorsque le traitement de données est associé à des études de pharmacovigilance ou à des protocoles de recherche réalisés dans le cadre d'études coopératives nationales ou internationales ; il peut également y être dérogé si une particularité de la recherche l'exige. La demande d'autorisation comporte la justification scientifique et technique de la dérogation et, sauf autorisation motivée de la Commission nationale de l'informatique et des libertés donnée après avis du comité consultatif pour le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé, les données transmises ne peuvent être conservées sous une forme nominative au-delà de la durée nécessaire à la recherche.

« La présentation des résultats du traitement de données ne peut en aucun cas permettre l'identification directe ou indirecte des personnes concernées.

« Les données sont reçues par le responsable de la recherche désigné à cet effet par la personne physique ou morale autorisée à mettre en œuvre le traitement. Ce responsable veille à la sécurité des informations et de leur traitement, ainsi qu'au respect de la finalité de celui-ci.

« Les personnes appelées à mettre en œuvre le traitement de données ainsi que celles qui ont accès aux données sur lesquelles il porte sont astreintes au secret professionnel sous les peines prévues à l'article 226-13 du code pénal.

« *Art. 40-4.* – Toute personne a le droit de s'opposer à ce que des données nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement visé à l'article 40-1.

« Dans le cas où la recherche nécessite le recueil de prélèvements biologiques identifiants, le consentement éclairé et exprès des personnes concernées doit être obtenu préalablement à la mise en œuvre du traitement de données.

« Les informations concernant les personne décédées, y compris celles qui figurent sur les certificats des causes de décès, peuvent faire l'objet d'un traitement de données, sauf si l'intéressé a, de son vivant, exprimé son refus par écrit.

« *Art. 40-5.* – Les personnes auprès desquelles sont recueillies des données nominatives ou à propos desquelles de telles données sont transmises sont, avant le début du traitement de ces données, individuellement informées :

« 1° De la nature des informations transmises ;

« 2° De la finalité du traitement de données ;

« 3° Des personnes physiques ou morales destinataires des données ;

« 4° Du droit d'accès et de rectification institué au chapitre V ;

« 5° Du droit d'opposition institué aux premier et troisième alinéas de l'article 40-4 ou, dans le cas prévu au

deuxième alinéa de cet article, de l'obligation de recueillir leur consentement.

« Toutefois, ces informations peuvent ne pas être délivrées si, pour des raisons légitimes que le médecin traitant apprécie en conscience, le malade est laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave.

« Dans le cas où les données ont été initialement recueillies pour un autre objet que le traitement, il peut être dérogé à l'obligation d'information individuelle lorsque celle-ci se heurte à la difficulté de retrouver les personnes concernées. Les dérogations à l'obligation d'informer les personnes de l'utilisation de données les concernant à des fins de recherche sont mentionnées dans le dossier de demande d'autorisation transmis à la Commission nationale de l'informatique et des libertés, qui statue sur ce point.

« *Art. 40-6.* – Sont destinataires de l'information et exercent les droits prévus aux articles 40-4 et 40-5 les titulaires de l'autorité parentale, pour les mineurs, ou le tuteur, pour les personnes faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« *Art. 40-7.* – Une information relative aux dispositions du présent chapitre doit être assurée dans tout établissement ou centre où s'exercent des activités de prévention, de diagnostic et de soins donnant lieu à la transmission de données nominatives en vue d'un traitement visé à l'article 40-1.

« *Art. 40-8.* – La mise en œuvre d'un traitement automatisé de données en violation des conditions prévues par le présent chapitre entraîne le retrait temporaire ou définitif, par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, de l'autorisation délivrée en application des dispositions de l'article 40-2.

« Il en est de même en cas de refus de se soumettre au contrôle prévu par le 2° de l'article 21.

« *Art. 40-9.* – La transmission hors du territoire français de données nominatives non codées faisant l'objet d'un traitement automatisé ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé n'est autorisée, dans les conditions prévues à l'article 40-2, que si la législation de l'Etat destinataire apporte une protection équivalente à la loi française.

« *Art. 40-10.* – Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent chapitre. »

Art. 2. – Les traitements automatisés de données nominatives entrant dans le champ d'application du chapitre V *bis* de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, fonctionnant à la date de publication de la présente loi et n'ayant pas reçu d'avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, doivent, dans un délai d'un an à compter de la publication du décret prévu à l'article 40-10 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, faire l'objet d'une demande d'autorisation dans les conditions prévues à l'article 40-2 de la même loi.

Pour l'avis du comité consultatif relatif à ces demandes d'autorisation, le délai prévu au deuxième alinéa de l'article 40-2 de ladite loi est porté à quatre mois non renouvelables.

Art. 3. – Dans les articles 41 et 44 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, les mots : « à l'article 15 » sont remplacés par les mots : « aux articles 15 ou 40-1 ».

Art. 4. – L'article 226-18 du code pénal est complété par trois alinéas ainsi rédigés :

« En cas de traitement automatisé de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, est puni des mêmes peines le fait de procéder à un traitement :

« 1° Sans avoir préalablement informé individuellement les personnes sur le compte desquelles des données nominatives sont recueillies ou transmises de leur droit d'accès, de rectification et d'opposition, de la nature des informations transmises et des destinataires des données ;

« 2° Malgré l'opposition de la personne concernée ou, lorsqu'il est prévu par la loi, en l'absence du consentement éclairé et exprès de la personne, ou, s'il s'agit d'une personne décédée, malgré le refus exprimé par celle-ci de son vivant. »

Art. 5. – L'article 47 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée est complété par les mots : « à l'exception du chapitre V *bis* ».

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 1er juillet 1994.

FRANÇOIS MITTERRAND

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
ÉDOUARD BALLADUR

Le ministre d'Etat, ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville,
SIMONE VEIL

Le ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice,
PIERRE MÉHAIGNERIE

Le ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche,
FRANÇOIS FILLON

Le ministre délégué à la santé,
PHILIPPE DOUSTE-BLAZY

---

(1) *Travaux préparatoires :* loi n° 94-548.

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 2601 ;

Rapport de M. Bioulac, au nom de la commission spéciale, n° 2871 ;

Discussion les 19, 20 et 23 novembre 1992 et adoption le 25 novembre 1992.

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 68 (1992-1993) ;

Rapport de M. Alex Türk, au nom de la commission des lois, n° 209 (1993-1994) ;

Discussion les 13, 14, 17, 18, 19, 20 et 21 janvier 1994 et adoption le 21 janvier 1994.

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 962 ;

Rapport de M. Jean-François Mattei, au nom de la commission spéciale, n° 1057 ;

Discussion le 19 avril 1994 et adoption le 20 avril 1994.

Sénat :

Projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, n° 355 (1993-1994) ;

Rapport de M. Alex Türk, au nom de la commission des lois, n° 397 (1993-1994) ;

Discussion et adoption le 19 mai 1994.

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat en deuxième lecture, n° 1268 ;

Rapport de M. Jean-François Mattei, au nom de la commission spéciale, n° 1338 ;

Discussion et adoption le 20 juin 1994.

Annexe 7 - Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

11056 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE 30 juillet 1994

LOIS

LOI n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (1)

NOR : JUSX9400024L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 94-343/344 DC en date du 27 juillet 1994,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE Ier

DU RESPECT DU CORPS HUMAIN

Art. 1er. – I. – L'intitulé du titre Ier du livre Ier du code civil est ainsi rédigé :

« TITRE Ier

« Des droits civils

II. – L'intitulé du chapitre II du titre Ier du livre Ier du même code est ainsi rédigé :

« Chapitre II

« Du respect du corps humain »

Art. 2. – L'article 16 du code civil est rétabli dans la rédaction suivante et inséré au début du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil :

« *Art. 16.* – 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. »

Art. 3. – Après l'article 16 du code civil, sont insérés les articles 16-1 à 16-9 ainsi rédigés :

« *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.

« *Art. 16-2.* – Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci.

« *Art. 16-3.* – Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.

« 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.

« *Art. 16-4.* – 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.

« *Art. 16-5.* – Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.

« *Art. 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.

« *Art. 16-7.* – Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

« *Art. 16-8.* – 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. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur.

« En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci.

« *Art. 16-9.* – Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. »

Art. 4. – L'article 227-12 du code pénal est complété par un troisième et un quatrième alinéa ainsi rédigés :

« Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

« La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines. »

TITRE II

DE L'ÉTUDE GÉNÉTIQUE DES CARACTÉRISTIQUES D'UNE PERSONNE ET DE L'IDENTIFICATION D'UNE PERSONNE PAR SES EMPREINTES GÉNÉTIQUES

Art. 5. – Il est inséré, dans le titre Ier du livre Ier du code civil, un chapitre III ainsi rédigé :

« Chapitre III

« De l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques

« *Art. 16-10.* – L'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.

« Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à la réalisation de l'étude.

« *Art. 16-11.* – L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques 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.

« 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, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli.

« Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement de la personne doit être au préalable recueilli.

« *Art. 16-12.* – Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, ces personnes doivent, en outre, être inscrites sur une liste d'experts judiciaires. »

Art. 6. – Il est inséré, dans la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, un article 6-1 ainsi rédigé :

« *Art. 6-1.* – Sont seules habilitées, en matière judiciaire, à procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques les personnes inscrites sur les listes instituées par l'article 2 de la présente loi et ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

Art. 7. – Les deux premiers alinéas de l'article L. 611-17 du code de la propriété intellectuelle sont ainsi rédigés :

« Ne sont pas brevetables :

« *a)* Les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une telle invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition législative ou réglementaire ; à ce titre, le corps humain, ses éléments et ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet de brevets. »

Art. 8. – I. – La section 6 du chapitre VI du titre II du livre II du code pénal devient la section 7 de ce chapitre.

II. – L'article 226-25 du code pénal devient l'article 226-31.

III. – Il est inséré, dans le chapitre VI du titre II du livre II du code pénal, une section 6 intitulée : « Des atteintes à la personne résultant de l'étude génétique de ses caractéristiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques », comportant six articles ainsi rédigés :

« *Art. 226-25.* – Le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales sans avoir préalablement recueilli son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 du code de la santé publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« *Art. 226-26.* – Le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« *Art. 226-27.* – Le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins médicales sans recueillir préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 du code de la santé publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« *Art. 226-28.* – Le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 145-16 du code de la santé publique.

« *Art. 226-29.* – La tentative des infractions prévues aux articles 226-25, 226-26, 226-27 et 226-28 est punie des mêmes peines.

« *Art. 226-30.* – Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à la présente section.

« Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;

« 2° Les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8° et 9° de l'article 131-39.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. »

IV. – Après l'article 226-31 du code pénal, il est inséré un article 226-32 ainsi rédigé :

« *Art. 226-32.* – Les personnes physiques coupables des infractions prévues à l'article 226-28 et de la tentative de ces infractions ayant la qualité d'expert judiciaire encourent également la radiation de la liste sur laquelle elles sont inscrites. »

V. – Dans le dernier alinéa (5°) de l'article 226-31 du code pénal, les références : « , 226-15 et 226-28 » sont substituées à la référence : « et 226-15 ».

Art. 9. – I. – Il est inséré, dans le livre V du code pénal, un titre Ier intitulé : « Des infractions en matière de santé publique ».

Il est créé, dans ce titre Ier, un chapitre Ier intitulé : « Des infractions en matière d'éthique biomédicale », comprenant quatre sections ainsi rédigées :

« Section 1

« De la protection de l'espèce humaine

« *Art. 511-1.* – Le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de vingt ans de réclusion criminelle.

« Section 2

« De la protection du corps humain

« *Art. 511-2.* – Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

« Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger.

« *Art. 511-3.* – Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues par l'article L. 671-3 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant mineur ou sur un donneur vivant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans

avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 671-4 et L. 671-5 du code de la santé publique.

« *Art. 511-4.* – Le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules ou de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui.

« *Art. 511-5.* – Le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues par l'article L. 672-5 du code de la santé publique.

« *Art. 511-6.* – Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« *Art. 511-7.* – Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des transplantations d'organes, à des prélèvements ou des greffes de tissus, à la conservation ou à la transformation de tissus ou à la greffe de cellules dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. 511-8.* – Le fait de procéder à la distribution ou à la cession d'organes, de tissus, de cellules et produits humains en vue d'un don sans qu'aient été respectées les règles de sécurité sanitaire exigées en application des dispositions de l'article L. 665-15 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. 511-9.* – Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux des gamètes provenant de dons.

« *Art. 511-10.* – Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. 511-11.* – Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante en vue d'une assistance médicale à la procréation sans procéder aux tests de dépistage des maladies transmissibles exigés en application de l'article L. 665-15 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. 511-12.* – Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 673-3 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. 511-13.* – Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L. 673-7 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. 511-14.* – Le fait de procéder à des activités de recueil, de traitement, de conservation et de cession de gamètes provenant de dons sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 673-5 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Section 3

« De la protection de l'embryon humain

« *Art. 511-15.* – Le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains.

« *Art. 511-16.* – Le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 152-4 et L. 152-5 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« *Art. 511-17.* – Le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.

« *Art. 511-18.* – Le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« *Art. 511-19.* – Le fait de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon en violation des dispositions de l'article L. 152-8 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« *Art. 511-20.* – Le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 162-16 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. 511-21.* – Le fait de méconnaître les dispositions de l'article L. 162-17 du code de la santé publique relatif au diagnostic préimplantatoire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. 511-22.* – Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 184-1 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. 511-23.* – Le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à un embryon et le couple qui l'a accueilli est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. 511-24.* – Le fait de procéder à des activités d'assitance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« *Art. 511-25.* – Le fait de procéder au transfert d'un embryon dans les conditions fixées à l'article L. 152-5 du code de la santé publique sans avoir pris connaissance des résultats des tests de dépistage de maladies infectieuses exigés en application de l'article précité est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Section 4

« Autres dispositions et peines complémentaires applicables aux personnes physiques et responsabilité des personnes morales

« *Art. 511-26.* – La tentative des délits prévus par les articles 511-2, 511-3, 511-4, 511-5, 511-6, 511-9 et 511-15 est punie des mêmes peines.

« *Art. 511-27.* – Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourent également la peine complémentaire d'interdiction pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

« *Art. 511-28.* – Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies au présent chapitre. Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant la modalités prévues par l'article 131-38 ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. »

II. – Il est créé, dans le livre V du code pénal, un titre II intitulé : « Autres dispositions », comprenant un chapitre unique intitulé : « Des sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux ».

Les articles 511-1 et 511-2 du code pénal deviennent respectivement les articles 521-1 et 521-2.

TITRE III

DE LA FILIATION EN CAS DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

Art. 10. – Il est inséré, au chapitre Ier du titre VII du livre Ier du code civil, une section 4 ainsi rédigée :

« Section 4

« De la procréation médicalement assistée

« *Art. 311-19.* – En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

« Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.

« *Art. 311-20.* – Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

« Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.

« Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance.

« Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

« En outre, est judiciairement déclarée la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu. L'action obéit aux dispositions des articles 340-2 à 340-6. »

Art. 11. – Les dispositions de la présente loi sont applicables dans les territoires d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Mayotte.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 29 juillet 1994.

FRANÇOIS MITTERRAND

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
ÉDOUARD BALLADUR

Le ministre d'Etat, ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville,
SIMONE VEIL

Le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire,
CHARLES PASQUA

Le ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice,
PIERRE MÉHAIGNERIE

Le ministre d'Etat, ministre de la défense,
FRANÇOIS LÉOTARD

Le ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche,
FRANÇOIS FILLON

Le ministre des départements et territoires d'outre-mer,
DOMINIQUE PERBEN

Le ministre délégué à la santé,
PHILIPPE DOUSTE-BLAZY

---

(1) Loi n° 94-653.

– *Travaux préparatoires :*

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 2599 ;

Rapport de M. Bioulac, au nom de la commission spéciale, n° 2871 ;

Discussion les 19, 20, 23 novembre 1992 et adoption le 25 novembre 1992.

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, n° 66 (1992-1993) ;

Rapport de M. Guy Cabanel, au nom de la commission des lois, n° 230 (1993-1994) ;

Discussion les 13, 14, 17, 18, 19 et 20 janvier 1994 et adoption le 20 janvier 1994, n° 77.

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 961 ;

Rapport de M. Jérôme Bignon, au nom de la commission des lois, n° 1062 ;

Discussion le 19 avril 1994 et adoption le 20 avril 1994.

Sénat :

Projet de loi, adopté avec modification par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, n° 356 (1993-1994) ;

Rapport de M. Guy Cabanel, au nom de la commission des lois, n° 398 (1993-1994) ;

Discussion et adoption le 19 mai 1994.

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 1267 ;

Rapport de M. Jérôme Bignon, au nom de la commission mixte paritaire, n° 1386 ;

Discussion et adoption le 21 juin 1994.

Sénat :

Rapport de M. Guy Cabanel, au nom de la commission mixte paritaire, n° 515 (1993-1994) ;

Discussion et adoption le 23 juin 1994.

– *Conseil constitutionnel :*

Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 publiée au *Journal officiel* du 29 juillet 1994.

Annexe 8 - 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.

11060 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE 30 juillet 1994

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 (1)

NOR : *SPSX9400032L*

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 94-343/344 DC en date du 27 juillet 1994,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1er. – L'intitulé du livre VI du code de la santé publique est ainsi rédigé :

« LIVRE VI

« Don et utilisation des éléments et produits du corps humain »

Art. 2. – Il est inséré, au début du livre VI du code de la santé publique, un titre Ier ainsi rédigé :

« TITRE Ier

« Principes généraux applicables au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain

« *Art. L. 665-10.* – 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 civil et par les dispositions du présent titre.

« *Art. L. 665-11.* – Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment.

« *Art. L. 665-12.* – Est interdite la publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé. Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain.

« Cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé de la santé.

« *Art. L. 665-13.* – 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. Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

« *Art. L. 665-14.* – Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. 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.

« *Art. L. 665-15.* – Le prélèvement d'éléments et la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques sont soumis à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'Etat.

« Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies transmissibles.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe également les conditions dans lesquelles s'exerce la vigilance concernant les éléments et produits du corps humain, les produits, autres que les médicaments, qui en dérivent, ainsi que les dispositifs médicaux les incorporant, en particulier les informations que sont tenus de transmettre les utilisateurs ou des tiers.

« *Art. L. 665-16.* – Ne sont pas soumis aux dispositions du présent titre les produits du corps humain pour lesquels il est d'usage de ne pas appliquer l'ensemble des principes qu'énoncent les articles L. 665-11 à L. 665-15. La liste de ces produits est fixée par décret en Conseil d'Etat. »

Art. 3. – I. – Les chapitres Ier, II, III, IV et V du livre VI du code de la santé publique constituent un titre II intitulé : « Du sang humain ».

II. – La division chapitre VI du livre VI du code de la santé publique et son intitulé sont supprimés.

III. – Les articles L. 671-1 à L. 671-8 du code de la santé publique deviennent les articles L. 675-1 à L. 675-8.

IV. – L'article L. 671-9 du code de la santé publique est abrogé.

Art. 4. – I. – Il est inséré, après le chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre II *bis* intitulé : « De l'Etablissement français des greffes ».

II. – L'article 56 de la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, qui devient l'article L. 673-8 du code de la santé publique, est inséré dans le chapitre mentionné au I.

III. – Il est inséré, dans le même chapitre, un article L. 673-9 ainsi rédigé :

« *Art. L. 673-9.* – Les ressources de l'Etablissement français des greffes comprennent :

« 1° Des subventions de l'Etat ;

« 2° Une dotation globale versée dans les conditions prévues par l'article L. 174-2 du code de la sécurité sociale dont les modalités de fixation et de révision sont déterminées par décret en Conseil d'Etat ;

« 3° Des taxes et redevances créées à son bénéfice ;

« 4° Des produits divers, dons et legs. »

Art. 5. – I. – Il est inséré, après le titre II du livre VI du code de la santé publique, un titre III intitulé : « Des organes, tissus, cellules et produits du corps humain ».

II. – Il est inséré, dans le titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre Ier ainsi rédigé :

« Chapitre Ier

« Des organes

« Section 1

« Dispositions communes

« *Art. L. 671-1.* – La moelle osseuse est considérée comme un organe pour l'application des dispositions du présent livre.

« *Art. L. 671-2.* – Sauf dispositions contraires, les conditions d'application des dispositions du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

« Section 2

« Du prélèvement d'organes sur une personne vivante

« *Art. L. 671-3.* – Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le receveur doit avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur, sauf en cas de prélèvement de moelle osseuse en vue d'une greffe.

« En cas d'urgence, le donneur peut être le conjoint.

« Le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment.

« *Art. L. 671-4.* – Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« *Art. L. 671-5.* – Par dérogation aux dispositions de l'article L. 671-4, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur.

« Ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur. Le consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui.

« En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République.

« L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par un comité d'experts qui s'assure que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte.

« Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement.

« *Art. L. 671-6.* – Le comité d'experts mentionné à l'article L. 671-5 est composé de trois membres désignés pour trois ans par arrêté du ministre chargé de la santé. Il comporte deux médecins, dont un pédiatre, et une personnalité n'appartenant pas aux professions médicales.

« Le comité se prononce dans le respect des principes généraux et des règles énoncés par le titre Ier du présent livre. Il apprécie la justification médicale de l'opération, les risques que celle-ci est susceptible d'entraîner ainsi que ses conséquences prévisibles sur les plans physique et psychologique.

« Les décisions de refus d'autorisation prises par le comité d'experts ne sont pas motivées.

« Section 3

« Du prélèvement d'organes sur une personne décédée

« *Art. L. 671-7.* – Le prélèvement d'organes sur une personne décédée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et après que le constat de la mort a été établi dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

« Ce prélèvement peut être effectué dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement.

« Ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volonté sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment. Les conditions de fonctionnement et de gestion du registre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

« Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille.

« *Art. L. 671-8.* – Si la personne décédée était un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale, le prélèvement en vue d'un don ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal y consente expressément par écrit.

« *Art. L. 671-9.* – Aucun prélèvement à des fins scientifiques autres que celles ayant pour but de rechercher les causes du décès ne peut être effectué sans le consentement du défunt exprimé directement ou par le témoignage de sa famille.

