



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit privé général
Dirigé par M. le Professeur Laurent LEVENEUR
2021

***La patrimonialisation du corps humain
dans l'œuvre de Bernard Edelman***

Chloé NIKSARLIAN

Sous la direction de M. le Professeur Pierre-Yves GAUTIER

Master 2 Droit privé général

Dirigé par M. le Professeur Laurent LEVENEUR

Promotion 2020-2021

*La patrimonialisation du corps humain dans
l'œuvre de Bernard Edelman*

Chloé NIKSARLIAN

Sous la direction de M. le Professeur Pierre-Yves GAUTIER

REMERCIEMENTS

Je remercie tout d'abord Monsieur le Professeur Jean-Sylvestre Bergé de m'avoir partagé sa vérité et ses souvenirs passés avec Monsieur Bernard Edelman.

Mes remerciements vont ensuite à Madame Marie-Angèle Hermitte et Madame le Professeur Muriel Fabre-Magnan qui m'ont livré, en toute bienveillance, les clés de compréhension de sa pensée.

Je tiens, enfin, à exprimer ma gratitude envers Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier sans qui je n'aurais certainement pas eu l'occasion d'écrire ni les deux lignes précédentes, ni celles qui vont suivre.

PRINCIPALES ABBREVIATIONS

AJ fam. : Actualité juridique famille (Dalloz).

AJ Pénal : Actualité juridique pénal (Dalloz)

AJDA : Actualité juridique Droit administratif (Dalloz).

AP : Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Arr. Arrêté

Art : Article.

Ass : Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat.

Bull civ : Bulletin civil de la Cour de cassation.

C. patr : Code du patrimoine.

C. pén : Code pénal.

C. pr. pén. : Code de procédure pénale.

C. santé. publ. : Code de la santé publique.

C.civ : Code civil.

CA : Cour d'appel.

CAA : Cour administrative d'appel

CE : Conseil d'Etat.

CEE : Communauté économique européenne

CGCT : Code général des collectivités territoriales.

CGPPP : Code général de la propriété des personnes publiques.

chr. : chronique

Civ : chambre civile.

Civ. 1 : Première chambre civile (Cour de cassation)

Civ. 2ème : Deuxième chambre civile (Cour de cassation)

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Conv EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme

CPI : Code de la propriété intellectuelle.

Crim : chambre criminelle (Cour de cassation).

CSS : Code de la sécurité sociale.

D. : Recueil Dalloz

D. actu. : Dalloz actualité.

DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Ex : exemple

GADS : Les grands arrêts du droit de la santé.

Gaz Pal : Gazette du Palais.

JCP : La semaine juridique.

LGDJ : librairie générale de droit et de jurisprudence.

Obs. : Observations

Rép. : réponse

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil.

RDSS : Revue de droit sanitaire et social.

Soc : chambre sociale (Cour de cassation)

Svts : suivants.

TA : Tribunal administratif

TGI : Tribunal de grande instance.

UE: Union européenne

USPTO: United States Patent and Trademark Office.

OTA : Office of Technology Assessment

USSC: United-States Supreme Court.

v. versus

SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
PARTIE 1 : L'ENTREE INCONTESTABLE DU CORPS HUMAIN DANS LE MARCHE	9
Titre 1 : Le constat d'une désacralisation du corps humain	9
Chapitre 1 : L'affaiblissement de l'inviolabilité du corps humain	10
Chapitre 2 : L'assouplissement de l'indisponibilité du corps humain.....	17
Titre 2 : La recherche des droits de la personne sur son corps	24
Chapitre 1 : La piste insatisfaisante de la propriété	24
Chapitre 2 : La piste glissante de la liberté	31
PARTIE 2 : L'EXPANSION CONTESTEE DU MARCHE DU CORPS HUMAIN	40
Titre 1 : La malléabilité de l'embryon dépourvu de statut juridique	40
Chapitre 1 : L'embryon in vitro : « une chose vivante préhumaine »	40
Chapitre 2 : L'embryon in utero : une « chose vivante humaine ».....	46
Titre 2 : Le refus d'un marché de la mort	53
Chapitre 1 : La sacralisation du corps mort	53
Chapitre 2 : Le refus d'une hiérarchisation des droits sur le cadavre.....	61
PROPOS CONCLUSIFS	68
BIBLIOGRAPHIE	69

INTRODUCTION

« *Notre corps, ce vieux compagnon de toujours prend le visage de l'étranger ; pis encore de l'ennemi, d'un espion prêt à nous trahir* »¹ constatait Bernard Edelman, dont l'ambition d'écrire un nouvel essai sur le thème de l'ennemi justement, s'est trouvée paralysée par une mort solitaire, intervenue le 3 septembre 2020, dans son petit appartement du Ve arrondissement². Ses proches se rappellent un homme franc, orgueilleux c'est vrai, mais doté d'une intelligence rare et d'une profonde liberté. Libre d'abord de ne pas finir sa thèse universitaire, libre ensuite de refuser d'écrire deux tomes sur le droit d'auteur, pourtant commandés par les éditions PUF, libre enfin d'assister à la soutenance de thèse de Mr Bergé vêtu d'un costume et d'une cravate Mickey : « *c'était, en somme un homme atypique* »³.

Né à Paris le 22 février 1938, Bernard Edelman, était un homme de pratique, avocat sollicité pour ses connaissances précises du droit d'auteur dont il avait fait sa spécialité. C'était aussi un grand théoricien : « *je n'ai jamais vu Bernard ne pas écrire* » se rappelle Mr. Bergé dont il a dirigé une partie de sa thèse avant que leurs chemins ne se séparent. S'il a connu le succès avec son ouvrage *Le droit saisi par la photographie*⁴, paru à la fin des années 1970 et relatif à l'appréhension juridique du développement de la photographie et du cinéma, ses travaux l'ont conduit sur la piste du vivant auquel il a consacré une grande partie de ses écrits. D'abord entouré notamment de Mme Hermitte et de Mme Labrusse-Riou⁵ puis seul⁶, Bernard Edelman s'est intéressé à l'appropriation par l'homme de *la* nature d'abord et de *sa* nature ensuite en constatant, désemparé, une volonté capitaliste de tirer profit du corps humain. « *Notre corps, écrivait-il, se transforme en gisement de valeur dont on calcule les profits* ».⁷

Ce phénomène de mercantilisation du corps humain, entendu par Bernard Edelman comme le support naturel de la personne physique⁸, s'explique ainsi par une modification sensible des

¹ B. EDELMAN, « Introduction » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann, 2009, p. 6

² S. CACIOPPO, « Bernard Edelman (1938-2020) », *D.2020*, p. 1903.

³ *Ibid.*

⁴ B. EDELMAN, *Le droit saisi par la photographie*, Editions Maspero, 1973

⁵ B. EDELMAN et M-A HERMITTE, *L'homme, la nature et le droit*, Editions Bourgeois, 1988

⁶ B. EDELMAN, *La personne en danger*, Edition PUF, 1999, B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel*, Editions Hermann 2007, B. EDELMAN, *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann, 2009, B. EDELMAN, *Essai sur la vie assassinée, Petite histoire de l'immortalité.*, Editions Hermann, 2016.

⁷ B. EDELMAN, « Introduction » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann, 2009, p. 6

⁸ Et non pas comme un simple amas de cellules et de tissus biologiques.

summa divisio traditionnelles : entre le vivant et le non vivant d'une part et entre les personnes et les choses d'autre part.

« *Le premier moment, dit-il, ce fut la fin d'un tabou, je veux dire le caractère sacré du vivant* »⁹. Il ne s'agit évidemment pas pour l'auteur de nier la patrimonialisation des éléments de la nature au sens matériel, l'article 547 du Code civil disposant, sans ambiguïté, que « *les fruits naturels ou industriels de la terre appartiennent au propriétaire par droit d'accession* » ou encore l'article 515-14 du Code civil soumettant les animaux au régime des biens malgré leur statut juridique incertain. Il s'agit bien, pour lui, de pointer du doigt l'appropriation de la nature elle-même, dans son essence, dans ses lois et ce, par le biais du brevet, conférant une exclusivité temporaire au déposant d'une invention. Or, précisément, puisqu'il est acquis que la nature appartenant à tous, n'appartient à personne, il est impossible de breveter un organisme vivant qui répondrait à ses propres lois car cela reviendrait à bloquer pour un temps déterminé « *les effets qui découlent de la structure même de la nature* »¹⁰. A contrario, pour qu'un organisme vivant devienne brevetable, il faudrait non seulement qu'il ne puisse pas exister comme tel à l'état naturel mais encore qu'il soit susceptible d'application industrielle.¹¹ Et c'était précisément l'objet de la décision *Diamond v. Chakrabarty*, rendue par la Cour suprême des Etats-Unis le 16 juin 1980, au sujet de la brevetabilité d'une bactérie modifiée permettant la dégradation du pétrole. Par une majorité serrée de cinq voix contre quatre, la Cour suprême décida que la bactérie était brevetable dès lors qu'elle était un produit fabriqué par l'homme, qui n'existait pas naturellement et qui présentait un nom, un caractère et un usage spécifique.¹² Le vivant n'est donc plus intouchable, inaccessible, inappropriable, le curseur n'est plus à placer entre le vivant, non brevetable, et l'inanimé, brevetable, mais entre le vivant naturel et le vivant artificiel. La voie étant ouverte, l'on s'attaqua aux animaux, aux Etats-Unis¹³ comme en Europe¹⁴ avant d'arriver aux portes de l'humain.

Le second moment, pourrions-nous ajouter, ce fut la permutation des notions de chose et de personne ou plutôt la fusion de ces catégories dans un seul et même but : la production de valeur. « *Jusque-là, disait-il, la distinction était tranchée [...] mais aujourd'hui nous avons le*

⁹ B. EDELMAN, « Introduction » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann, 2009, p. 8

¹⁰ B. EDELMAN, « Vers une approche juridique du vivant » in *L'homme, la nature et le droit*, Editions Bourgeois, 1988, p. 29.

¹¹ C'est aujourd'hui ce que prévoit CPI., Art. L.611-10.

¹² USSC, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (16/06/1980): « *A nonnaturally occurring manufacture or composition of matter – a product of human ingenuity having a distinctive name, character and use* ».

¹³ CA de l'USPTO, 3 av. 1987 : brevetabilité d'une huître génétiquement modifiée.

¹⁴ Office européen des brevets, 3 oct. 1990, au sujet d'une souris oncogène.

sentiment de pénétrer dans un univers étrange, polymorphe où les personnes et les choses se chevauchent, permutent, échangent des signes de reconnaissance »¹⁵, soit parce qu'on observe une subjectivisation des choses, soit parce que l'on constate une réification des personnes. A ses yeux, en effet, les choses prennent d'abord des allures de personnes en ce sens que ces objets de droit seraient structurés de la même manière que les sujets de droit, c'est-à-dire en un noyau autour duquel graviteraient des attributs à l'instar de l'image¹⁶ ou de la réputation¹⁷. A l'inverse, il constate une réification des personnes, en ce sens qu'elles ont « *la remarquable capacité d'être sujet en vue de vendre [leurs] objets* » comme le nom, l'image, la voix, l'intimité, au point que certains auteurs en déduisent une réification du corps humain dont ils ne sont que des utilités indissociables. Plus encore, ils y verraient une patrimonialisation de ce même corps dont la personne serait propriétaire¹⁸.

« *Bernard aurait été vent debout contre une telle affirmation* » m'avouait Mme Fabre-Magnan, avec qui il était fréquemment en contact. Pour lui, il n'y avait rien d'étonnant à remarquer l'absence, jusqu'en 1994, de disposition propre au corps humain, non pas que le droit s'en désintéressait mais puisque la personne était indissociable de son enveloppe charnelle, elle suivait le même sort : l'indisponibilité. Ce n'est pourtant pas la voie empruntée par le législateur de 1994, qui a souhaité consacrer les articles 16 et suivants du Code civil au corps humain en le parant d'un certain nombre de principes impératifs¹⁹ (respect, inviolabilité, non-patrimonialité²⁰, gratuité²¹, anonymat²²) comme pour compenser la légitimation, dans le Code de la santé publique, d'un certain nombre d'actes. Or, à ses yeux, en construisant le respect dû au corps sur le modèle d'un droit de la personnalité, le législateur offrait à la personne un moyen de défendre son corps autant que d'en disposer, plongeant ainsi le corps humain dans un certain embarras juridique.

¹⁵ B. EDELMAN, « De la propriété-personne à la valeur-désir », *D.* 2004 p.155 §1.

¹⁶ Cass. AP, 7 mai 2004, n°02-10.450, *D.* 2004. 1545, obs. Brugière et Dreyer ; *JCP* 2004 II. 10085, note Caron ; *RTD civ.* 2004. 528, obs. Revet : « *Le propriétaire d'une chose peut s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* ».

¹⁷ CA Paris, 27 mars 2019, n°18/04947 : « *Le préjudice allégué de voir l'image du bien associé [au grand banditisme corse] n'a en l'état entraîné aucun préjudice au détriment de la propriété qui n'établit pas que cette situation a pu constituer une entrave à la vente, la location ou l'occupation du bien* ». A contrario, preuve à l'appui, l'atteinte à la réputation du bien pourrait être réparable.

¹⁸ T. REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? » in *RTD Civ.* 2017 p.587.

¹⁹ C.civ., Art.16-9.

²⁰ C.civ., Art.16-1.

²¹ C.civ., Art.16-6.

²² C.civ., Art.16-8.

Nonobstant une littérature déjà abondante sur le sujet, Bernard Edelman embarque ainsi ses lecteurs sur la piste du corps humain, de sa fécondation jusqu'à sa mort, voire au-delà. Livrant de rocambolesques anecdotes, il s'interroge sur la place de ce corps dans la *summa divisio* aristotélicienne eu égard à la marchandisation croissante dont il fait l'objet. Nous suivrons ses traces.

« *Si la vie avait un but, elle ne serait plus la vie* »²³. Ainsi concluait-il son article relatif à la juridicisation du vivant en reprenant les mots de Paul Valéry comme pour exprimer son désarroi face à la constitution d'un marché où l'homme ne serait plus seulement acteur mais également marchandise. S'il reconnaît inévitable²⁴ la marchandisation du corps au gré de la volonté de son « hôte » et avec la complicité des droits fondamentaux (Partie 1), il observe un paradoxe étonnant : le corps dépersonnalisé résisterait mieux au virus utilitariste (Partie 2).

²³ P. VALÉRY, *Cahier B*, 1910.

²⁴ B. EDELMAN, « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D 2010* p.2754 §16.

PARTIE 1 : L'ENTREE INCONTESTABLE DU CORPS HUMAIN DANS LE MARCHE

Une telle affirmation a de quoi laisser pantois tout juriste qui sait, depuis ses premiers cours de droit des personnes, que le corps humain, ses éléments et produits sont « hors commerce »²⁵, affirmation qu'il aura eu le loisir de retrouver en étudiant l'exigence d'un contenu licite du contrat, bien que l'article 1162 du Code civil n'y fasse plus une référence expresse²⁶.

Pourtant, faisant face à la réalité, il se rend à l'évidence : « *Ces dernières cinquante années, tout a changé : nous avons connu les dons de sang, puis de sperme, la procréation médicalement assistée, les embryons in vitro puis les mères porteuses, l'expérimentation sur l'homme, puis la brevetabilité des gènes, la création de chimères* »²⁷. B. Edelman identifie ainsi le passage d'un « objet sacré et inviolable » à un objet de science (Titre 1) et tente, en vain, de qualifier le rapport qu'entretient la personne avec son corps (Titre 2).