« Toutefois, lorsque le défunt est un mineur, ce consentement est exprimé par un des titulaires de l'autorité parentale.

« La famille est informée des prélèvements effectués en vue de rechercher les causes du décès.

« *Art. L. 671-10.* – Les médecins qui établissent le constat de la mort, d'une part, et ceux qui effectuent le prélèvement ou la transplantation, d'autre part, doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts.

« L'établissement français des greffes est informé de tout prélèvement visé au I de l'article L. 673-8.

« *Art. L. 671-11.* – Les médecins ayant procédé à un prélèvement sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la restauration décente de son corps.

« Section 4

« De l'autorisation des établissements effectuant des prélèvements d'organes en vue de dons

« *Art. L. 671-12.* – Les prélèvements d'organes ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative.

« L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.

« *Art. L. 671-13.* – Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements d'organes au titre de cette activité.

« *Art. L. 671-14.* – Les conditions techniques, sanitaires et médicales et les conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés au titre Ier du présent livre, que doivent remplir les établissements de santé pour pouvoir être autorisés à effectuer des prélèvements d'organes, sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

« Section 5

« Des transplantations d'organes

« *Art. L. 671-15.* – Les dispositions de l'article L. 672-10 sont applicables aux organes lorsqu'ils peuvent être conservés. La liste de ces organes est fixée par décret.

« Pour l'application aux organes de ces dispositions, la délivrance de l'autorisation mentionnée à l'article L. 672-10 est subordonnée aux conditions prévues à l'article L. 672-14.

« *Art. L. 671-16.* – Les transplantations d'organes sont effectuées dans les établissements de santé autorisés à cet effet dans des conditions prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII du présent code.

« Peuvent recevoir l'autorisation d'effectuer des transplantations d'organes les établissements qui sont autorisés à effectuer des prélèvements d'organes en application de l'article L. 671-12 et qui, en outre, assurent des activités d'enseignement médical et de recherche médicale dans les conditions prévues par les dispositions de l'ordonnance n° 58-1373 du 30 décembre 1958 relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, ainsi que les établissements de santé liés par convention aux précédents dans le cadre du service public hospitalier.

« *Art. L. 671-17.* – Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des transplantations d'organes au titre de ces activités. »

Art. 6. – Il est inséré, après le chapitre Ier du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre II ainsi rédigé :

« Chapitre II

« Des tissus, cellules et produits

« Section 1

« Dispositions communes

« *Art. L. 672-1.* – Les tissus, cellules et produits humains prélevés à l'occasion d'une intervention médicale et le placenta, lorsqu'ils sont conservés en vue d'une utilisation ultérieure, sont soumis aux seules dispositions des articles L. 665-12, L. 665-13, L. 665-14, L. 665-15 et de la section 4 du présent chapitre.

« *Art. L. 672-2.* – Les dispositions des sections 2 et 3 du présent chapitre s'appliquent sous réserve des dispositions du livre II *bis* relatives à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

« *Art. L. 672-3.* – Sauf dispositions contraires, les modalités d'application du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

« Section 2

« Du prélèvement de tissus et de cellules et de la collecte des produits du corps humain en vue de dons

« *Art. L. 672-4.* – Le prélèvement de tissus ou de cellules ou la collecte des produits du corps humain sur une personne vivante ne peut être effectué que dans un but thérapeutique ou scientifique.

« *Art. L. 672-5.* – Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain ne

peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« *Art. L. 672-6.* – Un décret en Conseil d'Etat fixe les situations médicales et les conditions dans lesquelles le prélèvement de tissus et de cellules et la collecte de produits du corps humain sur une personne décédée sont autorisés.

« Un tel prélèvement ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et dans les conditions prévues aux articles L. 671-7, L. 671-8 et L. 671-9.

« Section 3

« De l'autorisation des établissements et organismes effectuant des prélèvements de tissus ou de cellules du corps humain en vue de dons

« *Art. L. 672-7.* – Les prélèvements de tissus et cellules du corps humain en vue de dons ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative.

« L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.

« *Art. L. 672-8.* – Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements de tissus au titre de cette activité.

« *Art. L. 672-9.* – Les conditions techniques, sanitaires et médicales et les conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés au titre Ier du présent livre, que doivent remplir les établissements de santé pour pouvoir être autorisés à effectuer des prélèvements de tissus, sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

« Section 4

« De la conservation et de l'utilisation des tissus et cellules du corps humain

« *Art. L. 672-10.* – Peuvent assurer la transformation, la conservation, la distribution et la cession des tissus et cellules les établissements publics de santé et les organismes à but non lucratif autorisés à cet effet par l'autorité administrative. Cette autorisation est accordée pour une durée de cinq ans. Elle peut être renouvelée.

« L'autorisation d'effectuer la transformation des prélèvements ou l'établissement des cultures cellulaires, ainsi que leur conservation, leur distribution et leur cession, peut être accordée dans les mêmes formes à d'autres organismes pour les activités requérant une haute technicité. Les conditions d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

« *Art. L. 672-11.* – Le prélèvement, le traitement, la transformation, la manipulation et la distribution des produits cellulaires destinés à la mise en œuvre de greffes, d'immunothérapie, de thérapie cellulaire somatique ou de thérapie génique somatique sont régis par les dispositions du titre Ier du présent livre dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

« Lorsque ces produits cellulaires constituent des médicaments, ces activités sont régies par les dispositions du livre V.

« Lorsqu'ils ne constituent pas des médicaments, leur prélèvement, leur transformation, leur conservation et leur distribution sont réalisés par des établissements ou organismes remplissant des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat et autorisés par l'autorité administrative compétente.

« Les décrets en Conseil d'Etat visés aux articles L. 666-8 (4°), L. 672-10 et au présent article garantissent l'unité du régime juridique applicable au prélèvement, au traitement, à la transformation, à la manipulation et à la distribution des produits cellulaires destinés à la mise en œuvre de greffes, d'immunothérapie, de thérapie cellulaire somatique ou de thérapie génique somatique.

« *Art. L. 672-12.* – La transformation, la distribution et la cession des tissus et cellules sont, en tant que de besoin, assujetties à des règles, notamment financières et économiques, propres à assurer le respect des dispositions du titre Ier du présent livre, et fixées par décret en Conseil d'Etat.

« *Art. L. 672-13.* – Les greffes de tissus et de cellules ne peuvent être effectuées que dans des établissements de santé.

« Les activités requérant une haute technicité ou nécessitant des dispositions particulières dans l'intérêt de la santé publique, déterminées par décret en Conseil d'Etat dans les conditions prévues par les sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII du présent code, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé autorisés à cet effet.

« *Art. L. 672-14.* – La délivrance des autorisations mentionnées aux articles L. 672-10 et L. 672-13 est subordonnée à des conditions techniques, sanitaires ou médicales et, en tant que de besoin, financières, ainsi qu'à des conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés par le titre Ier du présent livre.

« Ces conditions et les modalités de délivrance sont fixées pour chacune des autorisations par décret en Conseil d'Etat. »

Art. 7. – Il est inséré, après le quatrième alinéa (3°) de l'article L. 666-8 du code de la santé publique, un 4° ainsi rédigé :

« 4° Des préparations cellulaires réalisées, à partir du prélèvement de cellules souches hématopoïétiques et de cellules somatiques mononucléées, par des établissements ou organismes remplissant des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat et autorisés par le ministre chargé de la santé, sur proposition de l'Agence française du sang lorsque la demande est présentée par un établissement de transfusion sanguine. »

Art. 8. – Il est inséré, après le chapitre II du titre Ier du livre II du code de la santé publique, un chapitre II *bis* ainsi rédigé :

***« Chapitre II* bis**

« Assistance médicale à la procréation

« *Art. L. 152-1.* – L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel.

« *Art. L. 152-2.* – L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple.

« Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

« L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.

« *Art. L. 152-3.* – Un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 152-2. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des deux membres du couple.

« Compte tenu de l'état des techniques médicales, les deux membres du couple peuvent décider par écrit que sera tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser leur demande parentale dans un délai de cinq ans.

« Les deux membres du couple sont consultés chaque année pendant cinq ans sur le point de savoir s'ils maintiennent leur demande parentale.

« Un décret en Conseil d'Etat détermine les obligations auxquelles sont tenus les établissements et les laboratoires

au regard de leur conservation pendant la durée d'application de 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, notamment lorsqu'ils cessent leur activité.

« *Art. L. 152-4.* – A titre exceptionnel, les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.

« En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.

« *Art. L. 152-5.* – A titre exceptionnel, un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 152-2 et pour lequel une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir peut accueillir un embryon.

« L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 152-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique.

« Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

« Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon.

« Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon.

« L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses.

« Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

« *Art. L. 152-6.* – L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir.

« *Art. L. 152-7.* – Un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles.

« *Art. L. 152-8.* – La conception *in vitro* d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite.

« Toute expérimentation sur l'embryon est interdite.

« A titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons.

« Leur décision est exprimée par écrit.

« Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon.

« Elles ne peuvent être entreprises qu'après avis conforme de la commission mentionnée à l'article L. 184-3 ci-dessous dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

« La commission rend publique chaque année la liste des établissements où s'effectuent ces études, ainsi que leur objet.

« *Art. L. 152-9.* – Les actes cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, définis par décret en Conseil d'Etat, sont effectués sous la responsabilité d'un praticien nommément agréé à cet effet dans chaque établissement ou laboratoire autorisé à les pratiquer.

« *Art. L. 152-10.* – La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale.

« Ils doivent notamment :

« 1° Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption ;

« 2° Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, ainsi que de leur pénibilité ;

« 3° Leur remettre un dossier-guide comportant notamment :

« *a)* Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation ;

« *b)* Un descriptif de ces techniques ;

« *c)* Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet.

« La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien.

« La confirmation de la demande est faite par écrit.

« La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'Etat.

« L'assistance médicale à la procréation ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent chapitre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître.

« Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire. »

Art. 9. – Les embryons existant à la date de promulgation de la présente loi et dont il a été vérifié qu'ils ne font plus l'objet d'une demande parentale, qu'ils ne font pas l'objet d'une opposition à un accueil par un couple tiers et qu'ils satisfont aux règles de sécurité sanitaire en vigueur au jour de leur transfert pourront être confiés à un couple remplissant les conditions prévues à l'article L. 152-5.

Si leur accueil est impossible et si la durée de leur conservation est au moins égale à cinq ans, il est mis fin à cette conservation.

Art. 10. – Il est inséré, après la section 4 du chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, une section 5 ainsi rédigée :

« Section 5

« Dispositions spécifiques au don
et à l'utilisation de gamètes

« *Art. L. 673-1.* – Le don de gamètres consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation.

« *Art. L. 673-2.* – Le donneur doit faire partie d'un couple ayant procréé. Le consentement du donneur et celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit. Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur, qui peut être révoqué, avant toute intervention, par l'un ou l'autre des membres du couple.

« *Art. L. 673-3.* – Toute insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et tout mélange de sperme sont interdits.

« *Art. L. 673-4.* – Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de cinq enfants.

« *Art. L. 673-5.* – Les activités de recueil, traitement, conservation et cession de gamètes, ne peuvent être pratiquées que dans les organismes et établissements de santé publics et privés à but non lucratif autorisés à cet effet par

l'autorité administrative, suivant les modalités prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII. Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens au titre de ces activités.

« Pour être autorisés à exercer ces activités, les organismes et établissements visés au premier alinéa doivent remplir les conditions déterminées en application des dispositions susmentionnées du livre VII et des conditions définies par décret en Conseil d'Etat propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux prévus par le titre Ier du présent livre. Ce décret détermine également les obligations auxquelles sont tenus ces organismes et établissements au regard de la conservation des gamètes, notamment lorsqu'ils cessent leurs activités.

« L'autorisation porte sur une ou plusieurs activités. Elle est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est accordée après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée à l'article L. 184-3 et du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale.

« Tout organisme ou établissement autorisé à exercer ces activités est tenu de présenter au ministre chargé de la santé le rapport annuel d'activité prévu à l'article L. 184-2.

« *Art. L. 673-6.* – Les organismes et établissements autorisés dans les conditions prévues à l'article L. 673-5 fournissent aux autorités sanitaires les informations utiles relatives aux donneurs. Un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.

« *Art. L. 673-7.* – Le bénéfice d'un don de gamètes ne peut en aucune manière être subordonné à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers anonyme. »

Art. 11. – Il est inséré, après la section 3 du chapitre V du titre Ier du livre II du code de la santé publique, une section 4 ainsi rédigée :

« Section 4

« Activités d'assistance médicale à la procréation

« *Art. L. 184-1.* – Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé.

« Les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent être pratiquées que dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale.

« A l'exception de l'insémination artificielle, les activités, tant cliniques que biologiques, d'assistance médicale à la procréation doivent être autorisées suivant les modalités prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII. Cette autorisation vaut dérogation, au sens des dispositions du sixième alinéa de l'article L. 761, pour les laboratoires d'analyses médicales.

« Pour être autorisés à exercer ces activités, les établissements et les laboratoires mentionnés aux premier et deuxième alinéas du présent article doivent remplir les conditions déterminées en application des dispositions susmentionnées du livre VII et des conditions de fonctionnement définies par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les obligations auxquelles sont tenus les établissements et les laboratoires au regard de la conservation des gamètes, notamment lorsqu'ils cessent leurs activités.

« L'autorisation porte sur une ou plusieurs des activités d'assistance médicale à la procréation, avec ou sans tiers donneur. Elle est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est accordée après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée par l'article L. 184-3 et du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale.

« *Art. L. 184-2.* – Tout établissement ou laboratoire autorisé à pratiquer des activités d'assistance médicale à la procréation ou de diagnostic prénatal, tout centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal est tenu de présenter au ministre chargé de la santé un rapport annuel d'activité suivant des modalités déterminées par arrêté de ce ministre.

« Il est également tenu d'établir et de conserver dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat des registres relatifs aux gamètes et aux embryons qu'il conserve.

« *Art. L. 184-3.* – La Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal est chargée de donner un avis sur les demandes d'autorisation d'exercice des activités d'assistance médicale à la procréation et de diagnostic prénatal, sur les demandes d'agrément des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal ainsi que sur les décisions de retrait d'autorisation. Elle participe au suivi et à l'évaluation du fonctionnement des établissements et laboratoires autorisés.

« Elle remet chaque année au ministre chargé de la santé un rapport portant sur l'évolution de la médecine et de la biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal.

« La Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal comprend des praticiens désignés sur proposition de leurs organisations représentatives, des personnalités choisies en raison de leur compétence dans les domaines de la procréation, de l'obstétrique, du diagnostic prénatal, du conseil génétique et du droit de la filiation et des représentants des administrations intéressées et des ordres professionnels ainsi qu'un représentant des associations familiales.

« La commission est présidée par un membre de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes désigné par décret.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe la composition de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et détermine les modalités de son organisation et de son fonctionnement.

« *Art. L. 184-4.* – Le ministre chargé de la santé communique à la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal le rapport mentionné à l'article L. 184-2 et tous documents utiles pour les besoins de sa mission.

« *Art. L. 184-5.* – Les membres de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et les personnes appelées à collaborer à ses travaux sont tenus, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, de garder secrètes les informations dont ils peuvent avoir connaissance en raison de leurs fonctions. »

Art. 12. – Il est inséré, au début du chapitre IV du titre Ier du livre II du code de la santé publique, un article L. 162-16 ainsi rédigé :

« *Art. L. 162-16.* – Le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité. Il doit être précédé d'une consultation médicale de conseil génétique.

« Les analyses de cytogénétique et de biologie en vue d'établir un diagnostic prénatal ne peuvent être pratiquées, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, que dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale autorisés selon les modalités prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII.

« Les autorisations prévues par le présent article sont délivrées pour une durée de cinq ans et sont accordées après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée par l'article L. 184-3 et du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale. Pour les laboratoires d'analyses de biologie médicale, cette autorisation vaut inscription sur la liste prévue à l'article L. 759.

« Des centres de diagnostic prénatal pluridisciplinaires sont créés dans des organismes et établissements de santé publics et privés à but non lucratif. Leurs missions, leur rôle auprès des autres intervenants en matière de diagnostic prénatal et les conditions de leur création et de leur agrément sont définis par décret en Conseil d'Etat. »

Art. 13. – Le deuxième alinéa de l'article L. 162-12 du code de la santé publique est complété par une phrase ainsi rédigée :

« En outre, si l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'un de ces deux médecins doit exercer son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire. »

Art. 14. – Il est inséré, après l'article L. 162-16 du code de la santé publique, un article L. 162-17 ainsi rédigé :

« *Art. L. 162-17.* – Le diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :

« Un médecin exerçant son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire tel que défini par l'article L. 162-16 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

« Le diagnostic ne peut être effectué que lorsque a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.

« Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

« Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

« Il ne peut être réalisé que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. »

Art. 15. – Il est inséré, après le chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre III ainsi rédigé :

« Chapitre III

« Sanctions pénales et administratives relatives à l'utilisation des éléments et produits du corps humain

« *Art. L. 674-1.* – Toute violation constatée dans un établissement ou un organisme, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires relatives aux prélèvements et aux transplantations d'organes, aux prélèvements, à la conservation et à l'utilisation de tissus ou aux greffes de tissus ou de cellules du corps humain entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues aux articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10, L. 672-13 et L. 673-5.

« Le retrait de l'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation.

« Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou l'organisme concerné et précisant les griefs. En cas d'urgence tenant à la sécurité des personnes faisant l'objet des activités en cause, une suspension provisoire peut être prononcée à titre conservatoire.

« La décision de retrait est publiée au *Journal officiel* de la République française.

« En cas de retrait de l'autorisation prévue à l'article L. 673-5, la décision est prise après avis motivé de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal.

« *Art. L. 674-2.* – Comme il est dit à l'article 511-2 du code pénal, le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

« Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger.

« *Art. L. 674-3.* – Comme il est dit à l'article 511-3 du code pénal, le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues à l'article L. 671-3 du présent code est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant mineur ou sur un donneur vivant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 671-4 et L. 671-5 du présent code.

« *Art. L. 674-4.* – Comme il est dit à l'article 511-4 du code pénal, le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules ou de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui.

« *Art. L. 674-5.* – Comme il est dit à l'article 511-5 du code pénal, le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues par l'article L. 672-5 du présent code.

« *Art. L. 674-6.* – Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des transplantations d'organes, à des prélèvements ou des greffes de tissus, à la conservation ou à la transformation de tissus ou à la greffe de cellules dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 674-7.* – Le fait de procéder à la distribution ou à la cession d'organes, de tissus, de cellules et produits humains en vue d'un don sans qu'aient été respectées les règles de sécurité sanitaire exigées en application des dispositions de l'article L. 665-15 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende. »

Art. 16. – Les nouveaux articles L. 675-1 à L. 675-8 du code de la santé publique sont, dans la numérotation qui résulte de la présente loi, insérés dans le chapitre III du titre III du livre VI dudit code.

Art. 17. – Il est inséré, dans le chapitre III du titre III du livre VI du code de la santé publique, les articles L. 675-9 à L. 675-18 ainsi rédigés :

« *Art. L. 675-9.* – Comme il est dit à l'article 511-6 du code pénal, le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« *Art. L. 675-10.* – Comme il est dit à l'article 511-9 du code pénal, le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la

préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des gamètes provenant de dons.

« *Art. L. 675-11.* – Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 675-12.* – Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante en vue d'une assistance médicale à la procréation sans procéder aux tests de dépistage des maladies transmissibles exigés en application de l'article L. 665-15 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 675-13.* – Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 673-3 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 675-14.* – Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L. 673-7 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 675-15.* – Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourent également la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

« *Art. L. 675-16.* – Le fait de procéder à des activités de recueil, de traitement, de conservation et de cession de gamètes provenant de dons sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 673-5 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 675-17.* – Comme il est dit à l'article 511-28 du code pénal, les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 dudit code, des infractions définies au présent chapitre. Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

« *Art. L. 675-18.* – Comme il est dit à l'article 511-26 du code pénal, la tentative des délits prévus par les articles 511-2, 511-3, 511-4, 511-5, 511-6 et 511-9 dudit code auxquels renvoient les articles L. 674-2 à L. 674-5, L. 675-9 et L. 675-10 du présent code est punie des mêmes peines. »

Art. 18. – I. – Il est inséré, dans la section 4 du chapitre V du titre Ier du livre II du code de la santé publique, les articles L. 184-6 et L. 184-7 ainsi rédigés :

« *Art. L. 184-6.* – Toute violation constatée dans un établissement ou un laboratoire, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires applicables à l'assistance médicale à la procréation ou au diagnostic prénatal entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues aux articles L. 184-1 et L. 162-16.

« Le retrait de l'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation.

« Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou au laboratoire concerné et précisant les griefs. En cas de violation grave des dispositions de 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, l'autorisation peut être suspendue sans délai à titre conservatoire.

« La décision de retrait est prise après avis motivé de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal. Elle est publiée au *Journal officiel* de la République française.

« *Art. L. 184-7.* – Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 184-1 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende. »

II. – Sont insérés, au chapitre II *bis* du titre Ier du livre II du code de la santé publique, les articles L. 152-11 à L. 152-19 ainsi rédigés :

« *Art. L. 152-11.* – Le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 152-4 et L. 152-5 est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« *Art. L. 152-12.* – Comme il est dit à l'article 511-15 du code pénal, le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains.

« *Art. L. 152-13.* – Le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à un embryon et le couple qui l'a accueilli est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 152-14.* – Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-2 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« *Art. L. 152-15.* – Comme il est dit à l'article 511-17 du code pénal, le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.

« *Art. L. 152-16.* – Le fait de procéder au transfert d'un embryon dans les conditions fixées à l'article L. 152-5 sans avoir pris connaissance des résultats des tests de dépistage de maladies infectieuses exigés en application de l'article précité est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 152-17.* – Comme il est dit à l'article 511-19 du code pénal, le fait de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon en violation des dispositions de l'article L. 152-8 du présent code est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« *Art. L. 152-18.* – Comme il est dit à l'article 511-18 du code pénal, le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« *Art. L. 152-19.* – La tentative des délits prévus par les articles L. 152-11 et L. 152-17 est punie des mêmes peines. Comme il est dit à l'article 511-26 du code pénal, la tentative des délits prévus par l'article 511-15 dudit code auquel renvoie l'article L. 152-12 du présent code est punie des mêmes peines. »

III. – Il est inséré, dans le chapitre IV du titre Ier du livre II du code de la santé publique, les articles L. 162-18 à L. 162-22 ainsi rédigés :

« *Art. L. 162-18.* – Le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 162-16 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 162-19.* – Le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 162-20.* – Le fait de méconnaître les dispositions de l'article L. 162-17 relatif au diagnostic préimplantatoire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« *Art. L. 162-21.* – Les personnes physiques coupables des infractions prévues à la section 4 du chapitre V, au chapitre II *bis* et au présent chapitre IV du présent titre encourent également la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

« *Art. L. 162-22.* – Comme il est dit à l'article 511-28 du code pénal, les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 dudit code, des infractions définies à la section 4 du chapitre V et au chapitre II *bis* du présent titre. Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. »

Art. 19. – Les établissements, laboratoires ou organismes qui, en application des dispositions législatives et réglementaires antérieures à l'entrée en vigueur de la présente loi, ont été autorisés à pratiquer les activités de prélèvements d'organes, de transplantations d'organes, d'assistance médicale à la procréation et de diagnostic prénatal visées par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 184-1, L. 673-5 et L. 162-16 du code de la santé publique doivent déposer une demande d'autorisation dans un délai de six mois à compter de la publication du décret pris pour l'application de la présente loi et relatif à l'autorisation dont relèvent leurs activités. Ils peuvent poursuivre leurs activités jusqu'à l'intervention de la décision de l'autorité administrative sur leur demande.

Les établissements, laboratoires ou organismes qui pratiquent les activités de prélèvements de tissus, de conservation ou de transformation de tissus en vue de leur cession, de greffes de tissus ou de cellules, que les articles L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 du code de la santé publique soumettent à autorisation, doivent déposer une demande d'autorisation dans un délai de six mois à compter de la publication du décret pris pour l'application de la présente loi et relatif à l'autorisation dont relèvent leurs activités. Ils peuvent poursuivre ces activités jusqu'à l'intervention de la décision de l'autorité administrative sur leur demande.

Art. 20. – Sont abrogées les dispositions de :

1° 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 ;

3° L'article 13 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social.

Art. 21. – La présente loi fera l'objet, après évaluation de son application par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, d'un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur.

Art. 22. – Il est inséré, dans le livre Ier du code de la santé publique, un titre VI ainsi rédigé :

« TITRE VI

« Médecine prédictive et identification génétique

« *Art. L. 145-15.* – 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.

« Lorsque cet examen ou cette identification est effectué à des fins médicales, le consentement est recueilli par écrit. Les examens ou identifications à des fins de recherche scientifique sont régis par les dispositions du livre II *bis* du présent code.

« A titre exceptionnel, lorsque cette étude est entreprise à des fins médicales, le consentement de la personne peut ne pas être recueilli, dans son intérêt et dans le respect de sa confiance. Sous les mêmes réserves, le consentement peut également ne pas être recueilli lorsque l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques est recherchée à des fins médicales.

« *Art. L. 145-16.* – Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques à des fins médicales ou de recherche scientifique les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

« *Art. L. 145-17.* – Comme il est dit à l'article 226-25 du code pénal, le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales sans avoir préalablement recueilli son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« *Art. L. 145-18.* – Comme il est dit à l'article 226-26 du code pénal, le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« *Art. L. 145-19.* – Comme il est dit à l'article 226-27 du code pénal, le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins médicales sans recueillir préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« *Art. L. 145-20.* – Comme il est dit à l'article 226-28 du code pénal, le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 145-16 du présent code.

« *Art. L. 145-21.* – Comme il est dit à l'article 226-29 du code pénal, la tentative des infractions prévues aux articles 226-25, 226-26, 226-27 et 226-28 dudit code auxquels renvoient les articles L. 145-17, L. 145-18, L. 145-19 et L. 145-20 du présent code est punie des mêmes peines. »

Art. 23. – Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé et de publier des recommandations sur ces sujets.

Un décret en Conseil d'Etat précise la composition et les modalités de saisine, d'organisation et de fonctionnement du comité.

Art. 24. – Les dispositions du code de la santé publique qui citent en les reproduisant les articles d'autres codes sont

de plein droit modifiées par l'effet des modifications ultérieures de ces articles.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 29 juillet 1994.

FRANÇOIS MITTERRAND

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
ÉDOUARD BALLADUR

Le ministre d'Etat, ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville,
SIMONE VEIL

Le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire,
CHARLES PASQUA

Le ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice,
PIERRE MÉHAIGNERIE

Le ministre d'Etat, ministre de la défense,
FRANÇOIS LÉOTARD

Le ministre de l'économie,
EDMOND ALPHANDÉRY

Le ministre du budget, porte-parole du Gouvernement,
NICOLAS SARKOZY

Le ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche,
FRANÇOIS FILLON

Le ministre délégué à la santé,
PHILIPPE DOUSTE-BLAZY

(1) Loi n° 94-654.

– *Travaux préparatoires :*

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 2600 ;

Rapport de M. Bioulac, au nom de la commission spéciale, n° 2871 ;

Discussion les 19, 20, 24 et 25 novembre 1992 et adoption le 25 novembre 1992.

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, n° 67 (1992-1993) ;

Rapport de M. Jean Chérioux, au nom de la commission des affaires sociales, n° 236 (1993-1994) ;

Avis de la commission des affaires culturelles n° 234 (1993-1994) ;

Discussion les 13, 14, 17, 18, 19 janvier 1994 et adoption le 19 janvier 1994.

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 957 ;

Rapport de M. Jean-François Mattei, au nom de la commission spéciale, n° 1057 ;

Discussion les 14 et 15 avril 1994 et adoption le 20 avril 1994.

Sénat :

Projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, n° 354 (1993-1994) ;

Rapport de M. Jean Chérioux, au nom de la commission des affaires sociales, n° 395 (1993-1994) ;

Discussion les 17 et 18 mai 1994 et adoption le 18 mai 1994.

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat en deuxième lecture, n° 1264 ;

Rapport de M. Jean-François Mattei, au nom de la commission mixte paritaire, n° 1369 ;

Discussion et adoption le 15 juin 1994.

Sénat :

Rapport, au nom de la commission mixte paritaire, n° 497 (1993-1994) ;

Discussion et adoption le 23 juin 1994.

– *Conseil constitutionnel :*

Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 publiée au *Journal officiel* du 29 juillet 1994.

Décrets, arrêtés, circulaires

TEXTES GÉNÉRAUX

PREMIER MINISTRE

Arrêté du 27 juillet 1994 portant délégation de signature

NOR : *PRMX9400337A*

Le Premier ministre,

Vu le décret n° 47-233 du 23 janvier 1947, modifié en dernier lieu par le décret n° 87-390 du 15 juin 1987, autorisant les ministres à déléguer, par arrêté, leur signature ;

Vu le décret n° 75-127 du 7 mars 1975 relatif aux attributions du service juridique et technique de l'information ;

Vu le décret du 29 mars 1993 portant nomination du Premier ministre ;

Vu l'arrêté du 1er juin 1993 portant nomination du chef du service juridique et technique de l'information ;

Vu l'arrêté du 10 juin 1993 portant délégation de signature à M. Francis Brun-Buisson,

Arrête :

Art. 1er. – En cas d'absence ou d'empêchement de M. Francis Brun-Buisson, chef du service juridique et technique de l'information, M. Bertrand Delcros, sous-directeur, est habilité à signer, au nom du Premier ministre, tous actes, arrêtés, décisions, marchés, conventions, contrats et avenants mentionnés à l'article 1er de l'arrêté susvisé.

Art. 2. – Le présent arrêté sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 27 juillet 1994.

ÉDOUARD BALLADUR

BIBLIOGRAPHIE

I - OUVRAGES GÉNÉRAUX

ATIAS (C)

• *Les personnes, Les incapacités*, éd. Puf, Coll. Droit fondamental, 1985.

• *Philosophie du droit*, éd. Puf, Coll. Thémis, 2004.

AUBERT (J-L)

• *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, éd. Armand Colin, 7ème éd., 1998.

AUBRY (C) et RAU (C-F)

• *Cours de droit civil français* par ESMEIN (P), 6ème éd.

AXIS L'UNIVERS DOCUMENTAIRE

• *Dictionnaire*, éd. Hachette, 1993.

• *Dossiers*, éd. Hachette, 1993.

BERTRAND-MIRKOVIC (A)

• *Droit civil, Personnes, Famille*, éd. Studyrama, 3ème éd., 2010.

BEUDANT (C)

• *Cours de droit civil français*, t. 2, 3ème éd. 1936.

BIOY (X)

• *Droits fondamentaux et libertés publiques*, éd. Montchrestien, 5ème éd., Coll. Cours, 2018.

CAPITANT (H)

• *Vocabulaire juridique,* éd. Puf, 2018.

CARBONNIER (J)

• *Flexible Droit*, *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. LGDJ, 10ème éd., 2014.

• *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, éd. Puf, 2ème éd., coll. Quadrige, 2017.

• *Droit civil*, *Les biens, Les obligations,* t. 2, éd. Puf, 2ème éd, coll. Quadrige, 2017.

CARCASSONNE (G) et GUILLAUME (M)

• *La constitution*, éd. Points, 12ème éd., 2014.

CHAMPEIL-DESPLATS (V)

• *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, éd. Dalloz, 2014.

CHARTIER (E-A)

• *Définitions*, éd. Gallimard, 1953.

CORNU (G)

• *Droit civil, La famille*, éd. Montchrestien, 9ème éd., 2006.

• *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, éd. Montchrestien, 12ème éd., 2005.

• *Vocabulaire juridique*, éd. Puf, 10ème éd., coll. Quadrige, 2014.

DAILLIER (P), FORTEAU (M) et PELLET (A)

• *Droit international public*, éd. LGDJ, 8ème éd., 2009.

DECOQ (A)

• *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, éd. LGDJ, 1960.

DELNOY (P)

• *Éléments de méthodologie juridique*, éd. Larcier, 3ème éd., 2008.

DELSOL (J-J)

• *Le code napoléon expliqué*, t. 1, 1854.

DEMOGUE (R)

• *La notion de sujet de droit, Caractères et conséquences*, éd. Sirey, 1909.

DEMOLOMBE (C)

• *Traité de la distinction des personnes et des biens*, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, éd. Durand, 1870.

DEROUSSIN (D)

• *Personnes, choses, droit, Le corps et ses représentations*, Dir. DOCKES (E) et LHUILIER (G), éd. Litec, 2001.

DIDEROT et D'ALEMBERT

• *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, 1751-1772.

DURANTON (A)

• *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, 1825.

DROSS (W)

• *Droit civil, les choses*, éd. LGDJ, 2012.

• *Droit des biens*, Coll. Précit Domat droit privé, éd. LGDJ, 3ème éd., 2017.

DUGUIT (L)

• *Traité de droit constitutionnel*, t.1, éd. De Boccard, 3ème éd., 1927.

FABRE-MAGNAN (M)

• *Introduction générale au droit. Cours et méthodologie*, Coll. Licence Droit, éd. Puf, 2009.

GAIUS

• *Institutes*

GÉNY (F)

• *Science et technique en droit positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Vol. 3, éd. Sirey, 1921.

GHESTIN (V-J), GOUBEAUX (G) et FABRE-MAGNAN (M)

• *Traité de droit civil, Introduction générale*, éd. LGDJ, 4ème éd, 1994.

GLASSON (E)

• *Éléments de droit français*, 1884.

• *Traité de droit civil, Les personnes*, t. 1, éd. LGDJ, 1989.

GOUBEAUX (G)

• *Traité de droit civil. Les personnes*, éd. LGDJ, 1989.

GRABARCZYK (K)

• *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, éd. Puam, 2008.

GRIDEL (J-P)

• *Notions fondamentales de droit et droit français*, éd. Dalloz, 2ème éd. 1994.

GRIMALDI (M)

• *Droit civil, Successions*, éd. Litec, 6ème éd., 2001.

HEGEL (F)

• *Principes de la philosophie du droit*, éd. Puf, 2003.

HUE (J-P)

• *Introduction élémentaire au droit*, éd. Seuil, 1997.

KAYSER (P)

• *La protection de la vie privée*, Economica, éd. Pum, 1984.

KELSEN (H)

• *La théorie pure du droit*, trad. EISENMANN (C), éd. LGDJ, 1999.

LECA (A)

• *La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit*, éd. Puam, 3ème éd., 2002.

LOVISI (C)

• *Introduction historique au droit*, éd. Dalloz, Coll. Cours, 2ème éd., 2003.

MALAURIE (P) et AYNES (L)

• *Les personnes, les incapacités*, éd. Cujas, 1992.

• *Droit des biens*, éd. LGDJ, 7ème éd., 2017.

MARAIS (A)

• *Droit des personnes*, éd. Dalloz, 3ème éd., 2018.

MARCADE (V-N)

• *Explication théorique et pratique du Code civil*, Livre 1, II, 8ème éd. 1884.

MAZEAUD (H), (L) et (J)

• *Leçons de droit civil : introduction*, éd. Montchrestien, 9ème éd., 1989.

MELKEVIK (B)

• *Introduction à la philosophie du droit*, éd Buenos Book, 2016.

OBERDORFF (H)

• *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, éd. LGDJ, 3ème éd., 2011.

OLIVIER-MARTIN (F)

• *Histoire du droit français, Des origines à la Révolution*, éd. CNRS, 3ème éd., 2010.

OPPETIT (B)

• *Philosophie du droit*, Coll. Précis, éd. Dalloz, 1999.

PETIT (B)

• *Les personnes*, éd. Puf, 3ème éd., 2003.

POULLAIN DU PARC (A-M)

• *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, t. 3, 1768.

PORTALIS (J-E-M)

• *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

RENAUT (M-H)

• *Histoire du droit des obligations*, éd. Ellipse, 2007.

RESPAUD (J-L) et MAINGUY (D)

• *Droit des obligations*, Coll. Cours magistral, éd. Ellipses, 2008.

RIPERT (G) et BOULANGER (J)

• *Traité de droit civil*, t. 1, éd. LGDJ, 1956.

ROCHFELD (J)

• *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, éd. Puf, 2011.

SCHILLER (S)

• *Droit des biens*, éd. Dalloz, 4ème éd. 2009.

SCHWARZE (J)

• *Droit administratif européen*, éd. Bruylant, 2ème éd., 2009.

TERRE (F) et FENOUILLET (D)

• *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, éd Dalloz, 6ème éd. 1996.

• *Droit Civil, Les personnes, Personnalité-Incapacité-Protection*, Dalloz, 8ème éd., 2012.

TERRÉ (F), LEQUETTE (Y) et GAUDEMET (S)

• *Les successions, Les libéralités*, éd. Dalloz, 4ème éd., coll. Précis, 2013.

TERRE (F) et SIMLER (P)

• *Droit civil*, *Les biens*, éd. Dalloz, 4ème éd., coll. Précis, 1992.

TERRÉ (F), SIMLER (P) et LEQUETTE (Y)

• *Droit, civil, Les obligations*, éd. Dalloz, 12ème éd., 2018.

TEYSSIÉ (B)

• *Les personnes*, Droit civil, éd. Litec, 6ème éd., 2001.

• *Droit des personnes*, éd. Lexis Nexis, 19ème éd. 2017.

THIREAU (J-L)

• *Introduction historique au droit*, éd. Flammarion, 3ème éd., 2009.

TOULLIER (C-B-M)

• *Le droit civil suivant l'ordre du Code*, 5ème éd., t. 4, 1830.

VOIRIN (P) et GOUBEAUX (G)

• *Droit civil, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens obligations, sûretés*, t. 1, éd. LGDJ, 37ème éd., 2017.

VILLEY (M)

• *Droit civil : introduction générale*, éd. Dalloz, Coll. Précis, 3ème éd. 1973.

• *La formation de la pensée juridique moderne*, éd. Puf, Coll. Quadrige, 2013.

WEIL (A) et TERRÉ (F)

• *Introduction générale au droit*, éd Dalloz, 1979.

XYNOPOULOS (G)

• *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de ALLAND (D) et RIALS (S), éd. Puf, 2003.

ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T)

• *Les Biens*, éd. Puf, 2ème éd., 1997.

• *Manuel de droit des personnes*, éd. Puf, 2006.

II - OUVRAGES SPÉCIAUX

OUVRAGES JURIDIQUES

AGNEL (E)

• *Curiosités judiciaires et judiciaires du Moyen Âge. Procès faits aux animaux*, Vol. 1, éd. J.B. Dumoulin, 1858.

AMBROSELLI (C)

• *L'éthique médicale*, coll. Que sais-je ?, éd. Puf, 1988.

ANDORNO (R)

• *La distinction juridique entre les personnes et les choses, à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. LGDJ, 1996.

ARNOUX (I)

• *Les droits de l'être humain sur son corps*, éd. Pub, 2003.

ATIAS (C)

• *La situation juridique de l'enfant conçu, dans la vie prénatale, biologie, morale et droit*, éd. Téqui, 1986.

BALLOT (E)

• *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, éd. Mare et Martin, 2014.

BAUD (J-P)

• *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, éd. Seuil, 1993.

BAUDOUIN (J-L)

• *Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes-Aspects nouveaux, La vérité et le droit, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 38, 1987, éd. Economica, 1989.

• *Vie et personne : La personne en droit comparé : apparition et disparition, La personne humaine, sujet de droit*, Journées René Savatier, éd. Puf, 1994.

BAUDOUIN (J-L) et LABRUSSE-RIOU (C)

• *Produire l'homme de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, éd. Puf, 1987.

BERGMANS (B)

• *La protection des innovations biologiques. Une étude de droit comparé*, éd. Larcier, 1991.

BERTRAND-MIRKOVIC (A)

• *La notion de personne (Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, éd. Puam, 2003.

BENSOUSSAN (A) et BENSOUSSAN (J)

• *Droit des robots*, éd. Larcier, 2015.

BENTHAM (J)

• *Rationale of Judicial Evidence Specially Applied to English Practice*, Vol. VII, 1843.

BINET (J-R)

• *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, éd. Puf, 2002.

BIOY (X)

• *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, éd. Dalloz, 2003.

BLOCH (C)

• *L'obligation contractuelle de sécurité*, éd. Puam, 2002.

BRAIBANT (G)

• *Le principe de proportionnalité, Le Juge et le droit public*, Mélanges offerts à WALINE (M), t. 2, éd. LGDJ, 1974.

BYK (C)

• *Comité consultatif national d'éthique, Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologie*, éd. législatives.

CARBONNIER (J)

• *Les lieux de mémoires*, sous la direction de NORA (P), t. 2, éd. Gallimard, 1986.

CATALA (P)

• *Trois figures de la propriété collective, Famille et patrimoine*, éd. Puf, 2000.

CHAUVET (D)

• *La personnalité juridique des animaux jugés au Moyen Âge (XIIIe-XVIe siècles)*, éd. l'harmattan, 2012.

CLERET DE LANGAVANT (G)

• *Bioéthique, méthode et complexité*, éd. Presses de l'Université du Quebec, 2001.

COSTA (D)

• *Les fictions juridiques en droit administratif*, éd. LGDJ, 2000.

DAVID (A)

• *Matière, machines, personnes*, éd. Bordas, 1973.

DECOCQ (A)

• *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, éd. LGDJ, 1960.

DEKKERS (R)

• *Séance inaugurale des « Travaux Capitant »*, Journées Belges, 1975, t. XXVII.

DELMAS-MARTY (M)

• *Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'homme*, éd. Puf.

DESHAYES (O)

• *Gratuité et contrat : l'acte à titre gratuit est-il un contrat ?*, MARTIAL-BRAZ (N) et ZOLYNSKI (C), *La gratuité, un concept au frontières de l'économie du droit*, éd. LGDJ, 2013.

DÉTREZ (C)

• *La construction sociale du corps*, éd. Seuil, 2002.

DIERKENS (R)

• *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, éd. Masson, 1966.

DIJON (X)

• *Le sujet de droit en son corps, Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, éd. Larcier, 1982.

• *Droit naturel, Les questions du droit*, t. 1, éd. Puf, 1998.

• *Le transhumanisme*, éd. Fidélité, 2017.

DUGUIT (L)

• *L'État, le droit subjectif et la loi positive*, 1908.

• *Les Transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. La Mémoire du droit, 2ème éd., 1999.

EDELMAN (B)

• *La personne en danger*, éd. Puf, Coll. Doctrine juridique, 1999.

• *Ni chose ni personne*, éd. Hermann, 2009.

ENGELHARDT (E)

• *De l'animalité et de son droit*, éd. A.Chevalier-Marescq et cie, 1900.

FABRE-MAGNAN (M)

• *La gestation pour autrui, Fictions et réalités*, éd. Fayard, 2013.

GALLOUX (J-C)

• *La personne physique entre réalité biologique et matérialité, L'identité politique*, éd. Puf, 1994.

GINOSSAR (J)

• *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, éd. LGDJ, 1960.

GOUBEAUX (G)

• *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens, Aspects actuels du droit commercial français*, Études dédiées à ROBLO (R), éd. LGDJ, 1984.

GOUNOT (E)

• *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. Arthur Rousseau, 1912.

GRÉCO (M)

• *La biométrie : enjeux et risques des nouvelles techniques d'identification*, éd. Presses Universitaires de Perpignan, 2011.

GROTIUS (H)

• *Le droit de la guerre et de la paix*, éd Puf, 2ème éd. 2012.

GUTMANN (D)

• *Le sentiment d'identité*, éd. LGDJ, 2000.

HABERMAS (J)

• *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, éd. Gallimard, 1997.

HARICHAUX (M)

• *Le corps objet, Bioéthique et droit*, éd. Puf, 1988.

HERMITTE (M-A)

• *Le sang et le droit : essai sur la transfusion sanguine*, éd. Seuil, 1996.