Titre 1 : Le constat d'une désacralisation du corps humain

« *La biologisation du corps consommait la rupture avec toutes les représentations humanistes ; le sujet était, en quelque sorte, exproprié de son corps propre, qui était devenu le corps de quelqu'un, un objet indifférencié qui pouvait être mis sur le marché* »²⁸.

S'il a fallu attendre la fin de la Renaissance pour que le corps, autre que celui des jeunes femmes, devienne objet de convoitise, les progrès scientifiques du XXème siècle ont profondément remanié les contours de la personnalité juridique en faisant du corps de l'homme non plus le critère d'identification de la personne, mais un assemblage d'éléments sur lequel cette dernière pouvait, à présent, exercer sa pleine souveraineté. Il n'y avait ainsi plus d'obstacle à l'appréhension par l'homme de ce corps, si ce n'est la volonté du législateur²⁹ de protéger le

²⁵ Une précision terminologique s'impose avant de poursuivre. *L'extra-commercialité* n'est pas synonyme de *non-patrimonialité*. Un bien peut être *extra-commercial* en ce sens que le législateur en interdirait sa circulation mais non sa détention. En revanche, la *non-patrimonialité* d'une chose implique nécessairement son *extra-commercialité* car seuls les biens sont susceptibles de circuler dans le commerce juridique. Ces notions doivent encore être distinguées de *l'indisponibilité* qui correspond à l'impossibilité pour un bien de faire l'objet d'un acte de disposition.

²⁶ C.civ., Art. 1162 : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». L'ancien article 1128 du C.civ disposait que : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet des conventions* ».

²⁷ B. EDELMAN, « Introduction » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann, 2009, p.5.

²⁸ B. EDELMAN « La fabrication juridique du vivant », in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann, 2009, p.29.

²⁹ Néologisme désignant à la fois le législateur et le juge.

siège de la personne en consacrant, en 1994, les principes d’inviolabilité et d’indisponibilité du corps. Toutefois, ni le premier (I) ni le second (II) ne suffisent à contrer le constat d’une désacralisation du corps humain dont on ne manquera pas d’apprécier les conséquences.

Chapitre 1 : L’affaiblissement de l’inviolabilité du corps humain

« Le droit avait beau proclamer que « chacun a droit au respect de son corps, qu’il est inviolable [...] : le fait était là : entre ces proclamations qui relevaient d’un autre temps et la représentation biologique du corps, un fossé infranchissable avait été creusé ».³⁰

Pourtant, aux termes de l’article 16-1 alinéa 2 du Code civil, il est affirmé que « *le corps humain est inviolable* », c’est-à-dire qu’il est impossible de lui porter atteinte, qu’il relève d’une forme de sacralité. Ce caractère, emprunté au passage au droit de propriété³¹, apparaît ainsi nécessaire pour protéger la personne elle-même dont le corps n’est que le « substratum »³². Il suffit, pour s’en convaincre, d’ouvrir son code pénal aux articles L.221-1 et suivants qui répriment les « Atteintes à la personne humaine »³³.

Il peut à ce titre apparaître surprenant que B. Edelman n’ait choisi de consacrer au principe d’inviolabilité du corps que quelques lignes dans l’ensemble de ses ouvrages. Cela ne nous empêchera pas de nous y intéresser et de constater non seulement un élargissement des atteintes portées pour soi (I) mais aussi pour autrui (II).

I- L’élargissement des atteintes au corps pour soi

S’il était admis que l’on puisse porter atteinte au corps de la personne dans le but de lui apporter les soins nécessaires (A), le législateur a aussi légitimé un certain nombre d’actes dépourvus de toute finalité curative (B).

A- Le critère initial : la finalité thérapeutique

Avant la loi du 27 juillet 1999³⁴, l’article 16-3 du Code civil disposait en son alinéa 1^{er} « *qu’il ne peut être porté atteinte à l’intégrité du corps humain qu’en cas de nécessité*

³⁰ B. EDELMAN « La fabrication juridique du vivant », in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann, 2009, p.30.

³¹ DDHC., Art. 17 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’une juste et préalable indemnité* ».

³² J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l’enfant, le couple*, PUF, 1^{ère} éd., 1955 p.381.

³³ C.pén., Livre II « Des crimes et délits contre la personne », Titre II « Des atteintes à la personne humaine ».

³⁴ Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d’une couverture maladie universelle.

thérapeutique pour la personne ». Du grec *therapeutikos*, la thérapeutique est une discipline médicale ayant pour objet le traitement des maladies, le soin.

Toutefois, une telle atteinte, aussi animée d'un but thérapeutique soit-elle, n'était et n'est encore rendue légitime qu'à condition qu'elle ait été consentie par le patient qui confie son corps à son médecin, au gré d'un contrat³⁵. Ainsi, l'exigence d'un consentement libre et éclairé des parties, commune à tous les contrats³⁶, se retrouve naturellement à l'article 16-3 al. 2 du Code civil. Ce consentement du patient, qui doit être préalablement recueilli, est conditionné à la délivrance³⁷, au cours d'un entretien individuel³⁸ d'une information loyale, claire et appropriée³⁹ portant sur la nature, l'utilité, les conséquences, les risques et les alternatives du traitement proposé⁴⁰ ainsi que le coût de la prise en charge.⁴¹ La loi a pris le soin d'adapter l'information délivrée aux mineurs ou aux majeurs protégés en tenant compte de leur degré de maturité ou de leur faculté de discernement⁴².

Pleinement informé, le patient reste libre d'accepter ou de refuser les traitements proposés et le médecin devra respecter son souhait, même si cette décision met sa vie en danger⁴³. Cette législation, relativement récente⁴⁴, témoigne du développement croissant de la volonté individuelle du patient qui pourra forcer les médecins à briser le serment d'Hippocrate si telle est son vœu. Toutefois, lorsque le patient est justement hors d'état de manifester une quelconque volonté et que l'urgence empêche la consultation d'un proche ou d'une personne de confiance⁴⁵, le médecin reprend son pouvoir et décide à la place du patient⁴⁶. Une telle intervention médicale

³⁵ Cass. civ, 20 mai 1936, *Nicolas c. Mme Mercier*, *GADS*, 3^e éd. 2020 ; *D.* 1936. 1. 88, rapport Josserand, concl. P. Matter ; *Gaz. Pal.* 1936. 2. 41, note A. Breton ; *RTD civ.* 1936. 691, obs. R. Demogue.

³⁶ C.civ., Art. 1128 : « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties* ».

³⁷ C. santé publ., Art. L.1111-2 I al. 4 : Le patient peut toutefois décider « *d'être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission* ».

³⁸ C. santé publ., Art. L.1111-2 I al. 3.

³⁹ Cass, civ 1, 14 oct. 1997, n°95-19.609, *Bull. civ.* I, n°278 ; *JCP* 1997 II 22942, rapp. P. Sargos ; *RTD civ.* 1998. 100, obs. J. Mestre ; *RDSS* 1998. 62, obs. L. Dubouis. La décision reprend les articles 35 et 36 du Code de la déontologie médicale.

⁴⁰ C. santé publ., Art. L.1111-2 I.

⁴¹ C. santé publ., Art. L.1111-3 et L.1111-3-1.

⁴² C. santé publ., Article L.1111-2 II.

⁴³ C. santé publ., Art. L.1111-4 al. 3 : « *à condition toutefois que le patient ait réitéré son refus dans un délai raisonnable* ». Condamnation de la solution retenue par CE, Ass, 26 octobre 2001, 198546 qui avait écarté toute faute des médecins ayant pratiqué une transfusion sanguine contre la volonté du patient.

⁴⁴ Loi n°2016-87 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, 2 fév. 2016, art 5.

⁴⁵ C. santé publ., Art. L.1111-4 al. 5.

⁴⁶ C.civ., Art 16-3 al. 2.

doit cependant être commandée par « *une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient* ». ⁴⁷

Il est donc loin le temps où Guy de Chauliac constatait au XIV^{ème} siècle qu'un « *praticien doit obtenir de son patient qui lui obéisse comme un serf à son seigneur* » ⁴⁸. La préservation du corps laisse sa place à la volonté individuelle du patient, d'autant plus depuis l'élargissement des atteintes légitimes au *noli me tangere* ⁴⁹ fondamental.

B- Le critère élargi : l'acte médical.

En effet, si la loi du 2 février 2016 a été particulièrement émancipatrice des volontés individuelles, la loi du 27 juillet 1999 avait déjà ouvert la voie en substituant à l'ancienne exigence d'une « finalité thérapeutique », le simple constat « d'une nécessité médicale ». ⁵⁰ C'est un critère beaucoup plus large puisqu'il permet de légitimer l'ensemble des actes exécutés par un médecin, mais qui n'aurait pas pour but de soigner le patient.

A ce titre, les actes de chirurgie esthétique, de convenance et non réparatrice, deviennent des tempéraments légitimes au principe d'inviolabilité du corps. Toutefois, la loi ne posant pas de limites formelles à ces interventions, il faudra s'en remettre à la conscience du médecin qui sera libre de décourager le patient qui viendrait le consulter avec des envies plus ou moins conventionnelles. ⁵¹ De même, devient-il désormais licite d'envisager une stérilisation à visée contraceptive ⁵² dès lors qu'elle a été consentie par la personne majeure capable ou incapable, lorsque, pour cette dernière, d'autres méthodes de contraception sont impossibles à mettre en œuvre ⁵³. Dans ce cas, le juge décidera de l'opportunité d'une telle opération après avoir entendu ses proches et un comité d'experts. ⁵⁴ Le changement chirurgical de sexe est, de manière similaire, rendu possible. Si une telle procédure n'est plus une condition nécessaire à la modification de la mention du sexe à l'état civil ⁵⁵ et si un tel acte apparaissait déjà poursuivre un but thérapeutique, en délivrant la personne présentant le syndrome du transsexualisme de

⁴⁷ Cass, civ 1, 11 octobre 1988, n°86-12.832, *RDSS* 1990. 48, note L. Dubouis.

⁴⁸ Guy DE CHAULIAC, *Chirurgica Magna*, 1363.

⁴⁹ Ne me touche pas.

⁵⁰ C.civ., Art 16-3 : « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale* ».

⁵¹ On peut songer ici, entre autres, à la pratique du Tongue-split ou de l'implant subdermique.

⁵² Position ancienne et contraire : Cass, avis, 6 juillet 1998, n°09820012 P.

⁵³ CE, 26 septembre 2005, n°248357, *RDSS* 2005. 1060, obs. D. Cristol ; *D.* 2005. 2550 : compatibilité avec la CEDH des dispositions relatives à la stérilisation d'une personne handicapée.

⁵⁴ C. santé publ, Art L.2123-1 et L.2123-2.

⁵⁵ L'article 65-1 C.civ, tel que modifié par la loi du 18 nov. 2016, a abandonné la condition du caractère irréversible de la transformation de l'apparence admis en jurisprudence (Ex : Cass, AP, 11 décembre 1992, n° 91-11.900, *RTD civ.* 1993. 97, note J. Hauser).

ses souffrances psychologiques, il n'y a plus lieu d'hésiter. En revanche, l'incertitude perdure quant à la qualification de l'acte d'accouchement naturel par voie basse. Est-ce un acte médical de sorte que les médecins appelés à intervenir seraient tenus de répondre à l'obligation d'information prescrite par le Code de la santé publique ? Si les juges maintiennent qu'il s'agit d'un événement naturel, ils imposent toutefois aux médecins d'informer pleinement la mère⁵⁶.

Ces divers exemples témoignent de la porosité de la catégorie des actes médicaux, de surcroît largement ouverte, puisqu'elle a vocation à embrasser en son sein des interventions médicales à la fois consenties et non consenties. En effet, le principe d'inviolabilité du corps humain peut s'incliner non seulement devant la volonté individuelle mais aussi devant des intérêts d'ordre public. Il peut s'agir d'enjeux sanitaires à l'instar des vaccinations rendues obligatoires⁵⁷ dont nous connaissons aujourd'hui une vive illustration. Il peut aussi s'agir d'enjeux sécuritaires, le principe d'inviolabilité du corps humain cédant, semble-t-il désormais, devant l'administration de la preuve pénale. Alors qu'en principe, la loi n'autorise que rarement⁵⁸ des prélèvements biologiques non consentis, la Cour de cassation⁵⁹ a récemment validé un prélèvement sanguin effectué sur un médecin, sans son consentement, pour dosage de l'alcoolémie et dépistage de stupéfiants dans le cadre d'une enquête de flagrance.

C'est dire si le principe d'inviolabilité du corps humain, conçu comme un bouclier protecteur de l'intégrité physique de la personne, est sans cesse assorti de tempéraments, non seulement pour justifier des interventions médicales consenties dans son propre intérêt mais aussi dans l'intérêt d'autrui.

II- L'élargissement des atteintes au corps pour autrui

L'article 16-3 du Code civil autorise en effet qu'il soit porté atteinte au corps humain « *dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* », soit que cet intérêt soit relativement proche (A) ou plus lointain (B).

⁵⁶ Cass, civ 1, 23 janvier 2019, n°18-10.706, *D. 2019. 976*, note J. Mattiusi ; *RDSS 2019*, 565, note G. Trédez.

Voir aussi : CE, 27 juin 2016, CHU de Poitiers, n°386165, *Lebon 2016* ; *AJDA 2016*. 1316.

⁵⁷ Cons. const, 20 mars 2015, n°2015-458 QPC, *AJ fam. 2015. 222*, obs. H. Daimallah ; *D. 2015. 687* ; *RDSS 2015. 364*, obs. D. Cristol : conformité à la Constitution des art L.311-1, 2 et 3 C. santé publ.

⁵⁸ C. pén., Art 706-47-2 al 3 et Art 706-56 I al 5.

⁵⁹ Cass, crim, 31 mars 2020, n°19-85.756, *D. 2021. 762*, obs. J-C. Galloux.

A- Une finalité proche : le don d'éléments et produits de son corps vivant

Si l'article 19 de la Convention d'Oviedo⁶⁰ affirme le caractère subsidiaire des prélèvements sur donneur vivant par rapport aux prélèvements post-mortem, il n'en reste pas moins que ces derniers sont aujourd'hui devenus essentiels⁶¹ et encadrés par le législateur, qui a toutefois tendance à assouplir, au fil des réformes, ses conditions.

A ce titre, au-delà du don de phanères ou de lait maternel⁶², la loi encadre depuis 1952 le don de sang⁶³, aujourd'hui régi par les articles L.1220-1 et suivants du Code de la santé publique et qui répond aux conditions classiques de validité du prélèvement d'un élément ou produit humain⁶⁴ : capacité⁶⁵, finalité thérapeutique ou scientifique, consentement préalable du donneur⁶⁶, gratuité du don, anonymat et absence de publicité (même si de nombreuses campagnes sont souvent mises en œuvre, notamment pour pallier les conséquences désastreuses de la crise sanitaire).⁶⁷ Il est en outre possible de donner ses gamètes⁶⁸, quoiqu'en réalité, seul le don d'ovocytes constituerait, au regard de l'intervention nécessaire, une atteinte au principe d'inviolabilité du corps humain. Il faut encore songer aux prélèvements à but thérapeutique ou scientifique de cellules ou tissus humains à l'image des cellules hématopoïétiques⁶⁹ ou placentaires, réservés aux personnes capables, sauf dérogation⁷⁰.

Au-delà de ces divers dons qui ne requièrent qu'une atteinte relativement légère au corps humain du donneur, il faut évidemment se reporter à la loi Cavaillet du 22 décembre 1976 qui autorise le prélèvement, sur un être-vivant, d'organes⁷¹ en vue d'une transplantation⁷². La dévotion du donneur⁷³ au profit du receveur est telle qu'elle n'est possible que dans la limite

⁶⁰ Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997.