JOURDAIN-FORTIER (C)

• *Santé et commerce international, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, éd. LexisNexis, 2006.

LABBÉE (X)

• *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2012.

• *Le cyborg et les lois bioéthiques*, *Science-fiction et science juridique*, éd. IRJS, 2013.

• *Introduction : la fin du monde est remise à une date ultérieure*, *L'homme augmenté face au droit*, sous la direction de LABBÉ (X), éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2015.

LABRUSSE-RIOU (C) et EDELMAN (B)

• *L'homme, la nature, et le droit*, éd. Bourgois, 1988.

LAVERGNE (L)

• *Données scientifiques, méthodes d'évaluation et vision d'ensemble de l'utilisation du profil génétique, L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme, Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, éd. Bruylant, 1997.

LAZARO (C)

• *La prothèse et le droit, Essai sur la fabrication juridique des corps hybrides*, Coll. Les voix du droit, éd. IRJS, 2016.

LE TOURNEAU (P)

• *La responsabilité civile*, éd. Dalloz, 1ère éd., 1972.

LE TOURNEAU (P), BLOCH (C), GUETTIER (C), GIUDICELLI (A), JULIEN (J), KRAJESKI (M) et POUMARÈDE (M)

• *Droit de la responsabilité et des contrats*, éd. Dalloz, 11ème éd., 2018-2019.

LEGEAIS (R)

• *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, éd. Puf, 1991.

LEGENDRE (P)

• *L'inestimable objet de la transmission*, éd. Fayard, 1985.

LEJBOWICZ (M)

• *Philosophie du droit international : L'impossible capture de l'humanité*, éd. Puf, 1999.

LOYSEAU (C)

• *Les oeuvres de Maître Charles Loyseau*, *Avocat en Parlement*, éd. Compagnie des libraires, Université de Gand, 1701.

MARCUZZI (M)

• *La revendication des corps, Le corps et ses représentations*, Dir. DOCKES (E) et HUILIER (G), éd. Litec, 2001.

MAURER (B)

• *Notes sur le respect de la dignité humaine… ou petite fugue inachevée autour d'un thème central, Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, éd. Puam, 1996.

MAZEAUD (H)

• *L'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, éd. Dalloz 1935.

MOINE (I)

• *Les choses hors commerce, une approche juridique de la personne humaine juridique*, éd. LGDJ, 1997.

MOLFESSIS (N)

• *La dignité de la personne humaine en droit civil, La dignité de la personne humaine*, éd. Economica, 1999.

MOUSSERON (J-M)

• *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, éd. Dalloz, 1991.

MOUSSERON (J-M), RAYNARD (J) et REVET (T)

• *De la propriété comme modèle*, éd. Litec, 1993.

NERSON (R)

• *De la protection de la personnalité en droit privé français, Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XIII, éd. Dalloz, 1963.

NICOD (M)

• *Les affres de la qualification*, éd. LGDJ, 2015.

PIC DE LA MIRANDOLE (J)

• *Discours sur la dignité de l'homme*, Oeuvres philosophiques, éd. Puf, 1993.

PICARD (E)

• *Le droit pur*, éd. Flamarion, 1908, p. 70.

POPU (H)

• *La dépouille mortelle, chose sacrée : à la redécouverte d'une catégorie oubliée*, éd. l'hamattan, 2009.

PROUDHON (J)

• *Qu'est ce que la propriété ? ou recherche sur le principe du droit et du gouvernement*, éd. Garnier-Flammarion, 1966.

RAVELLI (Q)

• *La stratégie de la bactérie*, éd. Seuil, 2015.

RIPERT (G)

• *Le déclin du droit*, éd. LGDJ, 1949.

RIVERO (J)

• *Les libertés publiques, Le régime des principales libertés*, t. 2, éd. Puf, 4ème éd., 1989.

• *Fictions et présomptions en droit public français, Les présomptions et les fictions en droit*, éd. Bruylant, 1974.

ROETS (D)

• *Réprimer pénalement les interventions biotechniques à nalité transhumaniste ?*, *L'homme augmenté face au droit*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2015.

SALEILLES (R)

• *De la déclaration de volonté*, éd. Pichon, 1901.

SAVATIER (R)

• *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, éd. Dalloz, 1964.

SEVE (L)

• *Pour une critique de la raison bioéthique*, éd. Odile Jacob, 1994.

SÉRIAUX (A)

• *La notion de chose commune, Nouvelle considérations juridiques sur le verbe avoir*, éd. Puam, 1985.

• *Le droit naturel*, Coll. Que sais-je ?, éd. Puf, éd. actualisée, 1999.

• *Les successions, Les libéralités*, éd. Ellipses, 2013.

STRAUSS (L)

• *Droit Naturel et Histoire*, éd. Pion, 1954.

SUPIOT (A)

• *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd. Seuil, 2005.

• *Critique du droit du travail*, éd. Puf, 2007.

TERNON (Y)

• *De Nüremberg à la loi Huriet, essais thérapeutiques et recherche médicale*, *Genèse et code de Nüremberg,*ouvrage collectif, éd. Ellipses, 2001, p. 113.

TERRE (F)

• *Le suicide en droit civil*, Mélanges Weill, 1983.

• *L'enfant de l'esclave, Génétique et droit*, éd. Flammarion, 1987.

• *L'être et l'avoir ? La personne et la chose*, dans GROUTEL (H), *Responsabilité Civile et assurance*, éd. Litec, 2006.

TOUZEIL-DIVINA (M), BOUTEILLE-BRIGANT (M) et BOUDET (J-F)

• *Traité des nouveaux droits de la mort*, t. 2, Coll. L'Unité du droit, éd. L'épitoge-Lextenso, 2014.

VILLEY (M)

• S*eize essais de philosophie du droit*, éd. Dalloz, 1969.

• *Le Droit naturel d'Aristote*, *Philosophie du Droit, Définitions et fins du Droit*, Coll. Les moyens du droit, t. 2, éd. Dalloz, 1984, réédition présentée par TERRE (F), 2001.

• *Le droit romain*, Coll. Que sais-je ?, éd. Puf, 6ème éd., 2002.

• *La formation de la pensée juridique moderne*, éd. Montchrestien, 1975.

• *Le Droit naturel d'Aristote, Philosophie du Droit, Définitions et fins du Droit*, Coll. Les moyens du droit, éd. Dalloz, t. 2, 1984, réédition présentée par TERRE (F), 2001.

• *Le droit romain*, Coll. Que sais-je ?, éd. Puf, 6ème éd., 2002.

VINEY (G)

• *Pour ou contre un « principe général » de responsabilité civile pour faute ?, Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à Pierre Catala, éd. Litec, 2001.

VON IHERING (R)

• *L'esprit du droit romain*, t. 4, 1878.

• *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 4, 1880.

VON SAVIGNY (K)

• *System des heutigen Romischen Rechts*, éd. Vert, 1840.

OUVRAGES HISTORIQUES ET SCIENTIFIQUES

ATLAN (H), AUGÉ (M), DELMAS-MARTY (M), FRESCO (N) et DROIT (R-P)

• *Le clonage humain*, éd. Seuil, 1999.

BALDIN (D)

• *Histoire des animaux domestiques, éd.* Seuil, 2014.

BESNIER (J-M)

• *L'homme simplifié, Le syndrome de la touche étoile*, éd. Fayard, 2012.

BELMAS (E) et NONNIS-VIGILANTE (S)

• *La santé des populations civiles et militaires*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, 2010.

BERTET (R)

• *Petite histoire de la médecine*, éd. L'Harmattan, 2005.

BRASSEUL (J)

• *Histoire des faits économiques et sociaux, De l'Antiquité à la Révolution industrielle*, t. 1, éd. Armand Colin, 2001.

BONNOT-DE-CONDILLAC (E)

• *Traité des animaux*, 1755.

CANGUILHEM (G)

• *Le normal et le pathologique*, éd. Puf, 1966.

CAROL (A)

• *Histoire de l'eugénisme en France*, éd. Seuil, 1995.

CHNEIWEISS (H)

• *L'homme réparé, Espoirs, limites et enjeux de la médecine réparatrice*, éd. Plon, 2012.

COULOMB (C-A)

• *Théorie des machines simples. En ayant égard au frottement de leurs parties et à la froideur des cordages*, éd. Imprimerie de Huzard-Coursier, 1821.

DARWIN (C)

• *L'origine des espèces*, éd. Flammarion, 2009.

DE LA METTRIE (J-O)

• *L'homme-machine*, éd. Coda, 2004.

FERRY (L)

• *La révolution transhumaniste*, éd. Plon, 2016.

FREUD (S)

• *La première théorie des névroses,* éd. Puf, Coll. Quadrige.

GOBINEAU (A)

• *Essai sur l'inégalité des races humaines*, 1853.

HEISENBERG (W)

• *La nature dans la Physique contemporaine*, éd. Gallimard, 1962.

HERRMANN-MASCARD (N)

• *Les reliques des saints. Formation coutumière d'un droit*, Paris, éd. Klincksieck, 1975.

HILAIRE-PEREZ (L)

• *L'invention technique au siècle des lumières*, éd. Albin Michel, 2000.

IACUB (M)

• *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, éd. Fayard, 2004.

KAHN (F), VON DEBSCHITZ (U) et (T)

• *Resprésentation du « corps-usine »*, éd. Taschen.

LAGET (P)

• *Expérimentation et médecine, Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, 1968, éd. Fayard, 1968.

LANSAC (J) et GUERIF (F)

• *L'assistance médicale à la procréation en pratique*, éd. Masson, 2005.

LAURENT (A)

• *La mort de la mort*, éd. JC Lattès, 2011.

LECLERC DE BUFFON (G-L)

• *Discours sur la nature des animaux*, 1753.

LÉVI-STRAUSS (C)

• *Race et histoire*, éd. Gonthier, 1961.

LEWIS (C-S)

• *L'abolition de l'homme*, éd. Criterion, 1986.

MAGNIN (T)

• *Penser l'humain au temps de l'homme augmenté : Face au défi du transhumanisme,* éd. Albin Michel, 2017.

MEMMI (D), GUILLO (D), et MARTIN (O)

• *La tentation du corps : corporéité et sciences sociales*, éd. de l'École des hautes études en sciences sociales, 2009.

MILLIEZ (J)

• *L'euthanasie du fœtus*, éd. Odile Jacob, 1999.

MALYE (F) et VINCENT (J)

• *Le livre noir de l'esthétique*, éd. Calmann-Lévy, 2013.

PASTEUR (L)

• *Lettre à l'empereur du Brésil*, 22 décembre 1884.

PÉTRÉ-GRENOUILLEAU (O)

• *Les traites négrières, essai d'histoire globale*, éd. Gallimard, 2004.

PIGANIOL (A)

• *La conquête romaine*, éd. Alcan, 1927.

RAULIN (J)

• *Instructions succinctes sur les accouchements en faveur des sages-femmes des provinces, faites par ordre du ministère*, 1770.

RHEAULT (M-J)

• *La médecine en Nouvelle-France, Les chirurgiens de Montréal 1642-1760*, éd. Presses Universitaires du Septentrion.

RONECKER (J-P)

• *Le symbolisme animal, Mythes, croyances, légendes, archétypes, folklore, imaginaire...*, éd. Dangles, 1999.

ROSTAND (J)

• *Pensées d'un biologiste*, 1954.

ROUX (J-P)

• *Le sang, mythes, symboles et réalités*, éd. Fayard, 1988.

SKLOOT (R)

• *La vie immortelle d'Henrietta Lacks*, éd. Calmann-Levy, 2011.

SMITH (A)

• *Des salaires du travail, Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations.*

TOCQUEVILLE (A)

• *De la démocratie en Amérique.*

VERNANT (J-P)

• *Du mythe à la raison. La formation de la pensée positive dans la Grèce archaïque*, Annales. Économies, Sociétés, Civilisations , éd. Armand Colin, 1957.

• *L'univers, les dieux, les hommes*, éd. Points, 1999.

WALLON (H) et DUMONT (J-C)

• *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, éd. Robert Laffont, 1988.

OUVRAGES PHILOSOPHIQUES ET IDÉOLOGIQUES

ARISTOTE

• *De l'âme.*

• *De l'homme.*

• *La politique*.

• *Histoire des animaux*

• *Parties des animaux*

• *Du mouvement des animaux*

• *Marche des animaux*

• *Génération des animaux*.

BOÈCE

• *Discours de la servitude volontaire*, 1576.

DAMASCIUS

• *Commentaire sur le Phédon de Platon.*

DE LA BOÉTIE (E)

• *Discours de la servitude volontaire*, 1576.

DESCARTES (R)

• *Le Discours de la méthode*, 1637.

• *Méditations métaphysiques, 1641.*

• *Les Principes de la philosophie*, 1644.

• *Lettre au Marquis de Newcastle*, 23 novembre 1646.

• *Traité de l'homme*, 1664.

EURIPIDE

• *Théâtre complet*, éd. Gallimard, 1962.

HOBBES (T)

• *Le Léviathan*, trad. PAULIN (R), éd. Sirey, 1971.

ISOCRATE

• *À Nicoclès*, Discours, t. 2, éd. Les Belles Lettres, 1942

KANT (E)

• *Éléments métaphysiques de la doctrine de la vertu, Seconde partie de la métaphysique des moeurs*, trad. BARNI (J), éd. Ladrange, 1855.

• *Critique de la raison pure*, trad. BARNI (J), éd. Germer-Baillière, 1869.

• *Métaphysique des mœurs, Fondation, Introduction*, t. 1, éd. Flammarion, 1994.

• *Leçon d'éthique,* éd. Le livre de poche, 1997.

• *Anthropologie d'un point de vue pragmatique*, trad. FOUCAULT (M), éd. Vrin, 2008.

KEMPF (H)

• *Pour sauver la planète, sortez du capitalisme*, éd Seuil, 2009.

KRIEGEL (B)

• *Philosophie de la République*, éd Plon, 1998.

LEBRETON (D)

• *L'adieu au corps*, éd. Métailié, 2013.

LEIBNIZ (G-W)

• *Principes de la nature et de la grâce,* 1714.

LIPOVETSKY (G)

• *L'ère du vide*, éd. Gallimard, 1993.

LOCKE (J)

• *Traité du gouvernement civil*, 1690.

MALEBRANCHE (N)

• *Traité de morale*, 1684.

MARCEL (G)

• *Journal métaphysique*, 1927.

MARX (K)

• *Misère de la philosophie*, 1847.

MARX (K) et HENGELS (F)

• *Manifeste du parti communiste*, éd. GF Flammarion, 1998.

MARZANO (M)

• *La philosophie du corps*, éd. Puf, 4ème éd. 2017.

MATTHIEU

• *Evangile.*

MERLEAU-PONTY (M)

• *Phénoménologie de la perception,* éd. Gallimard, 1945.

MONTAIGNE (M)

• *Les Essais*, *L'histoire de Spurina*, 1595.

MOUNIER (E)

• *Révolution personnaliste et communautaire*, éd. Montaigne, 1935.

NIETZSCHE (F)

• *Le Gai Savoir*, éd. Mercure de France, 1901.

• *Le voyageur et son ombre*, éd. Robert Laffont, 1993.

• *Ainsi parlait Zarathoustra*, éd. Flammarion, coll. Mille & une pages, 2004.

ONFRAY (M)

• *Féeries anatomiques*, éd. Grasset & Fasquelle, 2003.

PLATON

• *Alcibiade.*

• *Dialogue du Phédon.*

PASCAL (B)

• *Pensées*, éd. Guillaume Desprez, 2ème éd., 1670.

POPPER (K)

• *La société ouverte et ses ennemis*, éd. Seuil, 1979.

PROUDHON (J)

• *Système des contradictions, ou philosophie de la misère*, t. 1, 1846.

ROUSSEAU (J-J)

• *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754.

SAINT JEAN

• *Évangile.*

SAINT PAUL

• *Lettre aux Galates.*

• *Première lettre aux Corinthiens.*

SAINT THOMAS D'AQUIN

• *Summa contra gentiles.*

SÉNÈQUE

• *Lettres à lucilius.*

TRESMONTANT (C)

• *Le problème de l'âme*, éd. Seuil, 1971.

WEBER (M)

• *Le Savant et le politique*, 1919.

AUTRES OEUVRES

CAMERON (J)

• Terminator 2, Film, 1991.

CHAPLIN (C)

• *Temps modernes*, Film, 24 septembre 1936.

DÜRER (A)

• *La mélancolie*, 1514, Coll. Rosenwald, National Gallery of art, Washington DC.

GAUGUIN (P)

• *D'où venons-nous ? Que sommes-nous ? Où allons-nous ?*, 1897-1898, Musée des Beaux Arts de Boston.

JEAN-PAUL II

• *Lettre encyclique, Fides et ratio*, 1998.

LONDON (J)

• *Martin Eden*, éd. Hachette, 2014.

NICCOL (A)

• *Bienvenue à Gattacca*, Film, 1997.

POQUELIN (J-B)

• *Le médecin malgré lui.*

SPINOZA

• *Lettre 58 à Schuller*, 1674.

SHAKESPEARE (W)

• *Roméo et Juliette*.

ZOLA (E)

• *Germinal*, 1885.

III - THÈSES ET MÉMOIRES

ABIKHZER (F)

• *La notion juridique d'humanité*, Thèse, Aix-Marseille III, 2004.

ANCEL (P)

• *L'indisponibilité des droits de la personnalité: une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Thèse, Dijon, 1978.

BINET (J-R)

• *L'encadrement juridique du progrès scientifique*, Thèse, Toulouse, 2000.

BLAGNY (P)

• *L'animal considéré comme un être physiologiquement sensible en droit pénal français*, Thèse, Dijon, 1967.

BRIAND (S)

• *Les problèmes posés par le don de sperme dans l'insémination artificielle hétérologue*, Thèse médecine, Rennes, 1981.

CABRILLAC (F)

• *Le droit civil et le corps humain*, Thèse, Montpellier, 1962.

CHARDEAU (M-A)

• *Les choses communes*, Thèse, Paris I, 2004.

COULOMBEL (P)

• *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse, Nancy, 1950.

CROZES (A)

• *Du droit de l'animal au droit animalier : Ou l'extension de la notion de sensibilité à l'épreuve d'une domination de l'Homme sur l'animal*, Mémoire, Master 2 Droit de l'environnement, des territoires et des risques, 2015-2016.

DABOVAL (B)

• *Les animaux dans les procès du Moyen Âge à nos jours*, Thèse pour le doctorat vétérinaire, Créteil, 2003.

DAVID (A)

• *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses*, Thèse, Paris, 1953.

DESMOULIN (S)

• *L'animal, entre science et droit*, Thèse, Paris I, 2006.

DIJON (X)

• *Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Thèse, Louvain, 1982.

DOMAGES (R)

• *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse, Paris, 1956.

DUBOIS (P)

• *Le physique de la personne,* Thèse, Paris II, 1984.

EDDE (J-L)

• *Les droits extrapatrimoniaux relatifs au corps humain*, Thèse, Paris 1954.

GALLOUX (J-C)

• *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Thèse, Bordeaux, 1988.

GARNOT (M)

• *Les animaux bénéficiaires de libéralités*, Thèse, Rennes, 1934.

GEORGEN (A)

• *Les droits de l'homme sur son corps*, Thèse, Nancy, 1957.

JONDET (V-M)

• *Conservation du sperme humain dans l'azote liquide*, Thèse médecine, Rennes, 1974.

LASBORDES (V)

• *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, Toulouse I, 2000.

LE BOURG (J)

• *La remise de la chose, Essai d'analyse à partir du droit des contrats*, Thèse, Grenoble, 2010.

LEMOINE (I)

• *Les choses hors du commerce : notion et régime,* Thèse, Dijon, 1993.

LEROYER (A-M)

• *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse, Paris II, 1995.

MASSON (F)

• *La propriété commune*, Thèse, Paris I, 2016.

MOHORADE (L)

• *Le débat sur la gestation pour autrui lors de la seconde révision des lois de bioéthique françaises : D'un conflit de légitimités à une entreprise de légitimation*,Thèse, Bordeaux, 2012.

NICOLAS (G)

• *Le droit constitutionnel du commencement de la vie*, Thèse, Aix-Marseille III, 2000.

NOGUÉRO (D)

• *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse, Paris II, mai 2000.

PEROT (M)

• *La pénibilité au travail*, thèse, Paris II, 2013.

SAVORNAT (G)

• *Le principe de l'inviolabilité du corps humain en droit civil*, Thèse Poitiers, 1951.

SEBAG (L)

• *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Thèse, Paris, 1938.

SHINKAI (Y)

• *L'invisible visible, étude sur Michel Foucault*, Thèse en philosophie, Paris, 1999.

TERRE (F)

• *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, Paris, 1957.

TIMBAL (G)

• *La condition juridique des morts*, Thèse, Toulouse, 1902.

VIGNEAU (D)

• *L'enfant à naître*, Thèse, Toulouse,1987.

VINCENT-LEGOUX (M-C)

• *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Thèse, Dijon, 1996.

ZENATI-CASTAING (F)

• *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981.

ZRIBI (I)

• *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*, Thèse, Paris I, 2005.

IV - AVIS, ÉTUDES, RAPPORTS, CONFÉRENCES ET COLLOQUES

AVIS

CCNE

• *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de foetus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*, Avis n° 1, 22 mai 1984.

• *Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle*, Avis n° 3, 23 octobre 1984.

• *État des études conduites par le Comité concernant les dons de gamètes et d'embryons*, Avis n° 18, 15 décembre 1989.

• *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, Avis n° 54, 22 avril 1997.

• *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, Avis n° 67, 18 janvier 2001.

• *Consentement en faveur d'un tiers*, Avis n° 70, 13 décembre 2001.

• *Biométrie, données identifiants et droits de l'homme*, Avis n° 98, 26 avril 2007.

• *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, Avis n° 110, 1er janvier 2010

• *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade: enjeux éthiques*, Avis n° 122, 12 décembre 2013.

• *Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit*, Avis n° 124 , 21 janvier 2016.

CNCDH

• *Droits de l'homme, bioéthique et rapport au corps*, Avis, 2007.