⁶¹ C. santé publ., Art L.1231-1 A les qualifie de « *priorité nationale* ».

⁶² C. santé publ. Art D.2323-1 et svts.

⁶³ Le don de sang recouvre trois types de dons : le don de sang stricto sensu, le don de plaquettes et le don de plasma.

⁶⁴ C. santé publ : Art L.1211-1 et L.1211-9.

⁶⁵ Le projet sénatorial relatif à la bioéthique envisage d'autoriser les personnes de plus de dix-sept ans à donner leur sang, sans doute pour tenir compte des vastes campagnes de collecte organisées dans les universités et dans lesquelles les jeunes bacheliers n'ont parfois pas encore 18 ans (Art 7 bis).

⁶⁶ Quoi doit en principe être une personne majeure (C. santé publ., Art L.1221-5).

⁶⁷ On estime à 20% la baisse des dons du sang : https://www.bfmtv.com/sante/face-a-la-penurie-l-etablissement-francais-du-sang-appelle-a-donner-son-sang-d-urgence_AV-202009220073.html.

⁶⁸ C. santé publ., Art L.1244-1.

⁶⁹ Cellules recueillies par un prélèvement de moelle osseuse.

⁷⁰ C. santé publ., Art L.1241-2 et L.1241-3.

⁷¹ Il s'agira principalement du rein, mais il peut s'agir d'une partie du poumon ou du foie.

⁷² Aujourd'hui : C. santé publ., Art L.1231-1 et svts.

⁷³ En 2019, 533 greffes ont pu être réalisées à partir de donneur vivant de foie ou de rein in « Chiffres clés 2019 », *Rapport annuel de l'Agence de biomédecine 2019*.

d'un cercle restreint défini par la loi. Si la loi bioéthique de 1994⁷⁴ ne permettait initialement qu'au père et à la mère du receveur de se porter donneur⁷⁵, la loi du 6 août 2004⁷⁶ a autorisé le frère, la sœur, le fils, la fille, les grands-parents, oncles et tantes, cousins germains à se soumettre au don. Bientôt, pouvait encore se porter donneur le conjoint du père ou de la mère qui n'a donc aucun lien de parenté avec le receveur mais encore le concubin d'au moins deux ans ou plus généralement depuis 2011 toute personne pouvant apporter « *la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur* ». ⁷⁷ Cette même loi de 2011 autorise le don croisé d'organes par lequel deux paires donneur-receveur qui s'avèrent incompatibles entre elles échangent leur binôme. Particulièrement élargi, ce processus n'en demeure pas moins encadré : information préalable de l'Agence de biomédecine, compte-rendu quadriennal, anonymat, information poussée du donneur⁷⁸, expression du consentement libre et éclairé devant un magistrat...

Le consentement libre et éclairé⁷⁹ apparaît ainsi comme le pivot de la mise à disposition altruiste d'éléments et produits du corps humain permettant à la personne de participer, grâce aux utilités qu'offre son corps, à une forme de solidarité nationale, thématique que l'on retrouve avec l'expérimentation sur l'homme.

B- Une finalité plus lointaine : la recherche impliquant la personne humaine

Si B. Edelman ne s'est pas étendu sur les interventions médicales ou les prélèvements d'éléments et produits du corps, il s'est montré plus expansif sur les implications de la recherche biomédicale sur l'homme⁸⁰.

Autorisées par la loi Huriet du 20 décembre 1988 et réformées depuis, les expérimentations portant sur la personne humaine, dont les grands principes inscrits dans le Code de la santé publique⁸¹ ont été repris de grandes déclarations internationales⁸², sont aujourd'hui organisées

⁷⁴ Loi n°96-654 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.

⁷⁵ Même s'il existait déjà de nombreuses exceptions : cf. J. SAISON, « Le donneur vivant » in *AJDA* 2015, p. 563.

⁷⁶ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

⁷⁷ Loi n°2011-814 du 7 juin 2011 relative à la bioéthique.

⁷⁸ Le donneur est informé par un comité d'experts composé majoritairement de médecins.

⁷⁹ Qui peut parfois être contraint par une forme de culpabilité morale. Cf. F. DREIFFUS-NETTER, « Les donneurs vivants ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D.* 2005 p. 1808.

⁸⁰ B. EDELMAN, « La recherche biomédicale dans l'économie de marché » *D.* 1991 p.203 ; B. EDELMAN « Expérimentation sur l'homme : une loi sacrificielle » in *La personne en danger*, PUF, 1999.

B. Edelman, « Expérimentation sur l'homme : une loi sacrificielle », *La Recherche*, 235 (1991), p. 1058

⁸¹ C. santé publ., Art L.1121-1 et svts.

⁸² Ex : Code de Nuremberg, 1947 ; Déclaration d'Helsinki, 1964.

en trois catégories⁸³. Les recherches dites « interventionnelles » sont celles qui sont le plus encadrées⁸⁴ car elles exposent le sujet de l'expérimentation à un traitement inhabituel, soit que ce sujet attende de l'expérimentation un bénéfice individuel direct, l'essai pouvant être une sorte d'ultime espoir pour sa cause, soit que ce sujet n'en attende pas. C'est précisément cette deuxième catégorie qui tempère profondément le principe d'inviolabilité du corps humain en autorisant une mise à disposition du corps dans l'intérêt d'un autrui qui n'est pas encore palpable. B. Edelman écrit : « *Il s'agit ni plus ni moins par la légalisation des essais thérapeutiques et cognitifs de tester dans les meilleures conditions économiques et expérimentales des médicaments sur des sujets, en les convainquant que, s'ils n'en retirent par un bénéfice direct, les générations futures leur en sauront gré* »⁸⁵.

Or, justement, pour ces sujets particuliers, il observe que la loi n'assure pas un équilibre satisfaisant entre les intérêts des acteurs de ce processus. Si en fin de parcours, le promoteur de la recherche⁸⁶ sera fixé sur l'efficacité du produit ou de la méthode testée, si l'investigateur⁸⁷ aura pu développer ses connaissances scientifiques, le sujet de l'expérimentation qui n'attend pas de bénéfice direct en sort quelque peu désavantagé, ne pouvant obtenir ni contrepartie financière⁸⁸ ni être assuré de ce que le bénéfice escompté sera supérieur aux risques encourus. En effet, si l'article L.1121-2 du Code de la santé publique interdit la recherche sur la personne humaine lorsque l'équilibre entre les risques prévisibles et le bénéfice escompté n'est pas satisfaisant, comment peut-on connaître ces risques puisque, par hypothèse, « on expérimente », s'interrogeait B. Edelman. Et, Mme Labrusse-Riou, avec qui il a co-écrit plusieurs articles et ouvrages, concluait ainsi « *les risques ne sont pas totalement prévisibles si bien que le consentement comporte une part irréductible d'ignorance* ».⁸⁹ En revanche, les critiques qu'il avait pu formuler à l'encontre de la composition⁹⁰ des comités de protection des

⁸³ C. santé publ., Art L.1121-1 distingue ainsi les recherches interventionnelles, les recherches interventionnelles qui comportent des risques minimes et les recherches non interventionnelles.

⁸⁴ C. santé publ., Art L.1121-4 : elles doivent recevoir un avis favorable du comité de protection des personnes et l'autorisation de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.

⁸⁵ B. EDELMAN « Expérimentation sur l'homme : une loi sacrificielle », *La personne en danger*, PUF, 1999.

⁸⁶ Il s'agit de la personne responsable du financement et de la gestion de la recherche.

⁸⁷ Il s'agit d'un médecin expérimenté et spécialisé en charge de la réalisation de la recherche.

⁸⁸ Sous réserve des indemnités de compensation dont la somme ne peut excéder, sur douze mois consécutifs, 4500 euros conformément à l'article 1 de l'arrêté du 25 avril 2006.

⁸⁹ C. LABRUSSE-RIOU, « Expérimentations sur l'homme et éthique » in *L'homme, la nature et le droit*, Editions Bourgeois, 1988

⁹⁰ Il observait que les règles du vote du comité étaient favorables à l'éthique médicale.

personnes, qui ratifient les projets de recherche, n'ont plus lieu d'être, l'impartialité éthique du comité ayant été rétablie⁹¹.

En réalité, on le perçoit, la recherche sur la personne humaine est à la frontière entre les principes d'invulnérabilité et d'indisponibilité posés par le Code civil puisque non seulement elle place le corps humain dans un état inhabituel mais surtout elle le transforme en véritable objet d'études dans une société médicalisée et industrialisée où justement « *le savoir peut rapporter de plus en plus* »⁹². Le corps humain tend ainsi à devenir une source indéniable de profit⁹³.

Chapitre 2 : L'assouplissement de l'indisponibilité du corps humain

En bon juriste, il faut sans cesse revenir aux textes. Or, s'agissant du principe d'indisponibilité du corps humain, c'est le désarroi le plus complet car aucun des articles 16 et suivants du Code civil n'a repris ce concept prétorien déployé pour lutter contre les conventions de mères porteuses⁹⁴. Et, pour cause, la loi bioéthique du 29 juillet 1994⁹⁵ lui a préféré le principe proche de non-patrimonialité du corps humain⁹⁶, c'est-à-dire l'impossibilité pour le corps, ses éléments ou ses produits d'être considéré comme un bien et de circuler comme tel dans le commerce juridique. Or, dans les faits, le corps circule et le législateur en est conscient puisqu'il tente d'en limiter les dérives en posant une exigence de gratuité⁹⁷.

Le lien indissoluble qui existait entre la personne et son corps s'est partiellement défait, écrit B. Edelman. « *Il était nous, nous étions lui, et nous cohabitons paisiblement tant qu'il se portait bien* »⁹⁸. Désormais, poursuit-il, « *il peut s'exploiter hors de nous, transporter ailleurs notre identité* ». ⁹⁹ Si le législateur n'a jamais pris parti sur l'opportunité d'instaurer un dualisme entre la personne et son corps, la construction d'un respect dû au corps sur le modèle d'un droit de la

⁹¹ C. santé publ., Art R.1123-11.

⁹² B. EDELMAN, « La recherche biomédicale dans l'économie de marché » *D. 1991* p.203.

⁹³ A ce titre, un des arguments phares pour autoriser la recherche sur la personne humaine était de permettre aux industries françaises de se battre à armes égales avec leurs concurrentes étrangères qui pouvaient déjà expérimenter leurs produits sur l'homme.

⁹⁴ Cass, AP, 31 mai 1991, n° 90-20.105, *D. 1991*. 417, note D. Thouvenin ; *JCP 1991* II 21752, note F. Terré ; *RTD civ. 1991*. 517, obs. D. Huet-Weiller.

Voir aussi : Cass, civ 1, 29 juin 1994, n°92-13.563, *D.1994*. 581, note Chartier ; *JCP 1995*. II. 22362, note J. Rubellin-Devichi ; *RDSS 1995*, 377, note F. Monéger.

⁹⁵ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

⁹⁶ C.civ Art 16-1 al 3, Art 16-5 et Art 16-7.

⁹⁷ C.civ., Art 16-6.

⁹⁸ B. EDELMAN, « Introduction » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann, 2009, p. 6.

⁹⁹ B. EDELMAN, « A qui appartient le corps humain ? » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann, 2009, p. 68.

personnalité a nettement contribué à alimenter cette thèse (I) et par là même, la possibilité de l'exploitation de cette richesse inattendue (II).

I- L'objectivisation du corps humain

Evidemment matérielle, le chirurgien extrayant les éléments et produits du corps (A), l'objectivisation du corps est aussi conceptuelle, le législateur consacrant, sciemment ou inconsciemment, une sorte de dualisme entre la personne et le corps (B).

A- L'objectivisation matérielle du corps humain.

Il suffit d'un simple tour de table en famille ou entre amis, profanes ou membres du corps médical pour se rendre compte à l'évidence, qu'à l'avis unanime, les éléments et produits du corps humain, une fois extraits de l'universalité de fait que constituerait le corps plein et entier, ne sont rien d'autre que des choses. Comment en effet pourraient-ils être autre chose que cela puisqu'il est possible de les donner, de les extraire, de les conserver dans des « banques » et même de les abandonner ?

En effet, les dispositions réglementaires du Code de la santé publique règlent le sort des organes, tissus, membres ou autres « pièces anatomiques », abandonnés par le patient au cours d'un traitement. Vulgairement, que devient le membre amputé d'un patient ou la tumeur extraite par exérèse du corps d'un malade ? Les textes prévoient ainsi que de telles matières, qualifiées par la loi de « déchets », doivent être « conditionnées », « marquées », « étiquetées »¹⁰⁰ ou entreposées¹⁰¹ avant d'être éliminées¹⁰², le plus souvent par incinération. Si un tel vocable est associé à un élément nuisible qui a causé beaucoup de peine chez le patient, il s'applique pareillement « *aux produits sanguins arrivés à péremption* ».¹⁰³

C'est en tout point une évidence consacrée par le législateur qui admet un traitement différent entre le corps d'un côté et ses éléments et produits de l'autre.¹⁰⁴ Les éléments visent ainsi les organes, tissus ou autres qui n'ont pas la faculté de se régénérer tandis que les produits regroupent l'ensemble des matériaux humains susceptibles de régénération. Il faut ici observer, à l'inverse, une volonté consciente ou inconsciente du législateur de 1994 de se défaire du vocabulaire juridique utilisé par les rédacteurs du Livre II du Code civil qui appréhendent sous

¹⁰⁰ C. santé publ., Art R.1335-6.

¹⁰¹ C. santé publ., Art R.1335-7.

¹⁰² C. santé publ., Art R.1335-2.

¹⁰³ C. santé publ., Art R.1335-1 2° c).

¹⁰⁴ C. civ., Art 16-1 al 3.

le terme de « *produit* » tout ce qui est fourni par une chose mais qui en altère la substance¹⁰⁵. Alors, si un parallèle devait être fait, les éléments du corps humain seraient en réalité les produits de la chose et les produits du corps, les fruits de cette même chose.

Sans s'attarder sur cette remarque, il revient en revanche d'observer qu'une telle distinction au sein même du corps a influencé l'appréhension juridique de la personne en son corps, le législateur de 1994 ayant, en renforçant la protection du corps, accentué sa réification.

B- L'objectivisation conceptuelle du corps

Lors des discussions parlementaires du premier projet de loi bioéthique par l'Assemblée nationale du 19 novembre 1992¹⁰⁶, Mme C. Boutin s'exprime ainsi devant les députés : « *Lorsqu'on affirme que le corps humain est indisponible, on signifie par là qu'on ne peut se débarrasser de son corps. On affirme dans le même temps que le corps et la personne ne font qu'un, que la personne sans son corps n'aurait plus d'existence* ». Or poursuit-elle, « *les auteurs du projet ont renoncé, en réalité, au principe général d'indisponibilité du corps [...] en proposant la libre disponibilité du corps comme objet de droit. Si chacun a droit au respect de son corps, il peut le défendre, mais aussi en disposer* ». Si la référence apparaît a priori étonnante, elle se trouve justifiée par la participation de B. Edelman à l'écriture des discours de Mme Boutin lors de ces débats¹⁰⁷.

B. Edelman était en effet opposé à l'insertion dans le Code civil de l'actuel article 16-1 alinéa 1^{er} du Code civil posant « *Chacun a droit au respect de son corps* » et dont la lettre était inspirée de l'article 9 du Code civil relatif au droit au respect à la vie privée. Construit sur le modèle d'un droit de la personnalité, son atteinte se trouvait sanctionnée par l'article 16-2 du Code civil et marquait une séparation conceptuelle entre la personne et son corps à laquelle l'auteur n'adhérait pas. Si le juriste n'est pas convaincu, c'est pourtant un effort intellectuel nécessaire à l'acte de soin. Dans un article intitulé « *l'objectivisation nécessaire dans la pratique soignante* », Michel Caillol, docteur en médecine, écrit que le basculement du malade d'un corps-sujet à un corps-objet est la seule manière de « *libérer métaphysiquement le médecin, qui, s'il est bien concerné par la personne de son malade comme fin en soi, a tout de même pour mission d'en réparer une fonction ou un organe* »¹⁰⁸.

¹⁰⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10 éditions, 2014.

¹⁰⁶ Première session ordinaire de 1992-1993, 82^e séance, 2^e séance du jeudi 19 novembre 1992.

¹⁰⁷ Je remercie vivement Mme HERMITTE pour cette information.

¹⁰⁸ M. CAILLOL, « L'objectivisation nécessaire dans la pratique soignante » in *Cancer(s) et psy(s)* 2019/1 n°4.

Et B. Edelman aurait eu le loisir de répondre que la perspective n'est pas la même puisque tandis que le médecin se trouve déjà en dehors de la « chose regardée », la personne n'est pas familière de ce nouveau rapport qui pourtant participe de l'émancipation de sa liberté. « *Tout se passe comme si la meilleure façon d'être une personne serait d'accepter le statut de chose* »¹⁰⁹. Et c'est justement dans cette voie que s'était engagée la Cour suprême des Etats-Unis¹¹⁰ en décidant que les cellules d'un patient atteint d'une leucémie, qui avaient été exploitées à son insu par l'équipe médicale et qui étaient devenues la source d'une industrie florissante, était « quelque chose » sur quoi il bénéficiait du droit discrétionnaire, d'usage de contrôle et de disposition »¹¹¹, justifiant qu'il puisse, en somme, participer au profit de l'exploitation dont il avait été l'objet.

II- L'exploitation du corps humain

B. Edelman aime à rappeler les mots de Louis Josserand dans sa note parue au recueil Dalloz en 1932. Au sujet de la personne humaine, il écrit : « *descendue du piédestal où l'avait hissée la Déclaration des droits de l'homme et le Code civil de 1804, elle s'abaisse au niveau d'une chose ; elle se commercialise, elle se patrimonialise ; nous serions tentés d'écrire qu'elle s'américanise* »¹¹². Si en effet, les Anglo-saxons ont adopté une approche libérale du corps humain, le droit français prône sa non-patrimonialité et soumet la disposition de ce même corps à une exigence de gratuité. Pourtant, ni le premier (B) ni le second (A) de ces principes ne sont d'application absolue. Or, L. Josserand met ses lecteurs en garde : « *Il serait vain de le nier et il est utile de s'en rendre compte ; les tendances les plus pernicieuses sont celles qui, agissant insidieusement, demeurent inaperçues* ».

A- La valorisation des éléments et produits du corps humain.

Symptomatiquement intitulé « Que vaut le corps humain ? », le colloque organisé par le Collège des Bernardins les 5 et 6 décembre 2019¹¹³ témoigne de ce que le dogme tiré de l'absence de valorisation du corps n'est plus pertinent. Ce principe apparaît pourtant essentiel au maintien de la *summa divisio* romaine entre les personnes et les choses, les personnes ayant

¹⁰⁹ B. EDELMAN, « A qui appartient le corps humain ? » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 68.

¹¹⁰ Cour d'appel de Californie, *Moore v. Regents of California*, 21 juillet 1988.

¹¹¹ B. EDELMAN « L'homme aux cellules d'or », *D* 1989, chr p.225.

¹¹² L. JOSSERAND, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D* 1932 n°1.

¹¹³ « Que vaut le corps humain ? » *Médecine et valeurs du corps*, Actes du colloque du département d'éthique biomédicale, 5-6 décembre 2019, Collège des Bernardins.

une « *valeur infinie* » et les biens « *une valeur vénale, appréciable et quantifiable en argent* ». ¹¹⁴

Or, les éléments et produits du corps humain semblent faire l'objet d'une forme de valorisation indirecte par le biais des mécanismes assurantiels ou de responsabilité civile ¹¹⁵. En effet, l'indemnisation du préjudice corporel et plus encore du préjudice esthétique semble accréditer la thèse d'un « corps monnayable » en ce sens, qu'une somme serait versée pour compenser la perte d'un élément ou d'un produit du corps humain. Toutefois, une telle conception peut être facilement désactivée puisqu'en réalité, la responsabilité civile n'a pas pour fonction de réparer le dommage, qui est irréparable sauf à réparer le bras cassé, mais de compenser les conséquences de ce dommage, autrement dit le préjudice. Ainsi, la valeur vénale fixée n'est pas le prix du corps mais la somme des conséquences pécuniaires patrimoniales (frais d'hospitalisation, perte de revenus) et extrapatrimoniales (souffrance endurée) du dommage corporel. De même, s'il est fréquent que des professionnels de santé assurent leurs mains, les œnologues leur nez, que des mannequins assurent leurs jambes ou des chanteurs leurs cordes vocales, ce n'est pas pour conférer une valeur à cet élément de leur corps mais bien pour compenser non seulement le préjudice moral mais surtout la perte de revenus qui résulterait d'une atteinte portée à leur principal outil de travail.

En revanche, il faut observer une véritable valorisation directe de certains éléments et produits du corps humain. Certaines sont acceptées depuis toujours à l'image des cheveux naturels, commercialisés sur de nombreuses plateformes ¹¹⁶, mais d'autres sont davantage dissimulées. Si le Code de la sécurité sociale dément toute valorisation en précisant que le « tarif » fixé couvre (seulement) le prélèvement, le traitement et le conditionnement des produits et organes d'origine humaine ¹¹⁷, argument repris régulièrement ¹¹⁸, l'arrêté du 9 mars 2010, relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles, avoue que « *le tarif de cession des produits sanguins [...] comprend, en plus du produit lui-même [...] les frais de prise en charge* ». Le tarif du « sang humain total » est ainsi fixé à 121,67 euros le litre ¹¹⁹. De même, le « *prix de vente du*

¹¹⁴ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, Hypercours Dalloz 8^e édition, 2020, §7.

¹¹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 1^{ère} éd., 1955 p.386.

¹¹⁶ Il est possible d'acheter des extensions en cheveux naturels pour un prix moyen de 30 euros sur Amazon !

¹¹⁷ CSS., Art. L.164-1.

¹¹⁸ A. LE GOUVELLO, « La marchandisation du corps humain » in *Corps & Droit, Des cheveux du roi mérovingien à l'homo numericus* p.95 : « *Ce n'est pas l'élément qui issu du corps humain qui est rémunéré mais la prestation réalisée* ».

¹¹⁹ Arr. 9 mars 2010 relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles, Art. 2.

*lait humain [...] est fixé à 80 euros le litre pour le lait frais ou congelé et à 133 euros les 100g pour le lait lyophilisé ».*¹²⁰

Plus encore, si l'Assemblée nationale vote l'élargissement de la procréation médicalement assistée¹²¹, faute pour les parlementaires d'être tombés d'accord le 17 février dernier, beaucoup craignent une pénurie de gamètes. Pour y répondre, certains se disent favorables à une rémunération/ indemnisation des donneurs. Sans en juger l'opportunité, cela aboutirait à un véritable changement de paradigme car au-delà des simples rapports secondaires, le marché s'installerait désormais dans les rapports primaires.

B- La circulation des éléments et produits du corps humain

*« Nous sommes pris dans une contradiction quasi-insoluble : d'un côté, nous déduisons de la non-patrimonialité du corps que le donneur ne peut le commercialiser, de l'autre, les receveurs, ravis de cette manne, en tirent des bénéfices substantiels ».*¹²² Voilà qui résume en réalité les discordances constatées entre les garanties posées par les articles 16 et suivants du Code civil et la réalité d'une entrée du corps dans la sphère mercantile. Si dans les rapports primaires, ainsi entre le donneur et un tiers collecteur, les principes de non-patrimonialité, de gratuité, d'anonymat, de sécurité s'appliquent, l'élément ou le produit corporel prélevé obéit, dans les rapports secondaires, à d'autres lois : celles du marché.

Dans les rapports primaires, le Code de la santé publique rejoint les dispositions du Code civil et interdit aux donneurs¹²³ ou cobayes¹²⁴ de recevoir une rémunération en échange de la mise à disposition de leurs corps. De même, la loi française, entendons-nous bien, interdit à un individu de se vendre lui-même, par le biais d'un contrat de gestation pour autrui¹²⁵ ou par le biais d'un contrat portant sur la vente post-mortem d'une peau tatouée.¹²⁶ Les articles 16 et suivants étant d'ordre public, de telles conventions seraient nécessairement illicites¹²⁷ justifiant que le ministère public en sollicite la nullité.¹²⁸

¹²⁰ Arr. 18 mars 2009 relatif au prix de vente et au remboursement par l'assurance maladie du lait humain, Art. 1.

¹²¹ Article 1^{er} du projet de loi bioéthique adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale.

¹²² B. EDELMAN, « A qui appartient le corps humain ? » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 65.

¹²³ C. santé publ, Art L.1211-4.

¹²⁴ C. santé publ, Art L.1121-11.

¹²⁵ C.civ., Art 16-7.

¹²⁶ https://www.lemonde.fr/m-le-mag/article/2021/03/28/une-peau-a-150-000-euros-l-histoire-vraie-d-un-pacte-faustien-entre-un-artiste-et-son-cobaye_6074712_4500055.html

¹²⁷ C.civ., Art 1162 et Art 6.

¹²⁸ C.civ., Art 80 puisqu'il s'agirait en l'occurrence d'une nullité absolue du contrat.

En revanche, une fois que l'élément ou le produit du corps s'est inséré dans une mécanique de collecte, traitement et gestion, il n'est plus soumis aux lois impératives du Code civil mais aux lois de l'offre et de la demande, selon les besoins notamment des hôpitaux. C'est ainsi que le Code de la santé publique parle de « cession », « distribution », « importation » « exportation »¹²⁹, de tissus, cellules¹³⁰, lait maternel¹³¹ produits sanguins et dérivés¹³² ou plus généralement d'un élément ou produit du corps humain.¹³³ Et plus encore d'un point de vue communautaire, l'Union européenne, appréhendant le sang ou le plasma comme des « *matières premières pour la fabrication de médicaments* »¹³⁴ et soumettant les organes humains destinés à la transplantation à certaines normes de sécurité¹³⁵ dont le défaut pourrait ouvrir droit à réparation sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux¹³⁶.

Ceci amène B. Edelman à reprendre les mots de Jean Hauser : « *Peut-être faut-il alors changer de terrain et revenir au champ culturel du juriste : organiser ce qu'on ne peut empêcher, cesser de se battre sur des terrains où le combat est perdu d'avance et se transporter sur celui de l'application* »¹³⁷. Alors, le juriste n'a d'autre ambition que de rechercher l'équilibre le plus juste entre les intérêts du sujet, donneur ou cobaye, et ceux tant des scientifiques que des industriels qui risquent de s'enrichir sur son dos, au sens propre comme au sens figuré ! Comment trouver un tel équilibre ? En conférant à la personne, sujet de droit, un droit sur son corps, objet de droit, dont il s'agit désormais d'analyser la nature.

¹²⁹ C. santé publ., Art L.1532-4.

¹³⁰ C. santé publ., Art L.1243-2.

¹³¹ C. santé publ., Art D.2323-2.

¹³² C. santé publ., Art L.1221-9.

¹³³ C. santé publ., Art L.1211-1.

¹³⁴ Directive 89/381/ CEE du 14 juin 1989, Art 3.

¹³⁵ Directive 2010/ 45/ UE du 7 juillet 2010, Art 1.

¹³⁶ C.civ., Art 1245-11.

¹³⁷ J. HAUSER, « La vie est-elle hors du commerce ? » in *Les Petites affiches*, 5 décembre 2002, p.19.

Titre 2 : La recherche des droits de la personne sur son corps

Puisque le corps est aujourd'hui appréhendé comme un composé d'éléments et de produits, certains constituant un noyau « *humain invendable* » et d'autres « *des périphéries biologiques, vendables et anonymes* »¹³⁸, « *rien ne s'oppose plus à ce que « son hôte » en dispose librement* ». ¹³⁹ Le droit, écrit B. Edelman, prenant acte de ce que la biologie transforme le cours normal de l'homme naturel en réinventant les conditions de sa naissance et en repoussant les frontières de sa mort, a été conduit à construire une personne juridique moderne, différente de l'être universel reconnu par la Révolution française.

Dans cette conception, la personne juridique s'appréhenderait hors de son corps, sans en être totalement étrangère parce qu'elle y est irréductiblement liée. Affecté au fonctionnement naturel de la personne, le corps en suivrait le régime juridique conformément à l'adage *accessorium sequitur principale*. Dans cette perspective, celui-ci pourrait se concevoir au-delà de sa matérialité biologique et accueillir en son sein des éléments étrangers, vivants ou artificiels, dont l'affectation au service physiologique de la personne les soustrairait du commerce juridique¹⁴⁰. Séparé de la personne, l'élément corporel n'en demeurerait donc pas moins lié à cette dernière à défaut de désaffectation libre et éclairée, ce qui interroge le rapport qu'entretient la personne avec son corps. En est-elle un simple usager, un locataire, un propriétaire ? Ou n'est-elle rien de tout cela et le rapport qu'entretient la personne avec son corps devrait-il être analysé sous le prisme des droits fondamentaux ?

Ni la piste d'un droit de propriété (Chapitre 1), ni celle des droits fondamentaux (Chapitre 2) ne trouvent grâce aux yeux de B. Edelman qui, ne posant que des questions sans réponse, laisse ses lecteurs dans l'embarras.

Chapitre 1 : La piste insatisfaisante de la propriété

Suivant les travaux effectués par l'Office of Technology Assessment (OTA)¹⁴¹, disparu depuis 1995, B. Edelman s'imagine analyser la viabilité de deux thèses : la personne serait l'auteur de son corps (I) ou la personne serait le propriétaire de son corps (II).

¹³⁸ A. DAVID, *Structure de la personne humaine*, PUF, 1955.

¹³⁹ B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel*, Editions Hermann 2007 p.249.

¹⁴⁰ J-C. GALLOUX, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français », *Les cahiers de droit* 1989, Volume 30, N°4, 1011-1032.

¹⁴¹ US Congress, Office of Technology Assessment. *New Developments in Biotechnology: Ownership of human tissues and cells- Special Report*, OTA-BA-337, March 1987.

I- « De la création de soi »¹⁴².

Retrouvant son autre domaine de spécialité, B. Edelman confronte le corps à la propriété intellectuelle, d'abord en faisant de lui une invention (A) puis une œuvre d'art (B).

A- Le corps humain comme invention

« Imaginons que l'on puisse dire : je suis le résultat biologique de mon travail d'inventeur »¹⁴³. L'homme pourrait ainsi revendiquer un brevet sur son corps, lui accordant un droit exclusif d'exploitation pendant vingt années à compter du jour du dépôt de la demande aux services de l'institut national de la propriété industrielle. Un tel titre aurait, peut-être, octroyé à John Moore une action en contrefaçon à l'égard de ses médecins, qui avaient exploité son corps et plus précisément les cellules de sa rate, sans son autorisation.