• *Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation*, Avis, 20 novembre 2018.

GEIEB

• *Aspects éthiques des techniques de clonage*, Avis n° 9, 28 mai 1997.

ÉTUDES ET RAPPORTS

ANDRE (M), MILON (A) et DE RICHEMONT (H)

• *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Rapp. n° 421, Sénat, Session ordinaire 2007-2008, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008.

BIOULAC (B)

• *Mission d'information de l'Assemblée nationale sur les problèmes de bioéthique*, Rapp. n° 2565, 18 février1992.

CE

• *Sciences de la vie, De l'éthique au droit*, n° 4855, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 1988.

• *Réflexions sur le droit de la santé*, n° 49, Études et documents, février 1998.

• *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapp. public, Doc. Fra., 1999.

• *Les lois de bioéthique, cinq ans après*, Rapp. public, Doc. Fra.,1999.

• *La révision des lois de bioéthique*, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 2009.

• *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude, 2018.

COMITÉ CONSULTATIF POUR LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION

• Propositions pour une révision de la Constitution, Rapp., 15 février 1993.

COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

• *Cinq ans pour sauver la justice !*, Rapp. d'information, n° 495, 4 avril 2017.

COMMISSION EUROPÉENNE

• Communication, du 6 mai 1982, concernant les importations parallèles de produits pharmaceutiques, JOCE, n° C115, 6 mai 1982.

• Communication, 25 novembre 1998, concernant le marché unique des produits pharmaceutiques.

• Communication, 23 janvier 2001, concernant les sciences du vivant et de la biotechnologie, Une stratégie pour l'Europe.

COMMISSION POUR LA LIBÉRATION DE LA CROISSANCE FRANÇAISE

• *300 décisions pour changer la France*, Doc. Fra., Notes et études documentaires, 2008.

COUR DE CASSATION

• *Les limitations à l'exercice du droit de propriété*, Rapp. annuel, 2008.

• *Gestation pour autrui (GPA) réalisée à l'étranger, transcription d'acte de naissance et adoption simple*, Communiqué, arrêts du 5 juillet 2017.

CNIL

• *27ème Rapport d'activité*, Rapp. annuel, 2006.

FAGNIEZ (P-L)

• *Cellules souches et choix éthiques*, Rapp., Juillet 2006.

OCDE

• *Brevets et innovation : Tendances et enjeux pour les pouvoirs publics*, Rapp. annuel, 2004.

OPECST

• *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, Rapp. n° 3502, 20 décembre 2001.

• *Exploration du cerveau, neurosciences : avancées scientifiques, enjeux éthiques*, Compte rendu de l'audition publique ouverte à la presse du 26 mars 2008.

• *L'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la biotéhique*, Rapp. n° 1325, 17 décembre 2008.

• *Pour une intelligence artificielle maîtrisée, utile et démystifiée*, Rapp. n° 464, 15 mars 2017.

ROURE (F), PILLET (D), ALEXANDRE (S), MAILLARD (C), FARGEON (C), GAVINI-CHEVET (C), MATHIEU (G), PLANCHENAULT (D) et KALLENBACH (S)

• *Le déploiement industriel des nanotechnologies et de la biologie de synthèse sur les territoires, précurseur des manufactures du futur*, Rapp., décembre 2013.

SERVICE DES ÉTUDES JURIDIQUES

• *Étude de législation comparée*, n° 173, juin 2007.

• *La gestation pour autrui*, Étude de législation comparée, n° 182, 30 janvier 2008.

SUPIOT (E)

• *Le procès pénal à l'épreuve de la génétique*, Rapp., juin 2017.

VILLANI (C)

• *Donner un sens à l'intelligence artificielle, Pour une stratégie nationale et européenne*, Rapp., 28 mars 2018.

CONFÉRENCES ET COLLOQUES

CHRISTOL (F)

• *Conférence philosophique sur la personne et l'article 16 du Code civil*, Conférence, Avignon, 30 novembre 2010.

COSTA (D)

• *La fiction juridique comme contrariété légitime à la réalité*, Conférence, Montpellier, 24 juin 2014.

CURIEN (H)

• *Patrimoine génétique et droits de l'humanité*, Colloque, Paris, 26 octobre 1989.

DINTILHAC (J-P)

• *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, Rapp., 28 octobre 2005.

FAN (S-T)

• *Enjeux éthiques des transplantations hépatiques avec donneur vivant*, Colloque, Paris, 8 octobre 2004.

FRYDMAN (V-R)

• *Don et utilisation des ovocytes*, Colloque Génétique procréation et droit, Arles, 1985.

GAUTIER (M), HEAS (F), BAGLIO (O) et CERVANTES (M-H)

• *La pénibilité au travail*, Conférence, Avignon, 18 mars 2016.

LOISEAU (G)

• *L'embryon In Vitro : qui ou quoi ?*, Conférence, Paris, 17 mars 2008.

MARGUENAUD (J-P)

• *Nous et l'animal*, Colloque, Palais du Luxembourg, 7 février 2014.

NATIONS-UNIES

• *Le rôle de la concurrence dans le secteur pharmaceutique et ses avantages pour le consommateur*, Septième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Genève, 6-10 juillet 2015.

NETTER (E)

• *Le statut juridique des droïdes*, Conférence, Strasbourg, 3 décembre 2015.

RATZINGER (J-A)

• *L'Europe dans la crise des cultures*, Conférence, Subiaco, 1er avril 2005.

ROCHFELD (J)

• *La distinction des personnes et des choses en droit positif*, Conférence, Montpellier, 11 juin 2013.

RODA (J-C)

• *Les pratiques de l'industrie pharmaceutique regard du droit de la concurrence*, Colloque, Dijon, 12 mars 2010.

SAINTE-ROSE (J)

• *La condition juridique de l'enfant à naître*, Colloque sur la biomédecine et le droit, Chambéry, 8 janvier 2010.

SAUVÉ (J-M)

• *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés*, Conférence, Aix-en-Provence, 17 mars 2017.

ZAMBRANO (G)

• *Justice prédictive et intelligence artificielle*, Conférence, Avignon, 25 mai 2018.

V - ARTICLES DE REVUES

ANCEL (B)

• « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA*, n° 62, 27 mars 2014, p. 6.

ANTOINE (S)

• « La loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 et la protection animale », *D.* 1999, p. 167.

ATIAS (C)

• « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, Chron., p. 251.

AUBERT (J-J)

• « L'esclave en droit romain ou l'impossible réification de l'homme », *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, Vol. 10, 2012.

BAGHESTANI-PERREY (L)

• « Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science », *D.* 1999, p. 457.

BAILLON-WIRTZ (N)

• « L'enfant simplement conçu », *RLDC*, 2011.

• « Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d'un relatif *statu quo* », *RLDC*, 2011.

BATESON (B)

• « Experiments in plant hybridization, translation of Mendel's 1865 paper », *Journal of the Royal Horticultural Society*, t. 26, 1901.

BAUD (J-P)

• « La nature juridique du sang », *Rev. Terrain*, n° 56, mars 2011.

BEIGNER (B)

• « Respect et protection du corps humain- la mort, La mort, acte volontaire, Le suicide », *J-Cl. civ.*, Fasc. 70, 1er octobre 2007.

BENSAMOUN (A)

• « Droit des robots, science-fiction ou anticipation ? », *D.* 2015 p. 1640.

• « Des robots et du droit… », *Dalloz IP/IT*, 2016, n° 6, p. 281.

BENSAMOUN (A) et LOISEAU (G)

• « L'intégration de l'intelligence artificielle dans l'ordre juridique en droit commun : questions de temps », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 239.

• « *L'intelligence artificielle : faut-il légiférer ? »*, *D.* 2017, p. 581.

BERGEL (J-L)

• « Le rôle des fictions dans le système juridique », *RD McGill*, Vol. 33, 1988, p. 357.

BERTIN (P)

• « Touche pas à mon dentier », *Gaz. Pal.*, 10 octobre 1985.

BERTRAND-MIRKOVIC (A)

• « La filiation d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger ne peut être reconnue en droit Français », *RLDC*, 2011.

BINCTIN (N)

• « Brevet d'invention », *Rép. Com.*, janvier 2018 (actualisation : mai 2018).

BIOY (X)

• « Le droit à la personnalité juridique », *RDLF*, 2012, Chron., n° 12.

• « Vers un statut juridique des androïdes ? », *Journal international de bioéthique*, Vol. 24, 2013, p. 87 et s.

• « Conv. EDH, art. 10 : Liberté d'expression et de la presse », *Rép. eur.*, juillet 2017 (actualisation : janvier 2018).

BLOCH (C), KRAJESKI (D), LE TOURNEAU (P), et POMARÈDE (M)

• « Droit de la responsabilité et des contrats », Œuvre collective sous la direction LE TOURNEAU (P), *Dalloz action*, 2014, n° 4199-4200.

BOCCON-GIBOD (T)

• « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2014, p. 285-300.

BONNARD (J)

• « La révision des lois bioéthiques », *D.* 2010, p. 846.

BORGES (R-M)

• « La fonction de la séquence génétique dans les brevets technologiques au sens de la directive 98/44, condition de brevetabilité ou de protection ? », *RTD eur.*, 2012, p. 749.

BOUDOT (M)

• « Bien de famille », *Rép. civ.*, janvier 2012, (actualisation : janvier 2013).

BOUQUET (A)

• « Aux sources de l'espace-temps », *Science et Vie*, n° 54, décembre 1999.

BOURDIEU (P)

• « *L'illusion biographique »*, *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 62-63, juin 1986, p.70.

BRUGUIÈRE, (J-M)

• « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais … », *D.* 2011, p. 28.

• « Droits patrimoniaux » de la personnalité », *RTD civ.*, 2016, p. 1.

BRUNELLE (C)

• « La dignité dans la charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », *Rev. du barreau du Québec*, numéro thématique hors série, 2006, p. 173.

BURGE (A)

• « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.* 2000, p. 1.

BUZELAY (A)

• « Les défis de l'intégration européenne face à la mondialisation », *Rev. UE*, 2018, p. 675.

BYK (C)

• « L'exclusion de la brevetabilité de l'embryon humain : acte II », *La semaine juridique*, éd. générale, n° 5, 2 février 2015, p. 204.

CAIRE (A-B)

• « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS*, 2015, p. 865.

CARBONNIER (J)

• *L'hypothèse du non-droit*, APD, éd. Sirey, 1963.

• « Éssais sur les lois », *Rép. du notariat Defrénois*, 1979, p. 262.

CARTRON (J)

• « La responsabilité sans faute des centres de transfusion sanguine en cas de contamination par le VIH », *LPA*, n° 66, 31 mai 1996, p. 21.

CASSIER (M)

• « Brevets et éthique : les controverses sur la brevetabilité des gènes humains », *Rev. française des affaires sociales*, Doc. Fra., 2002.

CATALA (P)

• « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.*, 1965, p. 185.

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.

CAVICCHIOLI (L)

• « Les corneilles sont bien malignes comme des singes », Science & Vie, février 2014, n° 1157, p. 18.

CHABAS (F)

• « Vers un changement de nature de l'obligation médicale », *JCP*, 1973, p. 2541.

CHATILA (R)

• *« Intelligence artificielle et robotique : un état des lieux en perspective avec le droit »*, *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 284.

CHAZAL (J-P)

• « Le rôle du droit dans l'économie de marché... de dupes », *D.* 2016, p. 1641.

CHÉNEDÉ (F)

• « La mutation du patrimoine, colloque Entreprise et patrimoine », *Gaz. Pal.* 19 mai 2011, n° 139, p. 19.

CHEYNET DE BEAUPRÉ (A)

• « Le bébé du double espoir », *D.* 2011, p. 603.

COHEN-HAGUENAUER (O)

• *Réglementation de la thérapie génique*, Médecine/Sciences, Dossier technique, n° 5, vol. 15, mai 1999, p. 682.

COHET (F)

• « Accession », *Rép. civ.*, avril 2016 (actualisation : décembre 2017).

COMTE-SPONGILLE (A)

• « Sur le droit des animaux », *Rev. Esprit*, décembre 1995, p. 142.

COUSTET (T)

• « La réalité derrière le fantasme de la justice robot », *Dalloz actualité*, 15 avril 2019.

CORNU (M)

• « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *D.* 2009, n° 28, p. 1907.

COURTOIS (G)

• « Robots intelligents et responsabilité : quels régimes, quelles perspectives ? », *Dalloz IP/IT*, 2016 p. 287.

COUSTET (T)

• « La justice reconnaît la mention « sexe neutre » sur l'état civil », *Dalloz actualité*, 16 octobre 2015.

• « Pas de sexe neutre à l'état civil pour la Cour de cassation », *Dalloz actualité*, 5 mai 2017.

COVIAUX (A)

• *« La nomenclature Dintilhac, la belle aubaine ! »*, AJP, 2017, p. 8.

DAIGUEPERSE (C)

• « L'animal sujet de droit une réalité de demain », *Gaz. Pal.*, 1981.

DANIEL (V-J) et EMERI (C)

• « L'Assemblée nationale et son devoir », *RDP*, 1989, p. 1250.

DARAGON (E)

• « Étude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63.

DAUPS (T)

• « Le robot, bien ou personne ? Un enjeu de civilisation ? », *LPA*, 11 mai 2017, n° 94.

DAVER (C)

• « L'interruption involontaire de grossesse sur un foetus de cinq mois et demi ne constitue pas un homicide involontaire », *RGDM*, 1999, n° 2, p. 5.

DE GROVE VALDEYRON (N)

• « Médicament », *Rép. eur.*, janvier 2007 (actualisation : septembre 2018).

DE MONTCLOS VIOLAINE

• « Si l'animal n'est pas un meuble, quels sont ses droits ? », *Le point*, 15 avril 2014.

DECAUX (E)

• « Réciprocité », *Rép. intern.*, décembre 1998 (actualisation : mars 2009).

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F)

• *« État civil, La tentation de la personnification à outrance n'est-elle pas une manifestation d'une pensée nominaliste attentive aux symboles plus qu'aux mesures concrètes ? »*, *JCP G*, n° 22, 29 mai 2017, p. 627.

DEL REY (M-J)

• « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006, p. 388.

DELAGE (P-J)

• « Respect des morts, dignité des vivants », *D.* 2010, p. 2044.

DELMAS-MARTY (M)

• « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999 p. 43.

• « Faut-il interdire le clonage humain ? », *D.* 2003, p. 2517.

DELVOLVÉ (P)

• « L'utilisation privative des biens publics », *RFDA*, 2009, p. 229.

• « L'encadrement normatif de la science », *RFDA*, 2018, p. 487.

DEMEESTER (M-L) et NEYRET (L)

• « Environnement », *Rép. civ.*, octobre 2013 (actualisation : avril 2017).

DEMOGUE (R)

• « La notion de sujet de droit, Caractères et conséquences », *RTD civ.*, 1909, p. 620 et s.

DEWITTE (J)

• « Animalité et Humanité : Une comparaison fondamentale, Sur la démarche d'Adolf Portmann », *Rev. européenne des sciences sociales*, t. 37, n° 115, 1999, p. 17 et s.

DIJON (X)

• « Vers un commerce du corps humain ? », *Journal des Tribunaux*, 9 septembre 2006, n° 6233, p. 501-504.

DOURNEAU-JOSETTE (P)

• « Convention européenne des droits de l'homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », *Rép. pén.*, juin 2013 (actualisation : novembre 2018).

DREIFUSS-NETTER (F)

• « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D.* 2005, p. 1808.

DREYER (E)

• « Image des personnes », *J-Cl. Communication*, Fasc. 3750, 2002.

• « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730.

DROSS (W)

• « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.* 2012, p. 419.

EDEL (V)

• « L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant », *Rev. de la recherche juridique*, 2009, n° 2, p. 579.

EDELMAN (B)

• « Entre personne humaine et matériau humain : le sujet de droit, l'homme, la nature et le droit », *RRJ*, 1989, p. 232.

• « Le droit et le vivant », *La recherche*, n° 212, juillet-août 1989, p. 969.

• « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, p. 205.

• « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.* 2011, p. 897.

EDELMAN (B) GAVARINI (L), HERMITTE (M-A), HIGGINS (R), HUBER (G), TESTART (J), TORT (M), VACQUIN (M) et DE VILAINE (A-M)

• « Pour des états généraux de la biomédecine », *Libération*, 3 février 1989.

ENGELI (I)

• « La problématisation de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse », *Rev. française de science politique*, 2009, Vol. 59.

ESBACH (P-L-A)

• « Note sur les prétendus monstres », Rev. de la Législation, 1882.

FABRE-MAGNAN (M)

• « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.,* 1996, p. 85.

• « Propriété, lien social et patrimoine », *RTD civ.*, 1997, p. 583.

• « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973.

• « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.

• « Controverse sur l'autonomie personnelle », *Rev. Droits*, n° 48, 2009, p. 44.

• « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, À propos de la gestation pour autrui », *D.* 2015 p. 224.

FARJAT (G)

• « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221.

FENOUILLET (D)

• « Respect et protection du corps humain », *JCP*, Fasc. 10, n° 50.

FETZE-KANDEM (I)

• « Harmonisation, unification et uniformisation, Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *RJT*, n° 43, 2009, p. 614 et s.

FLÜCKIGER (A)

• « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, Janvier 2007.

FOLSCHEID (B)

• « Quelle responsabilité hospitalière du fait de la greffe d'un organe contaminé ? », *RDSS*, 2007, p. 290.

FORRAY (V) et PIMONT (S)

• « Rémy LIBCHABER, L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit », *RTD civ.*, 2013, p. 909.

FOYER (J)

• « Filiation », *Rép. intern.*, juillet 2015, (actualisation : juin 2016).

FRICERO (N)

• « Les chiffres-clés pour sauver la justice : 5 ans, 4 objectifs, 127 propositions ! À propos du rapport de la mission d'information sur le redressement de la Justice », *JCP G*, 2017, p. 519, n° 19-20.

FRISON-ROCHE (M-A)

• « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

• « Sophistique juridique et GPA », *D.* 2016, p. 85.

• « La disparition de la distinction *de jure* entre la personne et les choses : gain fabuleux, gain catastrophique », *D.* 2017, p. 2386.

GAILLARD (E)

• « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984, p. 161.

GALLOUX (J-C)

• « Du droit de l'inventeur sur ses découvertes : à la recherche d'un droit fabuleux », *RRJ*, 1991, p. 387.

• « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229.

• « De corpore juris , première analyse sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 22.

• « Le statut des gamètes humains en droit français contemporain », *RD McGill*, 1995, p. 993.

GALLOUX (J-C) et GAUMONT-PRAT (H)

• « Droits et libertés corporels », *D.* 2010, p. 604.

• « Droits et libertés corporels », *D.* 2014, p. 843.

• « Droits et libertés corporels », *D.* 2017, p. 781.

GALLMEISTER (I)

• « État et capacité des personnes », *Rép. civ.*, juin 2016 (actualisation : mars 2018).

GAUMONT-PRAT (H)

• « Réflexions sur l'avis nº122 du Comité consultatif national d'éthique », *RLDC*, n° 117, 1er juillet 2014.

GAUTRON (V)

• « FNAEG : l'inertie gouvernementale sanctionnée par la CEDH », *AJP,* 2017, p. 391.

GEENEN (V)

• « Cellules souches embryonnaires, clonage reproductif, clonage thérapeutique : discussion discernement bioéthiques », Science & Culture, n° 401, mai-juin 2006.

GIRAULT (C)

• « *Identification et identité génétiques »*, *AJP*, 2010, p. 224.

• « Faut-il légiférer sur le portrait-robot génétique ? » *AJP*, 2018, p. 63.

GOBERT (M)

• « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.*, 1992, p. 489.

GOZLAN (M)

• « Essai clinique : le terrible précédent de 2006 en Grande-Bretagne », *Science et avenir*, 19 janvier 2016.

GREGORCZYK (C)

• *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, APD, 1981, p. 268.

GROULIER (C)

• « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005, p. 1034.

HAUSER (J)

• « Le commencement de la personnalité : *infans conceptus pro nato non habetur* », *RTD civ.*, 1994, p. 831.

• « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel », *D.* 1996, p. 182.

• « Maternités pour autrui : un enfant « à façon » ou l'heure de vérité ? », *RTD civ.* 2012, p. 304.

• « Intersexuation : pas de sexe neutre, pour l'instant... ! », *RTD civ.*, 2016, p. 318.

• « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616.

• « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, janvier 2015 (actualisation : juin 2016).

HAUSER (J) et LEMOULAND (J-J)

• « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, janvier 2015 (actualisation : juin 2016).

HEIKE (J)

• « L'expérimentation sur les êtres humains », *RSC*, 1991, p. 33.

HENNETTE-VAUCHEZ (S)

• « L'embryon de l'Union », *RTDE*, 2012, p. 355.

HENNION-JACQUET (P)

• « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038.

• « Réflexions sur la révision des lois de bioéthique : vers la légalisation du clonage thérapeutique ? », *RDSS*, 2008, p. 1061.

HERMITTE (M-A)

• *Le corps hors du commerce, hors du marché*, APD, 1988, t. 33, p. 323.

HO DINH (A-M)

• *« Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». Pour un recours à l'hypothèse du non-droit »*, *L'année sociologique*, Vol. 57, éd. Puf, 2007.

HONLET (J-C)

• « De la bioéthique au biodroit », *Regards sur l'actualité*, février 1993, p. 4.

HOUSER (M)

• « Protéger la vie et la dignité de la personne humaine : une obligation source de responsabilité pour l'Etat », *RDSS*, 2013, p. 671.

HUET (J)

• « Adieu bon père de famille », *Dalloz actualité*, 28 février 2014.

HUET-WEILLER (D)

• « La protection juridique de la voix humaine », *RTD civ.*, 1982, p. 497.

HURPY (H)

• « L'identité et le corps », *Revue des droits de l'homme*, août 2015, n° 21.

IGNASSE (J)

• « Une cellule souche : qu'est-ce que c'est ? », *Sciences et Avenir*, 29 août 2014.

JACOTOT (D)

• « L'inclusion des produits sanguins labiles dans le régime du médicament », *RDSS*, 1997, p. 558.