C'est une hypothèse délicate bien qu'il ne soit pas impossible qu'un brevet porte sur « l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain »¹⁴⁴. A ce titre, la loi bioéthique du 6 août 2004 a été plus restrictive que la directive européenne 98/44 du 6 juillet 1998, dont elle assure la transposition. Cette dernière admet, en effet, la brevetabilité non du corps lui-même mais « d'un élément isolé du corps ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène »¹⁴⁵, même si sa structure est identique à celle d'un élément naturel.

Toutefois, encore faut-il que le corps réponde aux critères classiques de l'invention : c'est-à-dire qu'il soit nouveau, le fruit d'une activité inventive, autrement dit qu'il « ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique »¹⁴⁶ et susceptible d'application industrielle.¹⁴⁷ Ainsi, une invention ne doit pas être stochastique, elle doit pouvoir être expliquée et reproduite. Or, B. Edelman relève qu'à moins de remonter jusqu'à Adam et Eve, il apparaît particulièrement difficile de comparer les génomes de chaque individu sur Terre pour en déduire que le sien est différent de tous les autres et partant, nouveau. En outre, écrit-il, « il faudrait décrire le travail inventif que l'on a fait sur soi-même »¹⁴⁸, non pas les choix de vie effectués par chacun et qui auraient un impact sur son corps¹⁴⁹ mais les propriétés internes de notre corps biologique, nos

¹⁴² B. EDELMAN, « A qui appartient le corps humain ? » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 38.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ CPI., Art L.611-18 al 2.

¹⁴⁵ Directive 98/44/ CE du 6 juillet 1998, Art 5-2.

¹⁴⁶ CPI., Art L.611-14.

¹⁴⁷ CPI., Art L.611-10.

¹⁴⁸ B. EDELMAN, « A qui appartient le corps humain ? » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 39.

¹⁴⁹ Selon que chaque individu adopte un mode de vie sain.

qualités physiologiques internes, dont on ignore tout et que l'on est évidemment incapable de contrôler. « *Le plus grand des cancérologues ne commande pas à sa tumeur de régresser* » observe-t-il avant de conclure en définitive que « *nous ne sommes pas les inventeurs de nos cellules et tissus mais leurs simples « producteurs »* ».

B- Le corps humain comme création

Excluant la piste de l'invention, B. Edelman se demande si la personne n'est pas, en réalité, l'auteur de son corps en ce sens que notre génome ne serait rien d'autre qu'un logiciel dont nous serions le créateur. Chaque être humain aurait donc, dans cette perspective, un droit d'auteur sur son corps¹⁵⁰, lui conférant, sa vie durant, « *le droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire* »¹⁵¹. En réalité, il n'est pas possible de considérer le génome humain comme un logiciel. Ce dernier, constate B. Edelman, suppose un véritable maître, capable de contrôler son programme et de se distinguer du résultat du logiciel lui-même. Or, nous ne sommes rien d'autre que l'expression de nos gènes de sorte que nous ne disposons pas, sur notre corps, d'un droit d'auteur.

En revanche, il a été imaginé de décliner le droit moral de l'auteur et plus exactement son droit de destination¹⁵². Le professeur Galloux propose ainsi de transposer à chaque individu un droit de contrôle sur l'usage ultérieur des éléments et produits du corps humain afin de permettre à tous de jouir de la dignité conférée à chaque être humain¹⁵³. A l'instar de l'auteur, qui peut refuser une utilisation particulière de son œuvre afin d'assurer son respect et celui de sa personnalité exprimée à travers elle¹⁵⁴, le professeur Galloux, se fondant sur plusieurs textes internationaux¹⁵⁵, imagine que toute personne puisse s'opposer à une utilisation particulière des éléments et produits de son corps, sous couvert que cette opposition ne soit pas abusive¹⁵⁶. Or, les éléments et produits collectés peuvent ainsi poursuivre cinq finalités : médicale, scientifique, expertale¹⁵⁷, industrielle¹⁵⁸ ou encore de destruction¹⁵⁹. Alors, si le consentement préalable du patient à l'acte médical ou de recueil est exigé et largement protégé¹⁶⁰, ce même

¹⁵⁰ CPI., Art. L.112-2 reconnaît que les logiciels sont des œuvres de l'esprit.

¹⁵¹ CPI., Art L.123-1.

¹⁵² J-C. GALLOUX, « L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ? » *D* 1999, p.13.

¹⁵³ C.civ., Art 16.

¹⁵⁴ CPI., Art L.121-1 : « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre* ».

¹⁵⁵ Ex : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997, Art 22.

¹⁵⁶ Cass, civ 1., 14 mai 1991, 89-21.701, *RTD com. 1991. 592*, note A. Françon ; *D. 1992. 15*, note C. Colombet.

¹⁵⁷ Ex : C. santé publ., Art L.1211-1.

¹⁵⁸ Ex : C. santé. publ. Art L.1243-1.

¹⁵⁹ C. santé. publ., Art R.1335-2.

¹⁶⁰ Supra : Partie 1, Chapitre 1, §1 A).

consentement vaut-il pour toutes les utilisations identifiées ? La réponse négative s'impose pour le professeur Galloux qui milite ainsi pour l'abandon de l'actuel « *Qui ne dit mot consent* » aux utilisations diverses des éléments détachés de son corps, présumant une volonté d'abandon de la part des patients. A l'inverse, un véritable dialogue entre le patient et le médecin renforcerait la confiance qui doit prévaloir dans une telle relation de soin sans compromettre les intérêts scientifiques, le patient ayant souvent envie de se libérer définitivement du produit issu de l'exérèse. A défaut de respecter les volontés du patient sur le destin des éléments tangibles de son corps, l'affaire se réglerait sur le terrain de la responsabilité civile contractuelle.

C'est pourtant sur un autre terrain que s'était amorcée l'affaire Moore, dans laquelle le patient avait pourtant « *coché, sur le formulaire administratif remis par l'hôpital, la case relative à une demande d'information en cas de développement commercial à partir des éléments prélevés* »¹⁶¹. La Cour d'appel de Californie devait en effet s'interroger sur le point de savoir si Mr Moore avait un véritable droit de propriété sur ses cellules.

II- « De soi comme objet de propriété »¹⁶².

Si la thèse d'une propriété pleine et entière proposée par J. Moore ne convainc pas l'auteur de Ni chose, ni personne, (A), le lecteur peut être déçu de ce que des thèses plus nuancées ne soient pas envisagées (B).

A- Une plena in re potestas

La réflexion de B. Edelman prend sa source dans l'affaire Moore ayant donné lieu à l'écriture de son article mémorablement intitulé « l'Homme aux cellules d'or »¹⁶³. Les faits étaient les suivants : John Moore était un patient atteint de leucémie, pris en charge par les médecins du centre médical de l'université de Californie. Ces derniers, remarquant que les cellules de J. Moore surproduisaient de la lymphokine, sollicitèrent l'ablation de sa rate et en prélevèrent des cellules, puis mirent au point une lignée cellulaire qu'ils brevetèrent, le tout, à l'insu de leur patient. De surcroît, toujours sans en toucher le moindre mot à J. Moore, ils accordèrent à divers laboratoires des licences d'exploitation, l'ensemble du marché étant estimé à « *quelque trois billions de dollars* ». Mécontent de ne pas participer au profit de la mise en exploitation de son propre matériel biologique, J. Moore intenta une *action for conversion*¹⁶⁴

¹⁶¹ J-C. GALLOUX, « L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ? » *D* 1999, p.13.

¹⁶² B. EDELMAN, « A qui appartient le corps humain ? » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 46.

¹⁶³ B. EDELMAN « L'homme aux cellules d'or », *D* 1989 chr p.225.

¹⁶⁴ Action en responsabilité extracontractuelle contre celui qui se rend maître d'un bien qui ne lui appartient pas.

devant les juridictions californiennes, accusant les chirurgiens de s'être illégalement emparés de son dû. En d'autres termes, il revenait aux juges de trancher la question suivante : « *Mr Moore pouvait-il se plaindre qu'on lui ait « volé » ses cellules ?* »¹⁶⁵ Débouté par les juridictions de première instance, J. Moore interjeta appel devant la Cour d'appel de Californie qui, rendant une décision inattendue, suscita l'intérêt de B. Edelman.

Pour prouver que le docteur Golde s'était indument emparé des cellules de la rate de J. Moore, encore fallait-il démontrer que ce dernier en était le légitime propriétaire et donc que ces dernières étaient des « biens ». Avant de se prononcer, la Cour d'appel a pris le soin de rappeler qu'envisager cette réification ne saurait porter atteinte à la liberté de l'homme, puisqu'il existe une « *dramatic difference* » dit-elle, entre le fait d'avoir un droit de propriété sur une personne, interdit en France¹⁶⁶ depuis le décret Schoelcher de 1848¹⁶⁷, et d'avoir un droit de propriété sur son corps. Il est tout à fait possible de concilier ces deux approches en considérant simplement que les éléments et produits du corps sont des éléments détachables de la personne, pouvant être aliénés sans ronger la liberté de la personne elle-même : « *quelque chose de moi sans être moi* ». Et c'est justement cette qualification qui sera retenue par la Cour : c'est « *quelque chose sur quoi il bénéficiait du droit discrétionnaire d'usage, de contrôle et de disposition* ». Plus encore, reprenant l'argument des juges dans une affaire relative à la licéité d'une saisie, dans les vases d'aisance d'un hôpital, de capsules contenant de la drogue¹⁶⁸, la Cour d'appel de Californie en déduit qu'on « *ne peut pas dire qu'une personne n'a pas un droit de propriété sur les matières qui firent un jour, partie de son corps* ».

Et bien si ! Peut-on le dire, pour B. Edelman qui, rejoignant sans réserve l'opinion dissidente émise par le juge Georges dans cette affaire, se montre méfiant quant aux conséquences qu'une telle analyse revêtirait en droit français. D'abord, identifie-t-il un certain contresens, car à supposer que J. Moore soit effectivement propriétaire de ses cellules, il ne serait propriétaire que de la matière première, qui, transformée par le travail de Mr Golde, pourrait devenir la

¹⁶⁵ B. EDELMAN, « A qui appartient le corps humain ? » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 54.

¹⁶⁶ C. pén., Art 224-1 A.

¹⁶⁷ Décret d'abolition de l'esclavage du 27 avril 1848.

¹⁶⁸ Cour d'appel de Maryland, *Charles Venner v. State of Maryland*, 26 mars 1976. *Dans cette affaire, la question était de savoir si la police pouvait, sans mandat, saisir les excréments du suspect dans lesquels étaient enrobées des capsules contenant des substances illicites. Si les excréments étaient appréhendés comme appartenant à la personne, la saisie ne pouvait sans faire sans mandat tandis que s'ils étaient considérés comme des res derelictae, la saisie aurait été licite. Les juges ont tranché en faveur de la première solution.*

propriété de ce dernier. En effet, conformément aux règles de l'accession par spécification¹⁶⁹, il faudrait, dit-il, considérer le professionnel propriétaire de la lignée cellulaire, à charge pour lui, toutefois, de rembourser le prix de la matière, estimée à la date du remboursement. L'auteur semble pourtant oublier que *fraus omnia corrumpit*¹⁷⁰.

Ensuite, signale-t-il les dérives d'une telle portée : « Admettons¹⁷¹ qu'on soit en présence d'un objet de propriété ; il faudrait alors en tirer toutes les conséquences et appliquer aux cellules et tissus les règles concernant les modes d'acquisition de la propriété : prescription, vente, legs... ». L'argument tiré de l'application automatique d'un régime prédéterminé ne convainc pas le professeur Alland, qui s'excusant auprès de notre protagoniste de ses quelques remarques sur son ouvrage *Ni chose, ni personne*, remarque que « la prescription n'est absolument pas la conséquence automatique et universelle de la propriété, il suffit de considérer la propriété publique pour s'en convaincre : c'est une propriété et elle est à la fois inaliénable et imprescriptible¹⁷² »¹⁷³. Après tout, l'article 537 de notre Code civil prévoit que « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par les lois », présupposant que la règle générale reçoit des exceptions. Alors, la pensée d'un droit de propriété inaliénable et imprescriptible sur le corps vivant¹⁷⁴ de la personne résisterait aux principales objections.

Pourtant, elle n'a pas résisté à la Cour suprême de Californie¹⁷⁵, qui, nous fournissant l'épilogue de cette affaire, a fini par débouter J. Moore de ses prétentions en écartant toute idée d'un droit de propriété entre le sujet et son corps ou les éléments détachés de son corps. C'est pourtant une thèse qui avait fait son chemin en doctrine, certains auteurs n'hésitant pas à attribuer à la personne juridique sur son corps sinon toutes, du moins quelques-unes des prérogatives de propriété.

¹⁶⁹ C. civ., Art 571 : « Si cependant, la main d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'industrie serait alors réputée la partie principale et l'ouvrier aurait droit de retenir la chose travaillée, en remboursant au propriétaire le prix de la matière. »

¹⁷⁰ *La fraude corrompt tout*. N'oublions pas que le développement de cette lignée cellulaire s'est fait à l'insu de J. Moore !

¹⁷¹ Certaines juridictions l'ont en réalité déjà admis. Ex : TGI Créteil, 4 avr. 1995, *Petites affiches*, 24 déc. 1997, note C. Taglione : la remise des gamètes mâles au C.E.C.O.S est analysé comme un « contrat de dépôt ». Or, un tel contrat n'est régulier que s'il est fait par le propriétaire de la chose déposée (C.civ., Art 1922).

¹⁷² CGPPP., Art L.311-1 : « Les biens [...] qui relèvent du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles ».

¹⁷³ D. ALLAND « L'homme, le corps, la personne, la chose. Autour d'un livre de Bernard Edelman, *Ni chose, ni personne*. Le corps humain en question, Hermann 2009 » in *Droits 2010/2* n°52 p.121 à 152.

¹⁷⁴ Dans cette perspective, l'assiette de ce droit ne serait que le corps vivant de sorte qu'à la mort de l'individu, un tel droit s'éteindrait faute d'objet.

¹⁷⁵ Cour suprême de Californie, *Moore v. Regents of the University of California*, 9 juillet 1990.

B- Une propriété nuancée

C'est notamment la position bien connue du Professeur T. Revet qui s'interroge sur « l'appropriabilité » du corps humain¹⁷⁶. A ses yeux, il ne fait d'abord aucun doute que le corps humain est aujourd'hui appréhendé au-delà de sa simple fonction, dit-il, de « *signal concret de la personne juridique* », invitant les savants à discuter la nature des pouvoirs de « *soi sur soi* ». Ainsi, il remarque que la doctrine est allée emprunter le concept allemand de droit de la personnalité, droit viager et inaliénable pour contourner l'impossible distinction entre le sujet de droit et son corps. Or, qu'est-ce que le droit de la personnalité sinon une « *déclinaison particulière du droit de propriété* » ? A l'instar du droit de la personnalité, le droit de propriété est avant tout défensif et permet à la personne de jouir des utilités du corps (usus et fructus) et de l'engager dans un acte juridique (abusus). Pour Mr. Revet, le corps serait donc une chose appropriée, insaisissable : ce serait à ses yeux un bien extrapatrimonial. Toutefois, une telle position doit être remise dans son contexte intellectuel, le professeur Revet ayant développé la théorie dite moderne des droits réels dont la paternité est attribuée à Shalev Ginossar¹⁷⁷. Dans cette conception, le droit de propriété n'est pas un droit réel, elle n'est qu'une relation de principe entre une personne et une chose lui permettant d'accéder à toutes les utilités de cette chose.¹⁷⁸ Ceci amènera Edouard Umberto Gout à conclure : « *La réponse à la question : sommes-nous propriétaires de notre corps ? dépend notamment de la conception plus ou moins large que l'on se fait de la propriété* »¹⁷⁹.

Dès lors, la piste de la propriété ne rencontrant pas de consensus, certains auteurs ont émis de nouvelles hypothèses. « *Et si nous avons fait fausse route en posant comme postulat que le corps n'est qu'un objet de propriété ? Et si le droit de l'individu sur son corps n'était en fait qu'un simple droit d'usage ?* »¹⁸⁰. La proposition du professeur Xavier Labbée est simple : le corps humain serait une chose commune au sens de l'article 714 du Code civil dont la personne n'aurait qu'un droit d'usage puisqu'il appartiendrait à une entité supérieure : l'Humanité. Dans cette analyse, le corps humain est mis au service de la communauté, justifiant, estime-t-il, que

¹⁷⁶ T. REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? » *RTD civ*, 2017 p.587.

¹⁷⁷ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

¹⁷⁸ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006 p. 240.

¹⁷⁹ E. UMBERTO GOUT, « Sommes-nous propriétaires de notre corps ? », *RTD civ* 2020 p.315.

¹⁸⁰ X. LABBEE, « Le corps humain, ses organes et ses produits, source renouvelée de convoitise » in *Les nouveaux biens. Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes*, Dalloz, Actes du XIIe colloque organisé par le Master 2 Droit privé général et le Laboratoire de droit civil de l'Université Paris II Panthéon-Assas, 2018 p.63

les défunts soient présumés donateurs¹⁸¹, que les prélèvements d'organes constituent une priorité nationale¹⁸², et peut-être, pourrions-nous ajouter, que le traitement des corps morts relève de la puissance publique.

Dans un registre proche, B. Edelman s'était, en réalité, essayé à reprendre une piste étonnante, envisagée par l'OTA : « *les droits du patient sur les éléments et produits de son corps seraient pareils à ceux du propriétaire foncier qui n'a point tenté de capturer l'animal sauvage qui traversait ses terres* ». Il poursuit : « *Si les tissus ont été prélevés sans le consentement du patient, le possesseur de mauvaise foi serait dans la même situation que le chasseur qui a capturé un animal sur le fonds d'autrui* »¹⁸³. Ainsi, les tissus prélevés seraient assimilables à des *res nullius*, dont le possesseur de bonne foi pourrait se rendre propriétaire par occupation. Cette conception, constate B. Edelman, renverse la perspective : « *On passe d'un rapport de propriété- mon corps est à moi et il m'obéit- à un rapport de dépossession- mon corps m'échappe et je dois le soumettre-* »¹⁸⁴. Toutefois, l'auteur admet que ce ne sont que des « *divagations, des spéculations* » de sorte que, arrivé au terme de cette recherche, la piste d'un droit de propriété, plein ou nuancé, n'a pas emporté sa conviction. Faute d'analyser le rapport de soi à soi sous le prisme de la propriété¹⁸⁵, peut-être est-il heureux de s'aventurer du côté des droits fondamentaux et d'appréhender le corps sous le prisme de la liberté.

Chapitre 2 : La piste glissante de la liberté

C'est une piste qui peut s'avérer dangereuse pour B. Edelman et d'autres¹⁸⁶ qui, constatant l'interprétation évolutive par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) du droit fondamental à la vie privée, redoutent l'invocation des droits de l'homme. En effet, avec la reconnaissance à la personne d'un droit fondamental à la libre disposition de soi (I) et la perversion croissante du sens initial du principe fondamental de dignité humaine¹⁸⁷ (II), les obstacles à la marchandisation du corps semblent en passe d'être levés¹⁸⁸.

¹⁸¹ C. santé publ., Art L.1232-1 et suivants.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ B. EDELMAN, « A qui appartient le corps humain ? » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 50.

¹⁸⁴ B. EDELMAN, *Ibid.*, p.51.

¹⁸⁵ Ce qui ne serait pas le cas du rapport des institutions universitaires publiques sur leurs collections biologiques. Voir F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, « La propriété : question pertinente, réponse partielle » in *Les biobanques 2009* p.83 à 88.

¹⁸⁶ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle », *D. 2008* p.31.

¹⁸⁷ Cons. Constit, Décision n°94/343 DC du 27 juillet 1994 § 2.

¹⁸⁸ B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D. 2011* p.897 § 22.

I- L'incontrôlabilité des droits de l'homme

Appréhendé d'abord sous l'angle de la protection de l'intégrité corporelle (A), le droit à la vie privée, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH), a dévoilé depuis son autre facette : un pouvoir de libre disposition de soi (B).

A- La dimension défensive de la vie privée : la protection de l'intégrité corporelle

Armée par le droit pénal, l'intégrité corporelle se trouve pareillement préservée par le Conseil de l'Europe. Elle se trouve assurée à la fois sur le fondement de l'article 3, qui pose une interdiction absolue¹⁸⁹ d'user de la torture ou de traitements inhumains et dégradants, et sur le fondement de l'article 8 qui recouvre la protection de l'intégrité physique et morale de la personne¹⁹⁰.

Ainsi, si les faits rapportés lui semblent répondre à l'exigence de gravité¹⁹¹ requise pour recevoir la qualification de traitements tortionnaires, inhumains ou dégradants, alors la défense du corps humain contre les atteintes portées par autrui sera fondée sur l'article 3 de la Conv. EDH. Ce sera le cas de l'administration forcée d'un émétique à une personne interpellée afin de lui faire régurgiter le contenu d'un sachet absorbé au moment de son interpellation.¹⁹² A l'inverse, si les faits ne sont pas suffisamment graves ou ne revêtent pas les caractères humiliants ou avilissants, nécessaires pour déclencher l'application matérielle de l'article 3 de la Conv. EDH, alors, la Cour pourra, conformément à la requête qui lui est soumise, constater une violation de l'article 8 de la Conv. EDH. Ainsi, un examen gynécologique pratiqué sans le consentement de l'intéressé constituera une atteinte disproportionnée au droit de la requérante à son intégrité corporelle¹⁹³, tout comme la décision des médecins d'administrer à un enfant gravement handicapé de la diamorphine, malgré le refus de sa mère¹⁹⁴.

Le consentement est ainsi placé au centre de la protection de l'intégrité physique par la Conv. EDH, la rapprochant ainsi de la position adoptée en droit français. Le volet défensif du droit à l'intégrité corporelle de l'article 8 renforce ainsi le principe d'inviolabilité du corps humain consacré par l'article 16-1 du Code civil. Jamais cité expressément dans les textes ou la

¹⁸⁹ CEDH, n°5856/72, Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978 § 30 par exemple.

¹⁹⁰ CEDH, n° 9878/80, Affaire X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985 §22.

¹⁹¹ CEDH, n° 5310/71, Affaire Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978 §162.

¹⁹² CEDH, n°54810/00, Affaire Jalloh c. Allemagne, 11 juillet 2006.

¹⁹³ CEDH, n°52515/99, Affaire Juhke c. Turquie, 13 mai 2008 ; CEDH, n° 24209/94, Affaire Y.F c. Turquie, 22 juil. 2003.

¹⁹⁴ CEDH, n°61827/00, Affaire Glass c. Royaume-Uni, 9 mars 2004.

jurisprudence, le corps humain n'en demeure pas moins protégé par le Conseil de l'Europe qui semble toutefois, à rebours de l'objectivisation du corps constatée jusqu'à présent, assurer le respect de l'intégrité physique en tant que support matériel de la personne. Le corps n'est appréhendé qu'en tant qu'il est indissociable de la personne, l'article 8 de la Convention EDH protégeant le droit au respect de la vie privée de la personne et la Cour EDH refusant de qualifier de traitements inhumains et dégradants des mutilations commises sur un cadavre, la Cour ne le reconnaissant pas, malgré la cruauté des actes commis, comme « un être humain »¹⁹⁵.

En revanche, à côté de cette dimension négative du corps humain, envisagé comme le substratum de la personne et protégé comme tel par le Conseil de l'Europe, s'est révélée une dimension positive, plus offensive et a fortiori plus objective, capable de conférer à la personne, un véritable pouvoir de libre disposition sur son corps.

B- La dimension offensive de la vie privée : l'autonomie personnelle.

C'est d'abord implicitement, que s'est opérée cette dynamique, la Cour EDH considérant, dans un arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, que « *la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* »¹⁹⁶. Elle correspond, dit-elle, à la « *faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend et implique le droit d'opérer des choix concernant son corps, [...] quitte à s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable* »¹⁹⁷, si cela participe de son épanouissement personnel.

Elle s'est poursuivie au gré de deux contentieux importants : celui du transsexualisme et celui des pratiques sadomasochistes. A ce titre, la Cour EDH a pu condamner la Turquie sur le fondement de l'article 8 considérant non nécessaire le rejet, par les autorités publiques, de la demande du requérant tendant à solliciter une opération chirurgicale de changement de sexe¹⁹⁸. Plus médiatique était l'affaire *KA et AD c. Belgique*, jugée par la Cour le 17 février 2005 et largement commentée¹⁹⁹. En l'espèce, un magistrat et un médecin s'adonnaient avec d'autres personnes à des pratiques sadomasochistes sur l'épouse du premier qu'ils avaient pris le soin de filmer. Au cours d'une enquête judiciaire réalisée contre le club sadomasochiste qu'ils avaient l'habitude de fréquenter, la police belge saisit les enregistrements susmentionnés

¹⁹⁵ CEDH, n°56760/00, *Affaire Akpınar et Altun c. Turquie*, 27 février 2007.

¹⁹⁶ CEDH, n°2346/02, *Affaire Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002 : non violation de l'article 2 de la Conv EDH.

¹⁹⁷ CEDH, n°42758/98 et 45558/99, *Affaire KA et AD c. Belgique*, 17 février 2005 § 83.

¹⁹⁸ CEDH, n°14793/08, *Y.Y c. Turquie*, 10 mars 2015.

¹⁹⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D. 2005* p.2973.

dévoilant les pratiques particulièrement violentes auxquelles ils avaient pu se livrer. Renvoyés devant la Cour d'Anvers, cette dernière les reconnaît coupables de coups et blessures volontaires ainsi que d'incitation à la débauche et de prostitution, s'agissant du magistrat qui avait offert sa femme comme objet de fantasme. Saisie d'un recours, la Cour EDH reconnaît la condamnation pénale justifiée, mais seulement en ce que la volonté de la femme, qui avait crié à plusieurs reprises « pitié »²⁰⁰, n'avait pas été respectée. Autrement dit, si les violences avaient été pleinement consenties, l'ingérence étatique aurait constitué une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée, « *le droit pénal ne pouvant pas, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties, qui relèvent du libre arbitre des individus* »²⁰¹, de leur autonomie personnelle.

Opérant un véritablement revirement de jurisprudence²⁰², la Cour EDH légitime des pratiques qui seraient probablement tombées sous le coup des articles 3 et 4 de la Conv. EDH, dès lors qu'elles participent de l'affirmation d'une liberté sexuelle, d'un épanouissement personnel. Dans ce cadre, qu'est-ce qui viendrait justifier le principe d'indisponibilité du corps, principe sous-jacent de celui non-patrimonialité affirmé par le droit français ? Si l'homme peut disposer librement de son corps, alors « *en théorie tout devient possible. Vente d'organe, vente de cellules, gestation pour autrui...* »²⁰³ Conscient de son risque d'outrance, B. Edelman s'assume pessimiste. Au fond, dit-il « *Cette hégémonie portée aux droits de l'homme est une façon pour lui de s'auto-détruire* »²⁰⁴. La liberté ainsi concédée « *est une liberté pour la mort* »²⁰⁵. Alors, conclut Mr Dijon : « *Peut-être faut-il faire échapper au jeu des droits subjectifs la condition charnelle du sujet lui-même, car ce sujet sachant trop bien où est son droit, risquerait de ne plus savoir où est son corps* »²⁰⁶. Il reviendrait donc au droit, conformément à sa fonction régulatrice, d'assurer le respect du corps par la voie de la dignité, quoique ce concept connaisse lui aussi une nouvelle interprétation.

²⁰⁰ Il avait été convenu entre les intéressés qu'à partir du moment où elle prononcerait ce mot, ils stopperaient leurs pratiques.

²⁰¹ CEDH, n°42758/98 et 45558/99, Affaire KA et AD c. Belgique, 17 février 2005 § 84.

²⁰² CEDH, n°21627/93 ; 21628/93 ; 21974/93, Laksey et autres c. Royaume-Uni, 19 février 1997, §43 : « *L'un des rôles incontestablement dévolu à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien* ».

²⁰³ B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D. 2011* p.897 § 22.

²⁰⁴ B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel*, Editions Hermann 2007, p.206 et suivantes.

²⁰⁵ B. EDELMAN, « L'arrêt « Perruche » : une liberté pour la mort ? », *D. 2002* p.2349.

²⁰⁶ X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, n° 13, 1982, cité par C. LABRUSSE-RIOU, « Servitudes, servitudes, Portes ouvertes et fermées sur un statut du corps humain aux mains de la science » in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgeois, 1989 p.322.

II- La réversibilité de la dignité humaine

Si ce principe fondamental a été initialement conçu comme un instrument juridique capable de réguler les désirs éprouvés sur le corps (A), il est aujourd'hui invoqué pour étendre les pouvoirs de soi sur soi (B).

A- La conception traditionnelle de la dignité : une conception objective

Déjà présente dans de nombreux textes nationaux²⁰⁷, internationaux²⁰⁸, le concept de dignité de la personne humaine s'est trouvé consacré au gré de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 27 juillet 1994²⁰⁹. A l'occasion de l'examen de la constitutionnalité des lois bioéthiques et se fondant sur le préambule de la Constitution de 1946²¹⁰, les sages de la rue Montpensier ont érigé en principe à valeur constitutionnelle, la dignité de la personne humaine « *contre toute forme d'asservissement et de dégradation* ». Inscrite depuis les lois bioéthiques de 1994 à l'article 16 du Code civil, en tant qu'elle s'applique à la personne, et depuis 2008, en tant qu'elle s'applique aux restes humains²¹¹, elle se définit, selon B. Edelman, non pas comme un principe métajuridique²¹², mais comme la qualité d'appartenance à ce qui réunit les hommes : le genre humain²¹³. Dans cette perspective, chaque individu jouit de la même dignité, autrement dit d'une même valeur, intrinsèque à leur qualité de personne humaine. Porter atteinte à la dignité, c'est alors, conférer une valeur ou un intérêt moindre, c'est exclure l'individu de la « *famille humaine* »²¹⁴. C'est donc en toute logique que ce concept a été mobilisé par le Conseil constitutionnel pour dégager l'objectif à valeur constitutionnelle d'assurer à tous un logement décent²¹⁵, sans que la critique tirée de la subsidiarité de la dignité humaine ne soit pertinente aux yeux de B. Edelman. Même si le Conseil constitutionnel pouvait se fonder sur d'autres principes, la portée n'est pas la même, relève-t-il : « *si l'on vise la dignité, on dit qu'un homme, à la rue, est exclu de l'humanité, si l'on vise les conditions d'existence, on parle d'une sorte de*

²⁰⁷ Décret Schoelcher du 27 avril 1848 : « *Considérant que l'esclave est un attentat contre la dignité humaine* ».

²⁰⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966, Préambule.

²⁰⁹ Cons. Constit, Décision n°94/343 DC du 27 juillet 1994 § 2.

²¹⁰ Constitution française du 27 oct. 1946, Préambule : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ».

²¹¹ C. civ, Art 16-1-1 (Loi n°2008-1350 du 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire).