JAMIN (C)

• « 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 », *RTD civ.*, 1994, p. 934.

JEFFREYS (A-J), WILSON (V) et THEIN (S-L)

• « Hypervariable minisatellite regions in human DNA », *Nature*, t. 314, 1985.

JORDAN (B)

• « Les montagnes russes du clonage thérapeutique », *Rev. Médecine/sciences*, Vol. 20, n° 5, mai 2004, p. 604-606

JOSSELIN-GALL (M)

• « Bioéthique », *Rép.intern.*, octobre 2011 (actualisation janvier 2016).

JOSSERAND (L)

• « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, p. 1.

JUNG (H)

• « L'expérimentation sur les êtres humains », *RSC*, 1991, p. 33.

KASS, (L-R)

• « Toward a more natural science, Biology and human affairs », *New York, The Free Press*, 1985, p. 18.

KILGUS (N)

• « Responsabilité du fait d'un vaccin défectueux et lien de causalité : renvoi devant la CJUE », *Dalloz actualité*, 19 novembre 2015.

KOUBI (G)

• « Réflexions sur la gratuité dans le droit de la santé », *RDSS*, 1999, p. 1.

KOVAR (R) et POILLOT-PERUZZETTO (S)

• « Politique de concurrence », *Rép. intern.*, août 2005 (actualisation : avril 2016).

LABBÉE (X)

• « Esquisse d'une définition de l'espèce humaine », *D.* 1999, p. 437.

• « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », *LPA*, 27 mai 2011, n° 105, p. 7.

• « L'homme augmenté », *D.* 2012, p. 2323.

• « L'homme qui a accouché d'un enfant », *D.* 2018, p. 1085.

• « La fin du monde, la fin du droit ou la transition juridique ? », *D.* 2019, n° 2, p. 79.

LABRUSSE-RIOU (C)

• « La procréation artificielle, question de droit ? », *Proje*t, n° 195, 1985, p. 120.

• « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Rev. française d'études constitutionnelles et politiques*, janvier 1991, n° 56.

LAÏDI (Z)

• « Mondialisation et droit », *D.* 2007, p. 2712.

LAMARCHE (M)

• « *Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ? »*, *Droit de la famille*, n° 11, novembre 2007.

LAMORIL (J), AMEZIANE (N), DEYBACH (J-C), BOUIZEGARENE (P) et BOGARD (M)

• « Les techniques de séquençage de l'ADN : une révolution en marche », *Immuno-analyse & Biologie Spécialisée*, Vol. 23, p. 260-279.

LANDRY (C)

• « La mort civile du religieux dans l'ancien droit français, étude historique et critique », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Vol. 26, 1902, p. 205 et s.

LASSAGNE (F)

• « L'imagerie médicale n'est pas faite pour les tribunaux », *Science&Vie*, n° 1139, août 2012, p. 48.

LASSERRE (M-C)

• « L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur ? », *LPA*, 30 juin 2017, n° 130.

LASSERRE-KIESOW (V)

• « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

LE BAUT-FERRARESE (B)

• « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *AJDA*, 2003, p. 1383.

LECA (A)

• « Médicaments : choisir la bonne dose », *D.* 2014, p. 656.

LEMASSON (A-T)

• « Justice internationale pénale : procédure », *Rép. pén.*, janvier 2014.

LEPAGE (A)

• « Droits de la personnalité », *Rep. civ.*, septembre 2009, (actualisation : avril 2017).

LEPAGE (A), MARINO (L) et BIGOT (C)

• « Droits de la personnalité : panorama 2004-2005 », *D.* 2005, p. 2643.

• « Droits de la personnalité », *D.* 2007, p. 2771.

LE TOURNEAU (P)

• « Responsabilité (en général) », *Rép. civ*, mai 2009, (actualisation juin 2015).

LE TOURNEAU (P), KRAJESKI (D)

• « Intuitu personæ », *J-Cl. contr. distr.,* fasc. 200, 2012, n° 53.

LEMENNICIER (B)

• « Le corps humain, propriété de l'Etat ou propriété de soi ? »*, Rev. française de théorie juridique*, n° 13, 1991.

LHUILLIER (G)

• « L'homme-masque », *Methodos*, 4, 2004, mis en ligne le 5 avril 2004.

LIBCHABER (R)

• « Biens », *Rép. civ*., mai 2016 (actualisation : avril 2018).

LOISEAU (G)

• « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *RD McGill*, juin 1997, p. 319.

• « Typologie des choses hors du commerce »*, RTD civ.*, 2000, p. 47.

• « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015.

• « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, p. 2252.

• « La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique », *JCP*, 2018, p. 597.

LUSTIGIER (J-M)

• « La personne devant le Cardinal Archevêque de Paris », *D.* 1995, p. 6.

MALAURIE (P)

• « L'intelligibilité des lois », *rev. Pouvoirs*, vol. 114, n° 3, 2005, p. 131 et s.

• « La dignité de la personne humaine, la liberté sexuelle et la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 1er août 2006.

MALLET-POUJOL (N)

• « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

MARGUENAUD (J-P)

• « L'animal dans le nouveau Code pénal », *D.* 1995, p. 190.

• « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205.

MARTIN (G-J)

• « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, p. 299.

• « La mise en oeuvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1999/1, p. 3 et s.

MARTIN (R)

• « Personne et sujet de droit », *RTD. civ.*, 1981, p. 786.

• « Personnes, corps et volonté », *D.* 2000, p. 505.

MARTIN (X)

• « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *Rev. d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1987.

MARZANO (M)

• « Le corps entre personnes et choses : le statut normatif et juridique du corps humain », *Bioetica y Bioderecho*, n° 5, 2000.

MATHIEU (B)

• « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science, À propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 », *RFDA*, 1994, p. 1019.

MAYER (D)

• « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », *D.* 1994, p. 325.

MAYER-JACK (A)

• « Les conventions relatives à la personne physique », *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1933, p. 6.

MAZEAUD (D)

• « Responsabilité civile et précaution, La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle », *RCA*, juin 2001, n° 3.

• « Présentation de la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 23 février 2016, n° 8, p. 15.

• « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur », *RTD civ.*, 2018, p. 72.

MAZZONI (C-M)

• « Le don, c'est le drame. Le don anonyme et le don despotique », *RTD civ.*, 2004, p. 701.

MEMENTEAU (G)

• « La situation juridique de l'enfant conçu. de la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ.*, 1990, p. 611 et s.

• « Vie biologique et personnalité juridique : qui se souvient des hommes ? », *La personne humaine sujet de droit*, 4ème journée SAVATIER, éd Puf, 1994.

MENDOZA-CAMINADE (A)

• « Le droit confronté à l'intelligence artificielle des robots : vers l'émergence de nouveaux concepts juridiques ? », *D.* 2016, p. 445.

MOLFESSIS (N)

• « Les produits en cause », *LPA*, 28 décembre 1998, p. 20.

MONNIER (E)

• « Les chefs se portent mieux car ils sont chefs », *Science & Vie*, n°1201, octobre 2017, p. 114 et s.

MORON-PUECH (B)

• « Rejet du sexe neutre : « Une « mutilation juridique » ? » *D.* 2017, p. 1404.

MUCCHIELLI (J)

• « Le transhumanisme en procès », *Dalloz actualité*, 23 juin 2017.

MYSAN (H)

• « A propos de l'inflation des chiffres mesurant l'inflation des lois », *D.* 2007, p. 3029.

NERSON (R)

• « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », *RTD civ.*, 1970, p. 660.

NIORT (J-F)

• « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature… Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Rev. Droit et cultures.*

OPPETIT (B)

• *Droit et économie*, APD, t. 37, 1992, p. 17 et s.

PADOVA (Y) et MOREL (C)

• « Droits des personnes », *Gaz. Pal.*, 9 janvier 2004, p. 29.

PEIGNÉ (J)

• « L'inapplicabilité de la jurisprudence Marzouk à la réparation des dommages résultant de la transplantation d'un organe contaminé », *RDSS*, 2010, p. 501.

PÉLISSIER (J)

• « La liberté du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 19.

PENNEAU (J)

• « Corps humain, Bioéthique », *Rép. civ.*, septembre 2012, (actualisation janvier 2016).

• « Médecine, Réparation des conséquences des risques sanitaires », *Rép. civ.*, décembre 2013 (actualisation : juin 2015).

PERREAU (H-E)

• « Les droits de la personnalité », *RTD civ.*, 1909, p. 505 et 506.

PERRIN (A)

• « L'âme et le corps », *Cahiers philosophiques,* n° 53, décembre 1992.

PETIT (F)

• « La mémoire en droit privé », *RRJ,* 1997.

PETIT (Y)

• « Environnement », *Rép. intern.*, janvier 2010 (actualisation : avril 2015).

PHILIPPE (C)

• « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, p. 29.

PHILIP (L)

• « La technocratie censurée », *Le Monde*, 12 septembre 1993.

POLLAUD-DULIAN (F)

• « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.*, 2001, p. 487.

POUGHON (J-M)

• « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique »*, Rev. l'Europe des Libertés*, n° 11.

POULIN (R)

• « Prostitution, crime organisé et marchandisation », *Rev. Tiers Monde*, 2003, n° 176, p. 769.

PROTHAIS (A)

• « La contamination d'hémophiles par le virus du SIDA ne constitue pas un empoisonnement, mais le délit de tromperie sur la qualité des marchandises », *D.* 1994 p. 118.

PY (B)

• *Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril*, AJP, 2012, p. 384.

RAMPELBERG (R-M)

• *Pérennité et évolution des res incorporales après le droit romain*, APD, n° 43, 1999, p. 36.

RASSAT (M-L)

• « Le statut juridique du placenta humain », *JCP*, 1976, p. 2777.

RAVILLON (L)

• « Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique », *RDSS*, 1999, p. 191.

RAYMOND (G)

• « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. pal.*, 1993, p. 527 et s.

REGOURD (S)

• « Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort », *RDP*, 1981.

REUBINOFF (B-E), PERA (M-F), FONG (C-Y), TROUNSON (A) et BONGSO (A)

• « Embryonic stem cell lines from human blastocysts: somatic differentiation in vitro », *Nature Biotechnology*, n° 18, mai 2000.

REVET (T)

• *L'argent et la personne*, APD, n° 42, 1997, p. 48 et s.

• « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine*, 2004, n° 124, p. 20.

• « L'image de la personne est un bien », *RTD civ.*, 2009, p. 342.

• « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016, p. 1771.

RINGEL (F) et PUTMAN (E)

• « L'animal aimé par le droit », *RRJ*, 1995, p. 15.

ROCHFELD (J)

• « Initiative économique, Résidence principale, Insaisissabilité », *RTD civ.*, 2003, p. 743.

ROMAN (D)

• « « À corps défendant », La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284.

ROUJOU DE BOUBÉE (G) et VIGNEAU (D)

• « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *D.* 2008, p. 1862.

ROUVIÈRE (F)

• « La difficulté d'exister du sexe neutre », *RTD civ.*, 2017, p. 947.

• « Robots et mères-porteuses : la confusion des personnes et des choses », *RTD. civ.*, 2018, p. 261.

• « Le robot-personne ou Frankenstein revisité », *RTD. civ*., 2018, p. 778.

ROUX (N)

• « Le nouveau statut juridique de l'animal : une idée audacieuse pour une réforme inaffective », *LPJ*, 17 juillet 2015.

ROYER (E)

• « Bien public : une marchandise comme une autre ? », *JA*, 2007, n° 363, p. 15.

SAINT-ROSE (J)

• « Un foetus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *D.* 2001, p. 2917.

SALEILLES (R)

• « École historique du droit naturel », *RTD civ.*, 1902, p. 80 et s.

SALVAGE (P)

• « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *RTD civ.*, 1976, p. 725.

SAVARIT (I)

• « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA*, 1998.

SAVATIER (R)

• « De sanguine jus », *D.* 1954, p. 142.

• « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.,* 1958, p. 1.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J)

• *Les fictions en droit privé*, APD, t. 20, 1975, p. 273 et s.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J) et MOUSSERON (J-M)

• « Brevet d'invention », *Rép. com.*, avril 2003, (actualisation : juin 2015).

SCHWENDENER (M)

• « Police technique et scientifique » , *Rép. pén.*, octobre 2016, n° 111.

SÉRIAUX (A)

• « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », *D.* 1985, p. 55.

• « Patrimoine », *Rép. civ.*, juin 2016.

SEUROT (L)

• « Le mode d'emploi du compte personnel de formation » dans la fonction publique se précise », *AJFP*, 2017, p. 220.

SEVELY (C)

• « Réflexion sur l'inhumain et le droit », *RSC*, 2005, p. 483.

SINGH-MANOUH (A) et NABI (H)

• « Les découvertes épidémiologiques de Whitehall », *Santé & Travail,* n° 75, juillet 2011.

SIRINELLI (P) et PRÉVOST (S)

• « Le Procès du transhumanisme », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 353.

SOHM-BOURGEOIS (A-M)

• « La personnification de l'animal, une tentation à repousser »*, D.* 1990, Chron. p. 33.

SUDRE (F) et SURREL (H)

« Droits de l'homme », *Rép. intern.*, juillet 2017 (actualisation : novembre 2018).

TERRÉ (F)

• *Génétique et sujet de droit*, APD, t. 35, p. 161.

• *Variation de sociologie juridique sur les biens*, APD ,n° 24, 1979, p. 17-29.

THOMAS (Y)

• *Res, chose et patrimoine*, APD, t. 25, 1980, p. 413.

THOMSON (J-A), ISTKOVITZ-ELDORAL (J), SHAPIRO (S-S), WAKNITZ (M-A), SWIERGIEL (J-J), MARSHALL (V-S) et JONES (J-M)

• « Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts », Science, n° 282, 1998.

THOUVENIN (D)

• « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *RTD civ.*, 1994, p. 717.

• « Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.* 1995, p. 149.

TRIGEAUD (J-M)

• *La personne*, APD, t. 34, 1989, p. 108.

URBAN (Q), OMARJEE (I) et JAULT-SESEKE (F)

• « Les rapports de travail internationaux saisis par le droit européen », *Rev. trav.*, 2008, p. 682.

VIALLA (F)

• « Substitution à l'état civil de la mention « sexe neutre » à celle « de sexe masculin » », *D.* 2015, p. 2295 .

VIEGAS (J)

• « Zoo chimp plots stone throwing attacks », Discovery news, 9 Mars 2009.

VILLEY (M)

• « L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHD*, Vol. 24, 1946-1947

VISSER'T HOOFT (H)

• *Les actes de disposition concernant le corps humain, quelques remarques philosophiques*, APD, t. 24, 1979, p. 88.

VULLIERME (J-L)

• *La chose (le bien) et la métaphysique*, APD, t. 24, 1979, p. 31.

WACHSMANN (P) et MARIENBURG-WACHSMANN (P)

• « La folie dans la loi. Considérations critiques de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *RTDH,* 2003, n° 56, p. 1178.

WEISSE-MARCHAL (C)

• « La responsabilité de l'État du fait de la mise sur le marché de médicaments dangereux », sous la direction de HOCQUET-BERG (S), *RGDM*, 2012, p. 149 et s.

WOODWARD (D), DRAGER (N), BEAGLEHOLE (R) et LIPSON (D)

• « Mondialisation et santé : un cadre pour l'analyse et l'action », *Bulletin de l'Organisation mondiale de la Santé*, Recueil d'articles, n° 6, 2002.

ZAJTAY (I)

• « La permanence des concepts du droit romain », *RID comp.*, Vol. 18, n° 2, 1966, p. 354.

ZENATI-CASTAING (F)

• « Pour une rénovation de la théorie de propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305.

• « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445.

VI - TEXTES

RÈGLEMENTS

• Règlement n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil européen du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique.

• Règlement n° 536/2014 du 16 avril 2014 visant à renforcer les capacités d'innovation sur le territoire européen et de faciliter l'accès aux traitements innovants à l'ensemble des patients européens tout en garantissant leur sécurité.

• Règlement n° 2016/679 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.

DIRECTIVES

• Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux

• Directive 89/381/CEE du Conseil, du 14 juin 1989, élargissant le champ d'application des directives 65/65/CEE et 75/319/CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques, et prévoyant des dispositions spéciales pour les médicaments dérivés du sang ou du plasma humains.

• Directive 91/250/CEE du Conseil, du14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

• Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

• Directive 99/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 mai 1999, modifiant la directive 85/374/CEE du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

TRAITÉS

• Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957.

• Traité sur l'Antarctique du 1er décembre 1959.

• Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes du 27 janvier 1967.

• Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992.

• Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

• Traité entre le royaume de Belgique, la république fédérale d'Allemagne, le royaume d'Espagne, la République française, le grand-duché de Luxembourg, le royaume des Pays-Bas et la république d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale du 27 mai 2005.

• Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

CONVENTIONS

• Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

• Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention du 27 novembre 1963.

• Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel du 16 novembre 1972.

• Convention sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

• Convention européenne pour la protection des animaux de compagnie du 13 novembre 1987.

• Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

• 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 de la biomédecine du 4 avril 1997 (STE n° 164, entrée en vigueur le 1er décembre 1999).

DÉCLARATIONS

• Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

• Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen du 22 aout de 1795.

• Déclaration universelle des doits de l'homme du 10 décembre 1948.

• Déclaration d'Helsinki de 1964.

• Déclaration universelle des droits de l'animal du 15 octobre 1978

• Déclaration de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement durable de 1992.

• Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997.

• Déclaration d'Istanbul sur le trafic d'organes et le tourisme de transplantation de 2008.

• Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains du 8 mars 2005.

• Déclaration Universelle des Droits de la Terre Mère du 27 avril 2010.

RÉSOLUTIONS

• Résolution du Parlement européen, 16 mars 1989, *Fécondation artificielle in vivo et in vitro*, JO, C96, 17 avril 1989

• Proposition de résolution du Parlement européen sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière, 30 novembre 2014.

• Résolution du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL)), 16 février 2017.

LOIS

• Loi du 20 mai 1802 portant rétablissement de l'esclavage.

• Loi n° 1854-05-31 du 31 mai 1854 portant abolition de la mort civile.

• 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.

• Loi n° 52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et leurs dérivés.

• Loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention.

• Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

• Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

• Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

• Loi n° 77-1447 du 28 décembre 1977 portant réforme du titre IV du livre Ier du Code civil.

• Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

• Loi n° 78-742 du 13 juillet 1978, modifiant celle du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention.

• Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

• Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament.

• Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

• 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° 99-5 du 6 janvier 1999, relative aux animaux dangereux enterrant et à la protection des animaux.

• Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

• Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

• Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

• Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique.

• Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

• Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

• Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

• Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

• Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

• Loi n° 2007-1160 du 1er août 2007 autorisant la ratification du traité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche, relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale.

• Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

• Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire.

• Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

• Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

• Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

• Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

• Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine.

• Loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites.

• Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

• Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

• Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

• Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

• Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

PROPOSITIONS DE LOIS

• Proposition de loi n° 4495 relative à la protection animal, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 avril 2012

• Proposition de loi n° 736 relative au statut juridique des gens du voyage et à la sauvegarde de leur mode de vie, Enregistrée à la Présidence du Sénat le 31 juillet 2012.

• Proposition de Loi n° 367 visant à lutter contre le tourisme de transplantation d'organes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 novembre 2012.

• Proposition de Loi constitutionnelle n° 1363 visant à rendre constitutionnel le principe d'indisponibilité du corps humain, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 septembre 2013.

• Proposition de Loi n° 201 visant à lutter contre le recours à une mère porteuse, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 septembre 2017.

DÉBATS ET QUESTIONS

• AN, séance du 25 novembre 1992, JO, 26 novembre 1992, p. 6002.

• AN, séance du 12 mars 1997, JO, 13 mars 1997, p. 1877.

• AN, séance du 13 mars 1997, JO, 14 mars 1997, p. 1914.

• AN, séance du 25 mars 1998, JO, 26 mars 1998, p. 2129, p. 2138, p. 2139 et p. 2140.

• AN, séance du 25 mars 1998, JO, 26 mars 1998, p. 2135 et p. 2139.

• AN, question n° 55828, Question publiée au JO le 28 juillet 2009, p. 7370, Réponse publiée au JO le 1er mai 2012, p. 3368.

• Sénat, question n° 23005, Question publiée au JO le 4 août 2016, p. 3390, Réponse publiée au JO le 15 septembre 2016, p. 3918.

DÉCRETS

• Décr. révolutionnaires des 31 décembre 1790 et 7 janvier 1791.

• Décr. du 29 août 1793 proclamant l'émancipation des esclaves de la partie Nord de Saint-Domingue.

• Décr. du 4 février 1794 portant abolition de l'esclavage dans les colonies françaises.

• Décr. du 4 juillet 1806 contenant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie.

• Décr. du 27 avril 1848 portant abolition définitive de l'esclavage dans les colonies françaises.

• Décr. n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

• Décr. 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.

• Décr. n° 2015-1171 du 22 septembre 2015 relatif à l'information à délivrer à la personne concernée préalablement à une intervention de chirurgie esthétique et postérieurement à l'implantation d'un dispositif médical.

• Décr. n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé.

• Décr. n° 2016-1537 du 16 novembre 2016 relatif aux recherches impliquant la personne humaine.

ORDONNANCES

• Ordonnance de Villers-Cotterêts, août 1539.

• Ordonnance de Blois, mai 1579.

• Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

• Ordonnances des 4 et 19 octobre 1945.

• Ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique.

• Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

• Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

• Ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention.

ARRÊTÉS

• Arrêté du 23 avril 2004 fixant les normes et protocoles applicables aux essais analytiques, toxicologiques et pharmacologiques ainsi qu'à la documentation clinique auxquels sont soumis les médicaments ou produits mentionnés à l'article L. 5121-8 du code de la santé publique.

• Arrêté du 24 aout 2006 fixant la forme, le contenu et les modalités des déclarations d'effets indésirables et des faits nouveaux dans le cadre de recherche biomédicale ne portant pas sur un produit mentionné à l'article L. 5311-1 du code de la santé publique.

• Arrêté du 9 mars 2007 fixant la composition du dossier de demande d'avis au comité de protection des personnes pour les recherches visant à évaluer les soins courants mentionnées au 2° de l'article L.1121-1 du code de la santé publique.