²¹² M. FABRE-MAGNAN, « Le statut juridique du principe de dignité » in *Droits 2013/2*, n°58 p.167 à 196.

²¹³ B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D. 1997*, chr p. 26.

²¹⁴ Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 déc. 1948, Préambule : « *Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ».

²¹⁵ Cons. Constit., Décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995, § 7.

devoir de l'état »²¹⁶. L'appréhension de la dignité est ainsi objective : c'est un principe indisponible, soustrait de la volonté de l'individu.

« *Tout se passe comme si*, écrit B. Edelman, *ce concept prenait le relais des droits de l'homme, impuissants à défendre l'individu contre les dangers contemporains qui le menacent* »²¹⁷. Selon lui, elle constituerait ainsi un rempart contre « *les errements de la science* »²¹⁸ et les excès du marché. Pour se prémunir contre de tels abus, le Conseil constitutionnel admet en effet que les principes d'inviolabilité et de non-patrimonialité du corps²¹⁹ participent du respect de la dignité de la personne humaine, au même titre que le respect de l'intégrité de l'espèce humaine. L'article 16-4 du Code civil interdit à ce titre les pratiques eugéniques, les thérapies géniques germinales ainsi que le clonage, en ce qu'ils remettraient en cause l'égalité naturelle entre tous les hommes (puisque l'homme serait perfectible) et l'individualité de chaque personne (puisque l'homme serait reproductible). En outre, c'est encore le principe de dignité qui vient constituer le fondement du droit à l'information du malade²²⁰ et a fortiori de la réparation de son préjudice d'impréparation²²¹.

Pour contrer l'exploitation commerciale du corps humain, c'est encore ce dogme qui est mobilisé pour confirmer la mesure de police administrative spéciale tendant à interdire un spectacle de lancer de nains²²² ou pour rendre abusif l'usage de la liberté publicitaire²²³. Dans cette dernière affaire, la Cour d'appel de Paris avait en effet considéré que la publicité de la marque Benetton, représentant des membres tatoués du signe « HIV-positive », portait atteinte à la dignité des personnes malades du SIDA, en ce qu'elle accentuait leur exclusion de la société. De même, la Cour d'appel de Versailles a-t-elle confirmé la décision des juges du fond d'avoir reconnu que la commercialisation d'une peluche simiesque et désignée sous le nom de « Nazo le Skizo » portait atteinte à la dignité des personnes atteintes de schizophrénie et contrevenait à l'article 16 du Code civil²²⁴.

²¹⁶ B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, chr p. 26.

²¹⁷ B. EDELMAN, « Publicité et dignité humaine », *D.* 1996, p.617 §17.

²¹⁸ B. EDELMAN, « L'arrêt « Perruche » : une liberté pour la mort ? », *D.* 2002 p.2349.

²¹⁹ Cons. Constit., Décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995, §18.

²²⁰ Cass civ 1, 9 octobre 2001, n°00-14.564, *D.* 2001. 3470, note P. Sargos ; *RDSS* 2002. 255, note L. Dubouis, *CCC* 2002, n°22, note L. Leveneur.

²²¹ Cass, civ 1, 3 juin 2010, 09-13.591, *D.* 2010. 1484, obs. I. Gallmeister ; *RDSS* 2010. 898, note F. Arhab-Girardin ; *RTD civ.* 2010. 571, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2010. 788, note S. Porchy-Simon.

²²² CE, Ass, n°136727, 27 oct. 1995, Commune de Morsang sur Orge, *Lebon*, *D.* 1995. 257 ; *AJDA* 1995. 878, note J-H. Stahl. Voir aussi : CE, Ass, n°143578, Ville d'Aix-en-Provence, 27 oct. 1995.

²²³ CA de Paris, 95/12571, Sté Benetton Group Spa c. Association Aides fédération nationale, 28 mai 1996.

²²⁴ CA de Versailles, 03/09036 du 24 novembre 2004.

Vivement commentée par certains auteurs²²⁵, cette appréhension large de la notion de dignité de la personne humaine aurait pour effet de la diluer et de rendre la sanction de son atteinte plus faible. Pire encore, il semble qu'elle ait eu pour effet d'inverser son ambition. A une conception purement objective de la dignité s'est, en effet, ajoutée une conception subjective, capable, au contraire, de légitimer l'utilisation par son hôte des utilités de son corps.

B- La conception renouvelée de la dignité : une dignité subjective.

Ce changement de paradigme, Mme Fabre-Magnan l'observe²²⁶ tant devant les juridictions administratives que judiciaires. Ainsi, le Conseil d'Etat, a-t-il pu constater une atteinte à la dignité d'un groupe de personnes lorsqu'il a eu à décider de la légalité d'un arrêté du préfet de police tendant à interdire les rassemblements envisagés par l'association « Solidarité des français », qui ne distribuait que des aliments à base de porc²²⁷. Plus symptomatiquement encore, la Cour d'appel de Paris a considéré que la commercialisation d'un coffret comprenant un livre, dont la couverture représentait une poupée vaudou plantée d'aiguilles sous les traits de Nicolas Sarkozy, ainsi qu'une poupée en tissu et un sachet d'épingles, constituait une atteinte à la dignité de la personne de Mr Sarkozy. Elle incitait le lecteur, dit-elle, à adopter un comportement propre à « *sous-tendre l'idée d'un mal physique, serait-il symbolique* »²²⁸. En outre, la première chambre civile de la Cour de cassation a pu reprocher aux juges du fond de ne pas avoir retenu que la publication de photographies montrant Mr Belmondo couché sur un brancard caractérisait une atteinte à la dignité de ce dernier²²⁹. Cette jurisprudence témoigne d'une subjectivisation croissante de la dignité : la dignité n'est plus synonyme d'appartenance à l'humanité, elle se rapproche parfois, de l'honneur, de l'intimité, de la décence voire encore de l'autonomie.

C'est ainsi que le principe de dignité est aujourd'hui mobilisé dans le débat relatif à la fin de vie. A cet égard, il est proposé d'insérer dans le Code de la santé publique un article L.1110-5-4 dont l'alinéa 2 disposerait que « *Toute personne majeure et capable [...] qui se trouve dans une situation d'affection accidentelle ou pathologique [...] la plaçant dans un état de forte dépendance qu'elle estime incompatible avec sa dignité, peut demander à bénéficier d'une aide*

²²⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Le statut juridique du principe de dignité » in *Droits* 2013/2, n°58 p.167 à 196.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ CE, référés, n°300311 du 5 janvier 2007, *Lebon* 2007 ; *AJDA* 2007. 601, B. Pauvert ; *D.*2007.307.

²²⁸ CA Paris, n° 08/20155, 28 novembre 2008, *RTD civ.* 2009. 93, note J. Hauser ; *D.* 2009. 610, note B. Edelman.

²²⁹ Cass, civ 1, 16 mai 2006, n°04-10.359, *RTD civ.* 2006. 535, note J. Hauser ; *D.* 2006. 1565.

active à mourir »²³⁰. C'est une conception que l'on retrouvait déjà sous la plume du CCNE, dans un avis de 2000, s'interrogeant sur l'opportunité d'instituer un droit à mourir « *dans la dignité* », suivant les travaux de l'association éponyme²³¹. Il reviendrait ainsi à chacun d'entre nous de décider des frontières de notre dignité.

Alors, si une personne décidait librement de tirer profit de l'exploitation de son corps, en proposant des services sexuels, qu'est-ce qui pourrait l'en empêcher ? Une interprétation a contrario d'une décision récente semble soulever la question. Saisi d'une demande en annulation du décret du 12 décembre 2016, pénalisant le client d'achats d'actes sexuels sur le fondement de l'article 8 de la Conv. EDH, le Conseil d'Etat se livre à une analyse surprenante. S'il rejette in fine la demande en annulation au motif que statistiquement, la plupart des personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes de proxénétisme et de traite d'êtres humains, il reconnaît que « *dès lors qu'elle est contrainte, la prostitution est incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine* »²³². A contrario, faudrait-il en conclure que librement consentie²³³, l'exploitation sexuelle de son corps ne serait pas contraire à la dignité de la personne humaine ? C'est en tout cas ce qu'avait déjà reconnu, remarque B. Edelman, la Cour. EDH²³⁴. Dans cette affaire, la requérante estimait que les arriérés de cotisations réclamés par l'URSAFF l'obligeraient à reprendre ses activités de prostitution pour pouvoir les payer et qu'une telle conséquence emportait violation de l'article 3 de la Conv. EDH. Ne constatant aucune contrainte, la Cour ne reconnaît aucune violation dudit article 3 et conduit B. Edelman à en déduire que la dignité est désormais mesurée à l'aune de la destination du profit du bien que constituerait le corps : soit il revient à la prostituée et l'activité sera digne, soit il revient à un proxénète et l'activité sera indigne²³⁵.

Cela l'amène à conclure « *qu'il est incontestable que le corps est une marchandise* »²³⁶ et à rejoindre l'avis de Mme Fabre-Magnan selon lequel : « *Avec l'autonomie du consentement, on se sert du consentement pour mettre les faibles à disposition des forts, les pauvres au service*

²³⁰ Proposition de loi n°3775 enregistrée le 19 janvier 2021 visant à affirmer le libre choix de la fin de vie et à assurer un accès universel aux soins palliatifs en France.

²³¹ CCNE, avis n°63 *Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie*, 27 janvier 2000.

²³² CE, ch réunies, n°423893 du 7 juin 2019, *Lebon 2019*.

²³³ Même si la Cour EDH relève que certains auteurs la pensent nécessairement contrainte, ne serait-ce que par les conditions socio-économiques. Cf. CEDH, n°37194/02, *Affaire V.T c. France*, 11 sept.2007, § 26.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D 2011* p.897, §15.

²³⁶ *Ibid.*

des riches »²³⁷. Ce constat, particulièrement pessimiste à nos yeux, est néanmoins révélateur d'une question plus profonde chez B. Edelman : si le consentement est maître, comment le marché appréhende-t-il le corps quand il n'y a pas ou plus personne pour consentir ?

²³⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement » in *Droits* 2008/2 n°48 p. 3 à 58.

PARTIE 2 : L'EXPANSION CONTESTEE DU MARCHE DU CORPS HUMAIN

S'aventurant sur les pas de ce qu'il qualifie de « *néant juridique* », B. Edelman observe que la distinction aristotélicienne des personnes et des choses, reprise par le droit romain, souffre d'une réalité « *énigmatique* ». « *Si l'individu naît vivant et viable, il est, dit-il, investi de tous les droits de la personne et s'il meurt, il disparaît, non pas dans le non-droit mais dans l'ordre des choses* »²³⁸. Toutefois, au gré de sa rencontre avec « *des êtres-intermédiaires qui ne sont pas vraiment nés* »²³⁹ (Titre 1) et des « *objets nimbés d'une aura* »²⁴⁰ (Titre 2), B. Edelman s'interroge sur ces entités qui, exclues par le droit positif de la catégorie des personnes, n'en sont pas non plus, à ses yeux, des choses.

Titre 1 : La malléabilité de l'embryon dépourvu de statut juridique

Au sujet de l'embryon, B. Edelman écrit que « *l'homme possède deux vies et deux corps : une vie embryonnaire, humaine sans être humaine et une à soi quand il vient au monde dont le passage de l'une à l'autre serait une délivrance*²⁴¹ ». ²⁴² En réalité, il reconnaît l'existence d'une troisième vie : une vie purement biologique, animale et c'est par celle-ci qu'il faut commencer (Chapitre 1) avant d'envisager la vie embryonnaire ainsi décrite (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'embryon in vitro : « une chose vivante préhumaine ».

S'il affirme que la particularité de l'embryon a conduit à substituer à la traditionnelle *summa divisio* une distinction modernisée entre la personne et la non-personne²⁴³, une telle remarque ne trouve pas à s'appliquer à l'embryon in vitro, conçu en laboratoire. Nonobstant le 39^e anniversaire d'Amandine, premier bébé français conçu en laboratoire, l'embryon in vitro est appréhendé comme un matériau biologique humain : il est une chose (I) susceptible seulement de vivre une vie humaine (II).

²³⁸ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.70.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Le terme anglais *delivery* prendrait alors tout son sens.

²⁴² B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.78.

²⁴³ *Ibid.*, p.71.

I- Une réification affirmée

Commentant la décision du Conseil constitutionnel²⁴⁴, chassant l'embryon in vitro de la famille humaine, B. Edelman assume sa brutalité : « *contre la volonté du législateur, le Conseil constitutionnel a créé une sous-catégorie d'êtres humains ressuscitant ainsi une forme inédite d'esclavage* ». ²⁴⁵. Sans cautionner une telle affirmation, il est cependant possible d'observer une réification de l'embryon in vitro, capable de devenir objet de disposition (A) et d'expérimentation (B) lorsqu'il est exclu d'un projet parental.

A- Un objet de disposition

Conformément à l'article L.2141-3 du Code de la santé publique, un embryon in vitro est créé en laboratoire par la réunion des deux ou d'au moins un gamète du couple demandeur dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. Une telle assistance est accordée aux couples atteints d'infertilité pathologique ou désireux de ne pas transmettre à leur enfant une maladie particulièrement grave²⁴⁶. En réalité, afin d'optimiser les chances de nidification, ce sont plusieurs embryons qui sont ainsi conçus²⁴⁷, sélectionnés puis implantés, pour certains, dans l'utérus de la femme. Bien qu'ils soient susceptibles de faire l'objet d'un « contrôle qualité »²⁴⁸, les embryons conçus in vitro dans le cadre d'un projet parental sont relativement respectés et protégés car susceptibles d'entamer la seconde phase de leur vie embryonnaire : une vie humaine intra-utérine.

En revanche, ces embryons in vitro peuvent être exclus d'un projet parental, soit que le couple ne réponde plus aux conditions légales²⁴⁹, soit qu'il s'agisse d'embryons surnuméraires qui n'auront plus vocation à servir à leurs auteurs²⁵⁰. Dans de telles circonstances, la réification de l'embryon in vitro est palpable puisque ces derniers peuvent faire l'objet d'un don²⁵¹ à un autre couple ou à la recherche scientifique ou d'une destruction²⁵². Elle est confirmée par les juges

²⁴⁴ Cons. Constit, Décision n°94-343/ 344 DC du 27 juillet 1994.

²⁴⁵ B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D* 1995 p.205 §14.

²⁴⁶ C. santé. publ., Art L.2141-2.

²⁴⁷ En moyenne : 17 embryons pour réaliser une FIV / 162 pour obtenir un bébé-médicament.

²⁴⁸ C. santé. publ., Art L.2141-3 autorise les couples à solliciter à nouveau une fécondation in vitro si les embryons dont ils ont sollicité la conservation sont affectés « *d'un problème de qualité* ».

²⁴⁹ C. santé. publ., Art L.2141-2 : « *Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un membre du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, la cessation de la communauté de vie ainsi que la révocation par écrit de l'homme ou de la femme* ».

²⁵⁰ C. santé. publ. Art L.2141-4: « *Les deux membres du couple dont les embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental* ».

²⁵¹ C. santé. publ., Art L.2141-6 : aucun paiement ne peut être alloué au couple auteur de l'embryon.

²⁵² C. santé. publ., Art L.2141-4.

du fond qui, au sujet d'une demande en réparation du préjudice moral né de la destruction accidentelle de neuf embryons surnuméraires congelés, affirment que de tels embryons, en l'absence de projet parental, ne sont pas des personnes²⁵³ par cela même qu'ils ne sont pas des êtres-humains²⁵⁴. C'est une position conforme à l'ambition du Conseil constitutionnel, qui, se prononçant sur la constitutionnalité des dispositions propres à l'embryon, contenues dans les lois bioéthiques de 1994, conclut que « le législateur a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie²⁵⁵ ne leur était pas applicable »²⁵⁶.