CIRCULAIRES

• Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant.

• Circulaire n° 50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveaux-nés décédés à l'état civil.

• Circulaire n° 2001-576 du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance.

• Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française, convention de mère porteuse, Etat civil étranger.

INSTRUCTIONS

• Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999.

• Instruction générale relative à l'état civil du 29 mars 2002.

VII - JURISPRUDENCE

TRIBUNAUX

• Trib. civ. du Mans, 13 juillet 1886.

• Trib. civ. de Nîmes, 22 décembre 1952.

• TGI de Caen, 30 octobre 1962.

• Trib. corr. de Strasbourg, 19 mai 1982.

• TI de Paris, 2 mai 1985.

• TGI de Créteil, 1er août 1984.

• TGI d'Aix en Provence, 5 décembre 1984.

• TGI d'Avignon, ord. référé, 24 septembre 1985.

• TGI de Marseille, 16 décembre 1987.

• TGI de Paris, 20 janvier 1988.

• TA de Paris, 20 décembre 1990, *Époux B c/ Ministère de la défense*.

• TGI de Toulouse, 16 juillet 1992.

• Trib. corr. de Paris, 23 octobre 1992.

• TGI de Lille, 5 décembre 1996.

• TGI de Lille, 23 mars 1999.

• TGI de Grasse, 17 juin 2003.

• TGI de Nanterre, 18 septembre 2008, n° 07/02173.

• TGI de Paris, 21 avril 2009, n° 09/53100.

• TGI de Niort, 17 septembre 2012, n° 11/1855.

• TGI de Tours, 20 août 2015.

• TGI de Brest, 8 mars 2016.

COUR D'APPEL

• CA de Paris, 15 juin 1990.

• CA d'Amiens, 16 septembre 1992.

• CA de Paris, 16 juin 1995.

• CA d'Aix en Provence, 2 septembre 1998.

• CA de Paris, 29 septembre 2000.

• CA de Pau, 22 janvier 2001, n° 99/00051.

• CA de Bordeaux, 3 mai 2004.

• CA d' Aix-en-Provence, 8 juin 2004.

• CA de Colmar, 4 janvier 2005.

• CA de Paris, 12 janvier 2005, n° 04/15706.

• CA de Versailles, 22 septembre 2005.

• CA de Toulouse, 1er mars 2006.

• CAA de Paris, 18 octobre 2006, Mme Véronique T. c/ Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Etablissement français du sang, n° 03PA00636.

• CA de Paris, 25 octobre 2007, n° 06/00507.

• CA de Versailles, 4 février 2009, n° 08/08775.

• CA d'Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281.

TRIBUNAL DES CONFLITS

• Tribunal des conflits, 14 février 2000.

COUR DE CASSATION

PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE

• Cass. civ. 1ère, 19 juin 1961.

• Cass. civ. 1ère, 16 janvier 1962.

• Cass. civ. 1ère, 1er juillet 1968.

• Cass. civ. 1ère, 17 novembre 1969, n° 68-12.225.

• Cass. civ. 1ère, 5 mars 1974, n° 73-11862, n° 72-12540.

• Cass. civ. 1ère, 16 décembre 1975, n° 73-10.615.

• Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1978, n° 75-13.011.

• Cass. civ. 1ère, 21 février 1978, n° 76-10.561.

• Cass. civ. 1ère, 8 octobre 1980, n° 79-14618.

• Cass. civ. 1ère, 26 janvier 1983, n° 81-16.795.

• Cass. civ. 1ère, 3 avril 1984, n° 82-15.849.

• Cass. civ. 1ère, 16 octobre 1984, n° 83-11.786.

• Cass. civ. 1ère, 14 mai 1985, n° 84-10.437.

• Cass. civ. 1ère, 10 décembre 1985, n° 84-14.328.

• Cass. civ. 1ère, 11 décembre 1985, n° 84-10.339.

• Cass. civ. 1ère, 12 novembre 1986, n° 85-10.183.

• Cass. civ. 1ère, 2 juin 1987, n° 85-16.381.

• Cass. civ. 1ère, 6 juin 1987, n° 86-16.185.

- Cass. civ. 1ère, 17 novembre 1987, n° 86-13.413.
- Cass. civ. 1ère, 13 avril 1988, n° 86-15.524.
- Cass. civ. 1ère, 13 décembre 1989, n° 88-15.655.
- Cass. civ. 1ère, 6 novembre 1990, n° 89-15.246.
- Cass. civ. 1ère, 20 novembre 1990, n° 89-13.049 et n° 89-13.726.
- Cass. civ. 1ère, 23 octobre 1990, n° 89-13.163.
- Cass. civ. 1ère, 19 mars 1991, n° 89-19.960.
- Cass. civ. 1ère, 25 mai 1992, n° 90-13.613.
- Cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994, n° 92-21.993.
- Cass. civ. 1ère, 14 mars 1995, n° 92-21.226.
- Cass. civ. 1ère, 12 avril 1995, n° 92-11.950 et n° 92-11.975.
- Cass. civ. 1ère, 6 mars 1996, n° 94-11.273.
- Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1997, n° 96-12.762.
- Cass. civ. 1ère, 6 octobre 1998, n° 96-13.600.
- Cass. civ. 1ère, 30 mai 2000, n° 98-14.610.
- Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2000, n° 99-12.255.
- Cass. civ. 1ère, 12 décembre 2000, n° 98-17.521 et n° 98-21.161.
- Cass. civ. 1ère, 6 mars 2001, n° 99-10.928.
- Cass. civ. 1ère, 15 mai 2001, n° 99-13.306.
- Cass. civ. 1ère, 23 septembre 2003, n° 01-13.063.
- Cass. civ. 1ère, 30 septembre 2003, n° 01-02.065.
- Cass. civ. 1ère, 10 mai 2005, n° 02-19.738.
- Cass. civ. 1ère, 18 mai 2005, n° 02-20.613.
- Cass. civ. 1ère, 8 et 22 novembre 2005, n° 02-18.360 et n° 03-17.912.
- Cass. civ. 1ère, 7 mars 2006, n° 04-16.179.
- Cass. civ. 1ère, 7 novembre 2006, n° 05-12.788.
- Cass. civ. 1ère, 19 décembre 2006, n° 05-15.719.
- Cass. civ. 1ère, 13 mars 2007, n° 06-17.869 et n° 06-12.655.
- Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, n° 06-18.488.
- Cass. civ. 1ère, 17 octobre 2007, n° 07-11.449.
- Cass. civ. 1ère, 6 février 2008, n° 06-16.498, n° 06-16.499 et n° 06-16.500.

• Cass. civ. 1ère, 22 mai 2008, n° 06-10.967, n° 05-20.317, n° 05-10.593, n° 06-14.952, n° 06-18.848.

• Cass. civ. 1ère, 17 décembre 2008, n° 07-10.068.

• Cass. civ. 1ère, 25 juin 2009, n° 08-12.781.

• Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2009, n° 07-19.758.

• Cass. civ. 1ère, 24 septembre 2009, n° 08-11.112.

• Cass. civ. 1ère, 19 novembre 2009, n° 09-68.179.

• Cass. civ. 1ère, 28 janvier 2010, n° 09-10.992.

• Cass. civ. 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13.591.

• Cass. civ. 1ère, 1er juillet 2010, n° 15-09.479.

• Cass. civ. 1ère, 16 septembre 2010, n° 09-67.456.

• Cass. civ. 1ère, 4 novembre 2010, n° 09-15.302.

• Cass. civ. 1ère, 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053.

• Cass. civ. 1ère, 12 avril 2012, n° 11-20.357.

• Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2012, n° 11-17.510.

• Cass. civ. 1ère, 15 mai 2013, n° 12-12.224.

• Cass. civ. 1ère, 12 juin 2013, n° 12-13.402.

• Cass. civ. 1ère, 1er octobre 2014, n° 13-24.699.

• Cass. civ. 1ère, 29 octobre 2014, n° 13-19.729.

• Cass. civ. 1ère, 19 novembre 2014, n° 13-25.156.

• Cass. civ. 1ère, 4 mai 2017, n° 16-17.189.

• Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 15-20.052, n° 15-28.597, n° 16-16.455, n° 16-16.495. et n° 16-16.901.

• Cass. civ. 1ère, 21 mars 2018, n° 16-28.741.

• Cass. civ. 1ère, 27 juin 2018 n° 17-17.469.

DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE

• Cass. civ. 2ème, 28 janvier 1954, n° 54-07.081.

• Cass. civ. 2ème, 28 octobre 1954.

• Cass. civ. 2ème, 10 juin 1960.

• Cass. civ. 2ème, 20 novembre 1970, n° 69-13.434.
• Cass. civ. 2ème, 5 janvier 1983, n° 81-13.374.
• Cass. civ. 2ème, 22 février 1984, n° 82-17.061.
• Cass. civ. 2ème, 19 février 1992, n° 90-14.470.
• Cass. civ. 2ème, 22 février 1995, n° 92-18.731.
• Cass. civ. 2ème, 29 mars 1995, n° 93-18.769.
• Cass. civ. 2ème, 20 novembre 1996, n° 93-19.937.
• Cass. civ. 2ème, 24 avril 2003, n° 01-01.186.
• Cass. civ. 2ème, 5 juin 2003, n° 02-12.853.
• Cass. civ. 2ème, 19 juin 2003, n° 00-22.302.
• Cass. civ. 2ème, 18 décembre 2003, n° 00-22.249.
• Cass. civ. 2ème, 30 juin 2004, n° 02-19.599.
• Cass. civ. 2ème, 4 novembre 2004, n° 03-15.397.
• Cass. civ. 2ème, 9 décembre 2007, n° 03-15.962.
• Cass. civ. 2ème, 19 février 2009, n° 08-11.959.
• Cass. civ. 2ème, 14 décembre 2017, n° 16-26.687.

TROISIÈME CHAMBRE CIVILE

• Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, n° 02-18.081.
• Cass. civ. 3ème, 17 janvier 2007, n° 06-10.442.

CHAMBRE CRIMINELLE

• Cass. crim., 8 février 1839.
• Cass. crim., 7 aout 1874.
• Cass. crim., 16 février 1895.
• Cass. crim.,13 décembre 1956, n° 55-05.772.
• Cass. crim., 11 juillet 1974, n° 74-90.416.
• Cass. crim., 20 octobre 1998, n° 97-84.621.
• Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351.

• Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359.

• Cass. crim., 2 décembre 2003, n° 03-82.344.

• Cass. crim., 10 janvier 2006, n° 05-80.787.

• Cass. crim., 22 mai 2007, n° 06-86.339.

• Cass. crim., 3 février 2010, n° 09-83468.

CHAMBRE COMMERCIALE

• Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163.

• Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632.

• Cass. com., 9 juillet 2002, n° 99-12.554.

• Cass. com., 17 juin 2003, n° 01-10.075.

• Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974.

• Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841.

CHAMBRE SOCIALE

• Cass. soc. 19 février 1998, n° 96-17.574 et n° 96-17.821.

• Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-40.209.

CHAMBRE DES REQUÊTES

• Cass. req., 23 février 1891.

CHAMBRE MIXTE

• Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, n° 03-14.112.

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

• Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93.031.

• Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

• Cass. ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373.

• Cass. ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973.

• Cass. ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const., 25 juillet 1979, n° 79-105 DC.

Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-117 DC.

Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.

Cons. const., 22 octobre 1982, n° 82-144 DC.

Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC.

Cons. const., 10 juillet 1985, n° 85-191 DC.

Cons. const., 26 juin 1986, n° 86-207 DC.

• Cons. const., 26 août 1986, n° 86-211 DC.

• Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC.

• Cons. const., 2 juin 1987, n° 87-226 DC.

• Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC.

• Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-261 DC.

• Cons. const., 21 janvier 1993, n° 93-333 DC.

• Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC.

• Cons. const., 18 janvier 1995, n° 94-352 DC.

• Cons. const., 10 juin 1998, n° 1998-401 DC.

• Cons. const., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC.

• Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC.

• Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC.

• Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC.

• Cons. const., 20 juillet 2000, n° 2000-434 DC.

• Cons. const, 29 août 2002, n° 2002-461 DC.

• Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.

• Cons. const., 1er juillet 2004, n° 2004-497 DC.

• Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-522 DC.

• Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC.

• Cons. const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC.

• Cons. const., 1er août 2013, n° 2013-674 DC.

• Cons. const., 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC.

• Cons. const., 24 juillet 2015, n° 2015-478 QPC.

• Cons. const., 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC.

• Cons. const., 10 février 2017, n° 2016-611 QPC.

CONSEIL D'ÉTAT

• CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*.

• CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques.*

• CE, 18 mars 1963, *Sieur Cellier.*

• CE, 4 juin 1975, *Bouvet de la maisonneuve.*

• CE, 22 janvier 1982, *Association Auto Défense*.

• CE, 17 février 1988, *Camara.*

• CE, ass., 26 mai 1995, *Consorts N'Guyen*.

• CE, 15 mars 1996, *Cavin*.

• CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*.

• CE, 27 octobre 1995, c*ommune de Morsang-Sur-Orges.*

• CE, 12 mai 2004, *Association du Vajra triomphant c/ Commune de Castellane.*

• CE, 26 septembre 2005, *Association collectif contre l'handiphobie.*

• CE, 9 mars 2007, *Schwartz.*

• CE, 27 janvier 2010, *Hospices civils de Lyon, CHU de Besançon.*

• CE, 22 décembre 2017, n° 390709.

CEDH

• CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, n° 1474/62.

• CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume Uni*, n° 5493/72.

• CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, n° 5310/71.

• CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, n° 5856/72.

• CEDH, 23 juin 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, n° 10454/83.

• CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, n° 13343/87.

• CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche*, n° 12875/87.

• CEDH, 25 septembre, 1996, *Buckley c/ Royaume-Uni*, n° 20348/92.

• CEDH, 9 juin 1998, *L.C.B c/ Royaume-Uni*, n° 23413/94.

• CEDH, 23 septembre 1998, *A. c/ Royaume-Uni*, n° 25599/94.

• CEDH, 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, n° 23452/94.

• CEDH, 28 octobre 1998, *Assenov et autres c/ Bulgarie*, n° 24760/94.

• CEDH, 8 juillet 1999, *Çakici c/ Turquie*, n° 23657/94.

• CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, n° 25803/94.

• CEDH, 6 avril 2000, *Labita c/ Italie*, n° 26772/95.

• CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, n° 30210/96.

• CEDH, 16 novembre 2000, *Tanrıbilir c. Turquie*, n° 21422/93.

• CEDH, 10 mai 2001, *Z. et autres c/ Royaume*, n° 29392/95.

• CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02.

• CEDH, 9 juillet 2002, *Salvetti c/ Italie*, n° 42197/98.

• CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95.

• CEDH, 11 juillet 2002, *I. c/ Royaume-Uni*, n° 25680/94.

• CEDH, 4 février 2003, *Van Der Ven c/ Pays-Bas*, *Lorsé et autres c/ Pays-Bas*, n° 50901/99 et n° 52750/99.

• CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, n° 35968/97.

• CEDH, 3 septembre 2003, *Cotley c/ Roumanie*, n° 33343/96.

• CEDH, 12 septembre 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, n° 35968/97.

• CEDH, 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c/ France*, n° 64927/01.

• CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, n° 5392/00.

• CEDH, 27 juillet 2004, *Slimani c/ France*, n° 57671/00.

• CEDH, 18 novembre 2004, *Prokopovich c/ Russie*, n° 58255/00.

• CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99.

• CEDH, 27 avril 2006, *Ataman c/ Turquie*, n° 46252/99.

• CEDH, 23 mai 2006, *Grant c/ Royaume-Uni*, n° 32570/03.

• CEDH, 26 juillet 2007, *Cobzaru c/ Roumanie*, n° 48254/99.

• CEDH, 9 octobre 2007, *Saoud c/ France*, n° 9375/02.

• CEDH, 13 mai 2008, *MC Cann c/ Royaume-Uni*, n° 19009/04.

• CEDH, 26 octobre 2008, *Renolde c/ France*, n° 5608/05.

• CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04.

• CEDH, 16 décembre 2008, *Levinta c/ Moldavie*, n° 17332/03.

• CEDH, 8 janvier 2009, *Schlumpf c/ Suisse*, n° 29002/06.

• CEDH, 20 janvier 2009, *Mutatis Mutandis, Orphanides c/ Turquie*, n° 36705/97.

• CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie*, n° 33401/02.

• CEDH, 11 janvier 2011, *Berü c/ Turquie*, n° 47304/07.

• CEDH, 20 janvier 2011, *Haas / Suisse*, n° 31322/07.

• CEDH, 10 février 2011, *Dubetska et autres c/ Ukraine*, n° 30499/03.

• CEDH, 3 mai 2011, *Apanasewicz c/ Pologne*, n° 6854/07.

• CEDH, 21 juin 2011, *Orlić c/ Croatie*, n° 48833/07.

• CEDH, 17 janvier 2012, *Chroreftakis et Choreftaki c/ Grèce*, n° 46846/08.

• CEDH, 10 avril 2012, *Ilbeyi Kemalogu et Meriye Kemaloglu c/ Turquie*, n° 19986/06.

• CEDH, 3 juillet 2012, *Martínez Martínez et Pino Manzano c/ Espagne*, n° 61654/08.

• CEDH, 10 juillet 2012, *Kayak c/ Turquie*, n° 33401/02.

• CEDH, 11 décembre 2012, *Lazarenko et autres c/ Ukraine*, n° 27427/02.

• CEDH, 17 octobre 2013, *Winterstein et autres c/ France*, n° 27013/07.

• CEDH, 18 mars 2014, *Öcalan c/ Turquie*, n° 24069/03, n° 197/04, n° 6201/06 et n° 10464/07.

• CEDH, 5ème sect., 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11.

• CEDH 10 mars 2015, *Y.Y. c/ Turquie*, n° 14793/08.

• CEDH, 25 août 2015, *Parrillo c/ Italie*, n° 46470/11.

• CEDH, 4 février. 2016, *ISENC c/ France*, n° 58828/13.

• CEDH, 21 avril 2016, *Ivanova et Cherkezov c/ Bulgarie*, n° 46577/14.

• CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, n° 9063/14 et 10410/14.

• CEDH, 11 octobre 2016, *Sayan c/ Turquie*, n° 81277/12.

• CEDH, 11 octobre 2016, *Bagdonavicus et autres c/ Russie*, n° 19841/08.

• CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie c/ France*, n° 44024/13.

• CEDH, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n° 25358/12.

• CEDH, 6 avril 2017, *A. P. Garçon et Nicot c/ France*, n° 79885/12, n° 52471/13, n° 52596/13.

• CEDH, 22 juin 2017, *Aycaguer c/ France*, n° 8806/12.

• CEDH, 23 octobre 2018, *Sgan c/ Ukraine*, n° 60010/08.

CJCE, CJUE

• CJCE, 29 novembre 1956, n° 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier.*

• CJCE, 17 décembre 1970, n° 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft.*

• CJCE, 28 octobre 1975, n° 36/75, *Rutili.*

• CJCE, 20 février 1979, n° 120-78 , *Rewe-Zentral AG [Cassis de Dijon].*

• CJCE, 17 mai 1984, n° 15/83, *Denkavit Nederland BV c./Hoofdproducktschap voor Akkerbouwprodukten.*

• CJCE, 3 mars 1988, aff. 434/85, *Allen & Hanburys c/ Generics.*

• CJCE, 13 janv. 1993, aff. C-293/91.

• CJCE, 27 octobre 1993, n° C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby c/ Frenchay Helath Autority et Secretary of State for Health.*

• CJCE, 25 avril 2002, Aff. C-52/00, *Commission contre France.*

• CJCE, 24 juillet 2003, n° C-280/00, *Altmark.*

• CJCE, 6 janvier 2004 aff. C-2/01, C-3/01, *Commission c/ Bayer.*

• CJCE, 1er avril 2004, aff. C-112/02, *Kohlpharma GmbH c/ Allemagne.*

• CJCE, 29 avril 2004, aff. C-106/01, *Novartis Pharmaceuticals UK Ltd c/ Commission*.

• CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle c/ Greenpeace eV*, n° C-34/10.

• CJUE, 23 janvier 2018, n° C-179/16.

JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES

• Cour administrative suprême de Prusse, 14 juin 1882, *Kreuzberg.*

• Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 octobre 2001, R.W. 2001, n° 6, 6 octobre 2001.

• Tribunal de la jeunesse de Namur, 7 janvier 2011, Act. Dr. Fam., 2013/5, p. 96.

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes.

A

Absence : 45

Abstraction : 6, 16, 29, 30

Accession : 162, 304

ADN : 52, 173-175

Acharnement thérapeutique : 63

Affectation : 164

Âme : 18, 19, 20, 21

AMP : 181-182, 184, 185, 187, 212, 291

Anatomie : 100

Animal : 301-319

- Domestique : 305-306, 317
- Sauvage : 316

Anonymat : 151

Anthropocentrisme : 259, 317

Anthropomorphique : 115, 305, 332

Argent : 178

Artificialisation : 326-329

Autodétermination : 61, 62

Autonomie de la volonté : 59, 153, 324

Autonomie individuelle : 57, 287

B

Bien

- Commun : 272, 274
- De dignité : 267
- De famille : 268
- Incorporel : 173
- Non fongible : 268
- Public : 275

Bioéthique : 130-133

Biométrie : 51

Brevetabilité : 240-248, 255-257

C

Capacité

- D'exercice : 28, 266, 313, 336
- De discernement : 335
- De jouissance : 28, 32, 266, 312, 336

Cellule souche : 188, 189

Centre d'intérêt : 263-266

Certificat de protection : 256

Chirurgie : 98, 99

Chose

- Abandonnée : 168
- Commune : 173, 272-275
- Frugifère : 159, 167
- Hors du commerce : 138-141
- Incorporelle : 172
- Sans maître : 168, 302

Clonage

- Reproductif : 191, 192
- Thérapeutique : 193, 194

Commerce juridique : 139-141

Concurrence : 232, 254, 293

Consentement : 59, 63, 69, 113, 153, 227, 229, 292, 295, 297

Contrat

À titre gratuit : 143-145

À titre onéreux : 142, 144

D'adhésion : 155

D'assurance : 89, 90

D'entreprise : 88

De travail : 76-79, 83

Innomé : 147

Médical : 85, 149

Nommé : 147

Réel : 153-156

D

Déchet médical : 168

Dépouille : 43, 45

Demi-personnalité : 43

Déontologie : 127

Diagnostic prénatal : 198

Dignité humaine : 67, 121-124, 216

Dinthilhac (nomenclature) : 92

Disparition : 45

Dissection : 100,101

Donnée personnelle : 174

Droit

À l'autodétermination : 61

À l'enfant: 212, 213

À l'image : 72, 80, 81

À la mort : 63, 64

À la vie : 66

À la voix : 82, 83

De la personnalité : 72, 73

Exclusif : 282, 283, 287

Patrimonial : 142, 145, 161, 284, 288, 293

Réel : 153-156, 161

Subjectif : 23, 28, 43, 70, 284, 285

Dualisme : 18, 120, 337

E

Embryon : 40, 41, 186-189

Empreinte

Digitale : 51

Génétique : 52

Rétinienne : 51

Vocale : 51

Enfant : 40, 41, 182, 183, 202, 313

Intérêt supérieur : 210, 211, 213

Esclave : 25, 33, 337

Espèce humaine : 9, 33, 121, 122, 127, 133, 172, 197, 242, 295, 322, 338

État civil : 47

État des personnes

Immutabilité : 48, 49

Imprescriptibilité : 48

Indisponibilité : 48, 49, 50, 201

État végétatif : 44

Éthique : 127-129

Être sensible : 307, 308, 310, 316-318

Eugénisme : 197, 198

Euthanasie : 63

Expérimentation : 121, 126, 130, 222

Extra-commercialité : 145

Extrapatrimonialité : 142-145, 276, 291

F

Faiblesse : 297

Fécondation *in vitro* : 183, 184

Fiction juridique : 7

Filiation : 47, 201, 206, 208

Foetus : 39-41, 186

G

Gamètes : 109, 110, 291

Gestation pour autrui : 201-217

Gratuité : 143, 150, 154

Greffe : 111-114, 16, 166, 184, 291-192

H

Handicap : 44, 213

Harcèlement : 79

Harmonisation : 253, 308

Héritier : 43

Humanité : 33, 124, 315, 323, 330, 332

I

Identification : 46, 47, 49, 51, 52, 329

Identité

Objective : 47

Subjective : 49, 87

Imagerie médicale : 104, 105

IMG : 198

Immeuble par destination : 163, 164, 304

Importation parallèle : 257

Incapacité de protection : 335

Incarnation : 30, 65

Indemnisation : 91-92, 229

Indisponibilité : 138-145, 203, 204, 292

Inégalité : 17, 33, 251, 294-298, 325

Information : 153, 226

Infans *conceptus* : 38

Infans *pars viscerum* : 39

Insémination artificielle : 109, 182

Intelligence artificielle : 330, 331, 334

Intérêt

Général : 17, 86, 223, 287

Thérapeutique : 69, 149, 174, 188, 222

Intégrité

Morale : 70-73, 215

Physique : 65, 68, 148, 214, 222, 287

Inviolabilité : 68, 69, 282

IVG : 181

L

Liberté

D'action : 60-61, 75

D'expression, d'opinion : 58

Licence obligatoire : 255

M

Machine

Animal : 103

Corps : 102, 103

Majorité : 313, 335

Marché : 217, 231-233, 247, 250, 254, 257, 258, 29, 294, 318

Matériel génétique : 52, 173

Médecine esthétique : 88

Médicament : 108, 169, 184, 231, 233

Mondialisation : 250-253

Monstre : 34

Mort : 42, 43, 45, 63, 64, 111, 113

N

Naissance : 37, 180

Nanotechnologie : 324, 328

Nazisme : 126, 197

Nécessité médicale : 149, 222

Non-droit : 118

Non -patrimonialité : 142, 143

Normalité : 34

O

Ordre public

National : 69, 122, 138, 201, 287

International : 205, 206

P

Patrimoine

Commun : 276-279

D'affectation : 270

De dignité : 269-270

Génétique : 52, 197, 322

Pauvreté : 229, 292, 294, 296-298, 325

Pénibilité : 77

Pénurie : 291

Personne

Humaine : 9, 15, 16, 23, 25-27, 29, 30, 33, 35, 39, 41, 53, 121-124

Morale : 10

Par destination : 163-166

Raisonnable : 289

Vulnérable : 336

Personnalité juridique : 24, 27, 28, 32, 36, 43, 44, 266, 311-315, 334-338

Personnification : 32, 43, 301, 303, 304, 314, 315, 332

Poison : 68, 171

Principe

De précaution : 225

De proportionnalité : 17

Produit de santé : 169

Projet parental : 182-183

Propriété : 12, 280-295, 304-305, 312, 319

Prothèse : 163, 166, 326-330

Q

Qualification : 14, 260, 261, 271, 272, 275, 276, 285, 299, 307-310, 337, 338

R

Recherche : 128, 187, 188, 224-237

Réification : 19, 114, 123, 192, 258, 338, 339

Respect du défunt : 43

Responsabilité

Délictuelle : 68, 73

Des produits défectueux : 170-171

Du fait des choses : 304, 306, 333-334

Pénale : 303, 335

Richesse : 294-298, 325

Robot : 330, 332-334

S

Sacré : 4, 63, 66, 95, 97, 110, 137, 240, 271, 286

Sang : 107, 108, 171

Santé publique : 86

Sexe (changement) : 50

Stress : 78, 79

Suicide : 64

Summa divisio : 2, 8, 18, 259, 261-263, 266, 299, 338

T

Thérapie génique : 195, 196

Torture : 67, 68

Trafic : 194, 291, 292

Traitement inhumain et dégradant : 67

Transfusion : 107, 165, 166, 291

Transhumanisme : 322-325, 331

Transsexualisme : 50

U

Unification : 253

Usure

Physique : 76-77

Psychique : 78-79

V

Viabilité : 40, 41

Vide juridique : 117

Vie privée : 43, 50, 64, 70, 71, 72, 80, 123, 153, 208, 278, 324

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

SOMMAIRE

INTRODUCTION 1

Paragraphe 1 - Contextualisation de l'étude : aux origines de la tradition juridique 5

A - L'INVENTION DE LA SCIENCE JURIDIQUE 5

B - LA CONCEPTUALISATION D'UN MODÈLE JURIDIQUE 9

Paragraphe 2 - Objet de l'étude : la division du monde en deux grandes catégories juridiques 14

A - LA CATÉGORIE DES SUJETS DE DROIT 15

B - LA CATÉGORIE DES OBJETS DE DROIT 17

Paragraphe 3 - Enjeux de l'étude : la qualification juridique du corps humain 21

A - LES ENJEUX THÉORIQUES 22

B - LES ENJEUX PRATIQUES 26

PARTIE I - LE CORPS HUMAIN, DE LA PERSONNE À LA CHOSE 31

TITRE I - LA CONFUSION NATURELLE DU CORPS ET DE LA PERSONNE 33

Chapitre I - La personne juridique entre fiction et réalité 34

Section I - La personne juridique : une abstraction 35

Paragraphe 1 - La désincarnation de la personne humaine 36

A - UN CORPS ET UNE ÂME 37

1 - Le dualisme platonicien 37

2 - L'hylémorphisme aristotélicien 40

B - UNE RÉALITÉ NATURELLE ET UNE RÉALITÉ JURIDIQUE.....42

1 - L'acteur du théâtre juridique.....43

2 - Le masque de la personnalité juridique 45

Paragraphe 2 - La formalisation de la personne juridique.....48

A - UNE PERSONNE CONCRÈTE 49

1 - La personne humaine : une réalité biologique.....49

2 - La personne humaine : une réalité juridique 52

B - UNE PERSONNE ABSTRAITE.....54

1 - Une construction de la technique juridique 55

2 - Une construction en marge de la réalité biologique 57

Section II - La personne physique : une incarnation.....61

Paragraphe 1 - Le corps humain, support de la personne physique 62

A - L'ACQUISITION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.....63

1 - Naissance et reconnaissance de la personne physique 63

2 - Vie et viabilité de la personne physique 66

B - L'EXTINCTION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.....69

1 - Le décès constaté de la personne physique 69

2 - Le décès présumé de la personne physique.....72

Paragraphe 2 - Le corps humain, statut de la personne physique.....74

A - L'ÉTAT DE LA PERSONNE PHYSIQUE.....75

1 - L'identité objective de la personne 75

2 - L'identité subjective de la personne 77

B - LE SUBSTRAT DE LA PERSONNE PHYSIQUE.....80

1 - L'identification biométrique de la personne 80

2 - L'identification génétique de la personne.....82

Chapitre II - Le corps humain entre être et avoir 86

Section I - Un corps relevant de l'être 87

Paragraphe 1 - Du droit d'agir en son corps.....88

A - UNE LIBERTÉ INTELLECTUELLE.....88

1 - L'autonomie de la pensée 89

2 - L'autonomie de la volonté 91

B - UNE LIBERTÉ PHYSIQUE.....93

1 - La maîtrise de sa vie 93

2 - La maîtrise de sa mort 95

Paragraphe 2 - Du droit d'être protégé en son corps.....99

A - LE DROIT AU RESPECT DE SON INTÉGRITÉ PHYSIQUE.....99

1 - Un droit à la vie 100

2 - Un droit à l'inviolabilité 103

B - LE DROIT AU RESPECT DE SON INTÉGRITÉ MORALE.....106

1 - Un droit au respect de son intimité.....107

2 - Un droit au respect de sa personnalité 109

Section II - Un corps relevant de l'avoir 112

Paragraphe 1 - La libre utilisation de son corps 113

A - LE LOUAGE DE SERVICES 114

1 - L'usure physique du corps 114

2 - L'usure psychique du corps 116

B - LA CONCESSION DE SES ATTRIBUTS MORAUX.....120

1 - Le droit d'user de son image 120

2 - Le droit d'user de sa voix 123

Paragraphe 2 - La libre administration de son corps 125

A - LA GESTION DE SA CORPORALITÉ 125

1 - Un corps à entretenir 126

2 - Un corps à construire 128

B - UNE CORPORALITÉ À SAUVEGARDER 130

1 - Un corps à assurer 130

2 - Un corps à réparer 132

TITRE II - LA DISTINCTION ARTIFICIELLE DU CORPS ET DE LA PERSONNE 136

Chapitre I - Un corps qu'il est partiellement utile de s'approprier 137

Section I - La découverte du corps humain 138

Paragraphe 1 - Le corps disséqué 139

A - LA MÉDICALISATION DU CORPS HUMAIN 140

1 - Médecine et chirurgie 140

2 - Anatomie et physionomie 142

B - LA VULGARISATION DU CORPS HUMAIN 144

1 - Un corps machine 144

2 - Un corps transparent 147

Paragraphe 2 - Le corps démembré 150

A - LES PRODUITS DÉTACHÉS DU CORPS 150

1 - Le sang, son plasma et leurs dérivés 151

2 - Les cellules participant à la reproduction 153

B - LES ÉLÉMENTS DÉTACHÉS DU CORPS 155

1 - L'avant-loi Caillavet 156

2 - L'après-loi Caillavet 157

Section II - La naissance d'un droit du corps humain.....160

Paragraphe 1 - Évolution des moeurs, évolution du droit.....161

A - LA PROMOTION DU PROGRÈS SCIENTIFIQUE 161

1 - La sécurité juridique pour objet.....162

2 - La réalité scientifique pour modèle 164

B - LA PROTECTION DE LA DIGNITÉ HUMAINE.....166

1 - Un principe du droit positif 166

2 - Un impératif catégorique.....169

Paragraphe 2 - De l'éthique à la bioéthique 172

A - L'ÉMERGENCE D'UN CADRE CONTRAIGNANT 173

1 - De la pratique à l'éthique.....173

2 - De l'éthique à la loi 175

B - LA NAISSANCE DES LOIS DE BIOÉTHIQUE.....178

1 - La synthèse des intérêts en cause 178

2 - La synthèse des travaux parlementaires 180

Chapitre II - Un corps qu'il est partiellement possible de s'approprier.....185

Section I - La cessibilité de la matière humaine 186

Paragraphe 1 - L'introduction du corps dans le commerce juridique.....187

A - L'INDISPONIBILITÉ DU CORPS HUMAIN 187

1 - Un corps par principe hors du commerce juridique 188

2 - Un corps au demeurant accessible à l'échange 190

B - LA NON-PATRIMONIALITÉ DU CORPS HUMAIN 192

1 - La disponibilité du corps, de ses éléments et produits 192

2 - La non-transmissibilité onéreuse de ses éléments et produits 194

Paragraphe 2 - L'introduction du corps dans le domaine contractuel 196

A - LE CORPS HUMAIN, DE L'INNOMÉ AU NOMMÉ.....197

1 - La mise en place d'un cadre spécifique.....197

2 - La mise en place de conditions spécifiques.....199

B - LE CORPS HUMAIN, DU DON AU CONTRAT RÉEL.....202

1 - L'accord de volontés des parties.....202

2 - La remise d'une chose 205

Section II - L'appropriabilité de la matière humaine 208

Paragraphe 1 - Une appropriation par accession des éléments et produits humains 209

A - UN DROIT SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LE CORPS 209

1 - Le changement de nature des éléments et produits 210

2 - Le changement de caractère des éléments et produits.....212

B - UN DROIT SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE AU CORPS .213

1 - De l'affectation à la notion de « personne par destination » 213

2 - De la chose étrangère au corps humain à celle composant le corps humain.....215

Paragraphe 2 - Une appropriation par l'exploitation des éléments et produits humains 218

A - DES DÉCHETS MÉDICAUX AUX PRODUITS DÉFECTUEUX....219

1 - L'élaboration de produits manufacturés d'origine humaine.....219

2 - La responsabilité du fait des produits de santé défectueux 221

B - DES PRODUITS DE SANTÉ AUX DONNÉES PERSONNELLES..225

1 - L'utilisation des prélèvements à des fins d'études génétiques 225

2 - L'utilisation des prélèvements à des fins de séquençages 228

PARTIE II - LE CORPS HUMAIN, NI PERSONNE NI CHOSE 233

TITRE I - UNE MISE À DISPOSITION PRAGMATIQUE DU CORPS HUMAIN. 234

Chapitre I - La réification du corps humain in vitro.....235

Section I - L'approbation de la procréation de substitution 236

Paragraphe 1 - Une production encadrée du corps à naître.....237

A - LA MISE À DISPOSITION ORGANISÉE DU MATÉRIEL REPRODUCTIF.....237

1 - L'artificialisation de la procréation.....238

2 - L'instrumentalisation de la procréation 240

B - LA MISE À DISPOSITION ORGANISÉE DU MATÉRIEL EMBRYONNAIRE 242

1 - L'utilisation de l'embryon à des fins de recherche.....242

2 - L'utilisation des cellules embryonnaires à des fins thérapeutiques..245

Paragraphe 2 - Une manipulation limitée du vivant.....247

A - LA QUESTION DE LA REPRODUCTION GÉNÉTIQUE 247

1 - L'interdiction du clonage reproductif.....248

2 - L'exception du clonage thérapeutique 251

B - L'INTERVENTION SUR LE PATRIMOINE GÉNÉTIQUE 253

1 - L'éventualité de la thérapie génique.....253

2 - Le dangers de l'eugénisme 255

Section II - La désapprobation de la gestation de substitution.....258

Paragraphe 1 - La dissociation entre maternité génétique et maternité utérine..... 259

A - LA DÉCONSTRUCTION DE L'ORDRE PUBLIC NATIONAL 259

1 - L'atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ...260

2 - L'atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain 262

B - LA DÉCONSTRUCTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL.. 263

1 - Le recours aux règles de droit international privé 264

2 - Le recours aux principes du droit international 266

Paragraphe 2 - La réduction de la maternité à une prestation de service 268

A - L'ENFANT CONÇU COMME OBJET CONTRACTUEL 268

1 - La captation des droits de l'enfant.....269

2 - La revendication d'un « droit à » l'enfant 271

B - LA MÈRE DE SUBSTITUTION COMME PRESTATAIRE DE SERVICE.....272

1 - Les risques physiques et psychiques 273

2 - Les risques d'exploitation.....274

Chapitre II - La réification du corps humain in vivo 278

Section I - Le corps humain, objet d'expérimentations.....279

Paragraphe 1 - Une mise à disposition au bénéfice de l'intérêt général.....280

A - L'ADMISSION CONDITIONNÉE DES ESSAIS CLINIQUES.....280

1 - Une nécessité médicale.....281

2 - Un impératif de rigueur scientifique et de sécurité.....283

B - LA MANIPULATION ORGANISÉE DES PATIENTS.....285

1 - Un consentement partiellement éclairé.....285

2 - Un consentement partiellement libre.....287

Paragraphe 2 - Une mise à disposition au bénéfice d'intérêts privés.....290

A - LA CAPITALISATION DES RECHERCHES 290

1 - La loi de l'offre et de la demande.....291

2 - La loi du profit.....293

B - LA PROMOTION DES RECHERCHES.....295

1 - La « simplification » du cadre des recherches.....295

2 - La « clarification » du cadre des recherches.....298

Section II - Le corps humain, source d'innovations.....300

Paragraphe 1 - L'introduction du vivant dans le domaine de la brevetabilité.301

A - UN OUTIL D'ÉCHANGE DU VIVANT.....302

1 - Le vivant, objet de créations.....302

2 - Le vivant, objet de réservations.....304

B - UN OUTIL DE CONTRÔLE DU VIVANT.....306

1 - La circonscription des inventions.....306

2 - La circonscription des réservations 308

Paragraphe 2 - L'introduction du corps dans le commerce international.....311

A - CORPS HUMAIN ET MONDIALISATION.....311

1 - L'universalisation des comportements 312

2 - L'harmonisation et l'unification du droit.....314

B - CORPS HUMAIN ET LIBRE CIRCULATION 316

1 - La promotion internationale des innovations 316

2 - Le partage organisé des innovations.....318

TITRE II - UNE QUALIFICATION ATYPIQUE DU CORPS HUMAIN.....322

Chapitre premier - L'insuffisance de la distinction entre personne et chose 323

Section I - L'extension des catégories existantes 324

Paragraphe 1 - L'hypothèse d'une troisième catégorie ?.....325

A - UNE CATÉGORIE DÉDIÉE AUX « CENTRES D'INTÉRÊTS ».....325

1 - Un régime adapté aux succédanés de la personnalité juridique 326

2 - Un régime adapté aux collectivités d'intérêts.....328

B - UNE CATÉGORIE DÉDIÉE AUX « BIENS DE DIGNITÉ »....330

1 - Des biens servant la préservation de la dignité....330

2 - Des biens composant un « patrimoine de dignité »....332

Paragraphe 2 - L'hypothèse de l'appartenance collective....335

A - DES CHOSES COMMUNES....335

1 - Un objet de désir insusceptible d'appropriation....336

2 - Un objet de désir partiellement appropriable....338

B - DU PATRIMOINE COMMUN....341

1 - Des ressources spécifiquement isolées....341

2 - Des ressources présentant un intérêt de conservation....344

Section II - L'extension des droits de la personne sur son corps....346

Paragraphe 1 - L'hypothèse d'un corps objet de droit....347

A - UN DROIT SUR LES ÉLÉMENTS ET PRODUITS DU CORPS....347

1 - L'expression d'un droit exclusif....348

2 - L'expression d'un pouvoir juridiquement protégé....350

B - UN DROIT LIMITÉ PAR LES LOIS ET LES RÈGLEMENTS....352

1 - Un usage non prohibé par les lois ou par les règlements....353

2 - Un usage préconisé par les lois et les règlements....355

Paragraphe 2 - L'antithèse d'un corps objet de droit....357

A - UN CORPS À VENDRE....358

1 - En finir avec l'extrapatrimonialité....358

2 - En finir avec l'extra-commercialité....360

B - UNE VOLONTÉ À CÉDER....362

1 - Un affrontement entre intervenants inégaux....363

2 - Un asservissement du plus faible par le plus fort....365

Chapitre II - Le dépassement de la distinction entre personne et chose.....369

Section I - À l'image du statut juridique de l'animal 370

Paragraphe 1 - Du bien corporel à l'être sensible 371

A - MEUBLE PAR NATURE OU IMMEUBLE PAR DESTINATION....372

1 - Une chose susceptible d'occasionner des dommages.....372

2 - Une chose susceptible d'être endommagée 374

B - UN ÊTRE VIVANT DOUÉ DE SENSIBILITÉ.....377

1 - L'évolution de la qualification juridique de l'animal 377

2 - La permanence du régime juridique des biens 379

Paragraphe 2 - De l'objet de droit au sujet de droit de type particulier 382

A - UN ANIMAL « PERSONNIFIÉ » 382

1 - Une aptitude à être titulaire de droits.....383

2 - Une inaptitude à être assujetti à des obligations.....386

B - UN ANIMAL « SUI GENERIS ».....388

1 - Des animaux inégaux en droit(s) 389

2 - Des animaux égaux en fait.....391

Section II - À l'image du statut juridique du robot 393

Paragraphe 1 - De la personne à la machine 394

A - UN HOMME « AUGMENTÉ ».....394

1 - La promotion d'une forme d'évolutionnisme.....395

2 - La promotion d'une forme d'eugénisme libéral 397

B - UN CORPS « ROBOTISÉ » 400

1 - Une artificialisation physique.....400

2 - Une artificialisation cognitive 403

Paragraphe 2 - De la machine à la personne 406

A - INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET ROBOTIQUE 407

1 - L'humanité du robot comme ambition 407

2 - La personnalité du robot en question 411

B - VERS UNE FORMALISATION NOUVELLE DE LA PERSONNE .414

1 - La fixation de seuils de personnalité 414

2 - La relativisation de la distinction personne/chose.....417

CONCLUSION GÉNÉRALE 422

ANNEXES.....427

BIBLIOGRAPHIE.....459

INDEX ALPHABETIQUE.....529

TABLE DES MATIÈRES.....534