Ce serait donc un *paria*, du matériau biologique, relégué en deçà de l'animal²⁵⁷ dont la perte ouvre droit à réparation du préjudice moral²⁵⁸ ou même encore en deçà d'un bien meuble, la tristesse liée à la perte de photographies ayant déjà été indemnisée par les juges du fond.²⁵⁹ Il n'en irait autrement que si les embryons, parce qu'ils font partie d'un projet de procréation²⁶⁰ ont vocation à être implantés dans l'utérus d'une femme. A défaut, sans n'être pourtant des biens au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Conv EDH²⁶¹, ils constituent un « réservoir de richesse insoupçonnée qu'il n'est pas question de laisser dépérir ».²⁶²

B- Un objet d'expérimentation

Ce sont les Britanniques qui, les premiers, en 1990, ont autorisé la recherche sur l'embryon, suivi de quelques autres pays européens (Belgique, Espagne, Suède).²⁶³ La France s'est montrée plus ferme en posant, en 1994, un principe d'interdiction de recherches sur l'embryon, assorti de dérogations strictes, puis plus souples à partir de 2004. Ce n'est qu'à partir de la loi du 6 août 2013 que le droit français a inversé le paradigme en insérant aux articles

²⁵³ TA d'Amiens, n°021251, Mr et Mme T c. Centre hospitalier universitaire d'Amiens, 9 mars 2004, *D. 2004*. 1051, note X. Labbé ; *D. 2005*. 536, obs. J-C Galloux et H. Gaumont-Prat ; *RTD civ. 2004*. 4482, obs. J Hauser.

²⁵⁴ CAA de Douai, n°04DA00376, 6 décembre 2005, *D 2006*.1025, obs. J-C Galloux ; *AJDA 2006*. 442, Le Goff ; *RTD civ. 2006*. 87, obs. J. Hauser.

²⁵⁵ C. civ., Art 16.

²⁵⁶ Voir toutefois : Cons. Constit, Décision n°2013-674 DC du 1^{er} août 2013 reconnaissant à l'embryon l'application du principe de dignité de la personne humaine.

²⁵⁷ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.75.

²⁵⁸ Cass, civ 1, 16 janvier 1962, Lunus, *S. 1962*. 281, note C-I Foulon-Piganiol ; *D 1962*, Jur p.200, note R. Rodière ; *JCP 1962*, II. 12557, note P.Esmein.

²⁵⁹ CA de Lyon, 27 janvier 2005.

²⁶⁰ Ce projet doit être maintenu par écrit par les deux membres du couple. A défaut, il est mis fin à la conservation des embryons au bout de 5 ans (C. santé publ., Art L.2141-4 III).

²⁶¹ CEDH, n°46470/11, Affaire Parillo c. Italie, 27 août 2015.

²⁶² B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.72.

²⁶³ J. TESTART, « La recherche sur les cellules souches embryonnaires », in P.MUZNY, *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz 2010, p.13.

L.2151-1 et suivants du Code de la santé publique un régime d'autorisation encadrée de la recherche sur l'embryon humain ou sur les cellules souches embryonnaires.

Il est désormais prévu que la recherche envisagée sur l'embryon in vitro, qui ne fait plus partie d'un projet parental, ou sur les cellules embryonnaires, doit faire l'objet d'un protocole de recherche, autorisé par l'Agence de la biomédecine. Celle-ci doit vérifier que la recherche envisagée est scientifiquement pertinente, respectueuse des principes éthiques, qu'elle s'inscrit dans une finalité médicale et qu'elle ne peut être menée sans recourir à l'embryon ou à ses cellules souches²⁶⁴. A ce titre, Mr. Testart s'était ému de ce que la recherche sur l'embryon ou sur les cellules embryonnaires ne soit pas assortie d'une pré-recherche sur l'animal ou sur des cellules ISP (*induced pluripotent stem cells*), capables de recouvrer, au gré d'une manipulation spécifique, les caractéristiques d'une cellule souche semblables à celles prélevées sur les embryons²⁶⁵. La réponse à apporter à ces questions est simple : pourquoi les centres de recherches dépenseraient-ils des frais supplémentaires pour étudier sur des matières moins fiables alors qu'ils ont, à leur disposition, des milliers d'embryons²⁶⁶ laissés à la science ? « *On s'avisa qu'on avait là, sous la main, un nouvel « animal de laboratoire »*²⁶⁷ résume B. Edelman.

Pourtant, la Cour administrative d'appel de Versailles²⁶⁸ n'a pas hésité à annuler une autorisation délivrée par l'Agence de biomédecine, faute pour la recherche de répondre au critère de la pertinence scientifique, eu égard à l'absence d'expériences préalables sur des embryons de souris, qui auraient pu servir de support alternatif. Si la décision est finalement annulée par les membres du Palais-Royal²⁶⁹ faute pour les juges du fond d'avoir apprécié distinctement les conditions posées par l'article L.2151-5 du Code de la santé publique, elle semble témoigner d'une certaine récalcitrance à dénier à « cet amas de cellules » une certaine considération. Après tout, rappelle B. Edelman, ces embryons in vitro « *présentent la particularité de n'être pas encore humain, tout en pouvant le devenir* »²⁷⁰. Ce sont, pour le Comité consultatif national d'éthique, des « *personnes humaines potentielles en devenir* »²⁷¹.

²⁶⁴ C. santé. Publ., Art L.2151-5 I.

²⁶⁵ J. TESTART, « La recherche sur les cellules souches embryonnaires », in P.MUZNY, *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz 2010, p.13.

²⁶⁶ *Rapport annuel de l'Agence de biomédecine 2019* : 101 524 tentatives de fécondation in vitro en 2019.

²⁶⁷ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.72.

²⁶⁸ CAA Versailles, n° 17VE02492, 12 mars 2019, *D* 2020. 735, Obs. J-C Galloux et H. Gaumont-Prat.

²⁶⁹ CE, 23 décembre 2020, n°430694, *Lebon* 2020 ; *AJDA* 2021. 717.

²⁷⁰ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.71.

²⁷¹ CCNE, avis n° 112 *Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro*, 21 octobre 2010.

II- Une réification tempérée

« Couvé » dans un projet parental, l'embryon in vitro est protégé compte tenu de sa destination : l'implantation utérine. A défaut de projet de procréation, sa réification s'accroît mais n'est pas absolue puisque tant sa conception (A) que son utilisation (B) sont contrôlées par la loi.

A- Une conception réglementée

Puisque la fécondation ex utero n'est possible que dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, portée par un projet parental, le législateur interdit la conception d'embryons à des fins purement industrielles, commerciales²⁷² ou de recherche²⁷³ « *afin de ne pas considérer ces embryons comme de simples moyens ou de purs objets* »²⁷⁴. De surcroît, conformément au respect de l'intégrité de l'espèce humaine, posé à l'article 16-4 du Code civil, le Code de la santé publique interdit la constitution d'embryons par clonage humain, quelle que soit la finalité recherchée : scientifique, commerciale, industrielle, ou même thérapeutique²⁷⁵.

En outre, le droit positif interdit formellement depuis 2011²⁷⁶, la constitution d'embryons chimériques ou transgéniques²⁷⁷, prohibition au cœur des échanges parlementaires relatifs au projet de révision des lois bioéthiques. En effet, tandis que l'Assemblée nationale se montre relativement libérale en autorisant la création d'embryons animaux auxquels s'ajouteront des cellules humaines²⁷⁸ et en supprimant l'interdiction de modifier le génome d'un embryon humain posée par le Sénat, ce dernier, plus conservateur est revenu, en seconde lecture du texte, sur ces deux points. L'article 17 du projet de loi réaffirme l'interdiction de concevoir des embryons transgéniques ou chimériques²⁷⁹, animaux²⁸⁰ ou humains²⁸¹. Une telle perspective aurait pour finalité, encore lointaine, d'aboutir à une production d'organes humains et donc de greffons susceptibles de compenser la pénurie actuelle²⁸². En revanche, elle aurait pour

²⁷² C. santé publ., Art L.2151-3.

²⁷³ C. santé. publ., Art L.2151-2.

²⁷⁴ CCNE, avis n°8, relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques, 15 décembre 1986.

²⁷⁵ C. santé. publ. Art L.2151-4.

²⁷⁶ Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, art 40.

²⁷⁷ C. santé. publ., Art L.2151-2 al 2.

²⁷⁸ Projet de loi relatif à la bioéthique de l'Assemblée nationale adopté en 2^e lecture le 31 juillet 2020, Art 17.

²⁷⁹ Projet de loi relatif à la bioéthique du Sénat adopté en 2^e lecture le 3 février 2021, Art 17.

²⁸⁰ Par l'adjonction dans un embryon animal de cellules humaines.

²⁸¹ Par l'adjonction dans un embryon humain de cellules animales.

²⁸² 5901 personnes greffées pour 26 116 personnes en attente. Réponse de l'Agence de biomédecine à la question suivante : Combien y a-t-il de donneurs en France ? sur dondorganes.fr

conséquence d'interroger les frontières de l'humain. A cet égard, Denis Lebrun estimait, dans son *Traité des successions* que « *Si la nature s'avisait d'assortir une tête animale à un corps humain, cette reproduction serait considérée comme monstrueuse mais si à un corps humain, la nature avait agencé des pieds de chèvres, pourvu que la tête fut de l'Homme, on estimait qu'il fut capable de succéder* »²⁸³, critère repris par B. Edelman au sujet de l'homme augmenté : « *Le cerveau sera tout l'homme et le reste n'est que contingence* »²⁸⁴.

Toutefois, il est parfois difficile de vérifier l'existence d'un tel projet parental, notamment lorsqu'il n'est pas certain que l'enfant soit désiré pour lui-même ou pour sauver son grand frère ou sa grande sœur. Cette pratique, régie par les dispositions propres au diagnostic préimplantatoire permet une double sélection des embryons : absence chez le sujet de la maladie génétique affectant le premier né du couple et immuno-compatibilité avec cet enfant pouvant permettre sa guérison au gré d'un prélèvement sanguin ou tissulaire. D'abord expérimentale²⁸⁵, la pratique du bébé-médicament a été pérennisée par la loi bioéthique du 7 juillet 2011²⁸⁶ et est aujourd'hui discutée par les deux chambres parlementaires, tout comme les délais de recherche sur l'embryon.

B- Une utilisation réglementée

Ces recherches, au même titre que la conception elle-même ne peuvent avoir une finalité commerciale ou industrielle²⁸⁷. Ceci fait obstacle à la brevetabilité d'une invention conçue à partir de l'utilisation d'un embryon humain²⁸⁸ ou encore à celle d'une invention conçue à partir de cellules souches embryonnaires humaines si leur prélèvement a requis la destruction de l'embryon²⁸⁹. Dans cette affaire, la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation du terme « embryon humain » employé à l'article 6§2 c)²⁹⁰ de la directive européenne du 6 juillet 1998²⁹¹, transposée dans le Code de la propriété intellectuelle par la loi du 6 août 2004, a opté pour une approche large de ce terme. A ses yeux,

²⁸³ D. LEBRUN, *Traité des successions*, « Livre I : De ceux à qui l'on succède et de ceux qui succèdent », M. Guignard et C. Robustel, 3^e édition, 1714.

²⁸⁴ B. EDELMAN, *Essai sur la vie assassinée. Petite histoire de l'immortalité*, Hermann, 2016 p.125.

²⁸⁵ Loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la bioéthique et décret n°2006-1661 du 22 décembre 2006 relatif au diagnostic prénatal et au diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro et modifiant le code de la santé publique.

²⁸⁶ C. santé. publ., Art L.2131-4-1.

²⁸⁷ C. santé. publ., Art L.2141-8 et L.2151-3. On peut s'interroger sur la pertinence de ce doublon.

²⁸⁸ CPI., Art L.611-18 alinéa 3 c).

²⁸⁹ CJUE, gr Ch, n°C34/10, 18 oct. 2011.

²⁹⁰ « *Ne sont pas brevetables : les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales* ».

²⁹¹ Directive 98/44/CE du 6 juil 1988 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

« tout ovule humain, dès le stade de la fécondation »²⁹² et quel que soit son stade de développement est un embryon humain, la Cour ne reprenant pas la distinction de certains pays européens entre l'embryon et le pré-embryon²⁹³.

Pourtant, le projet d'allongement par les chambres parlementaires de la durée de recherche autorisée de sept à quatorze jours²⁹⁴, rappelle justement pour le professeur Galloux²⁹⁵ le même seuil retenu pour le passage d'un pré-embryon vers un embryon, auquel il est tout à fait défavorable au même titre que le serait B. Edelman qui constate que l'embryon in vitro est dans « dans l'attente de s'humaniser », « sans qu'on sache précisément comment de l'humain peut naître du non-humain »²⁹⁶.

Chapitre 2 : L'embryon in utero : une « chose vivante humaine »

Si le CCNE assume que la nature exacte de l'embryon humain est une *énigme*²⁹⁷, il a, à plusieurs reprises, utilisé la qualification de « *personne humaine potentielle* » pour décrire cet être-vivant auquel la Déclaration des droits de l'enfant des Nations Unies préconise une protection juridique appropriée²⁹⁸. Puisqu'il n'est pas encore une personne, l'embryon reçoit ainsi une protection relativement faible du côté du droit pénal (I), partiellement compensée par une forte considération civile (II).

I- Une faible protection pénale

« On croyait que cet embryon-là était un « *autrui* » qui existait déjà comme être humain » et « auquel on devait tout le respect »²⁹⁹. Pourtant, c'est une mise hors-la-loi pénale de l'embryon in utero que constate l'auteur, « *l'embryon n'étant pas né, on ne pouvait lui ôter la vie* ». ³⁰⁰ Cela se manifeste de deux façons : l'assouplissement croissant depuis 1975 de l'interruption volontaire de grossesse (A) et l'exclusion de l'embryon de l'homicide involontaire (B).

²⁹² En 2011, la CJUE avait également qualifié d'embryon humain « *tout ovule humain non fécondé induit à se diviser par voie de parthénogénèse* » mais est revenue sur cette position par CJUE, n°C-364/13, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, 18 déc. 2014.

²⁹³ J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D 2020* p.735.

²⁹⁴ Projets de loi relatifs à la bioéthique du Sénat et de l'Assemblée nationale, Art 19.

²⁹⁵ J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D 2021* p.762.

²⁹⁶ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.74.

²⁹⁷ CCNE, avis n°67 sur l'avant-projet de révision des lois bioéthiques, 18 janvier 2001.

²⁹⁸ Déclaration des droits de l'enfant, 20 novembre 1959, Préambule.

²⁹⁹ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.76.

³⁰⁰ *Ibid*, p.77.

A- La libéralisation constante de l'interruption volontaire de grossesse.

Pratique médicale consistant à mettre volontairement un terme à une grossesse en procédant à l'expulsion prématurée de l'embryon ou du fœtus³⁰¹, l'interruption volontaire de grossesse (IVG) ou avortement est dépénalisée, à titre expérimental, par la loi Veil du 17 janvier 1975³⁰². La loi du 31 décembre 1979³⁰³ viendra pérenniser cet acte médical, considéré comme crime contre la sûreté de l'Etat sous le régime de Vichy³⁰⁴, et ne connaîtra depuis, rien d'autre que des assouplissements successifs, témoignant de l'ambition du législateur d'accroître le pouvoir de décision de la femme sur l'être prénatal qu'elle porte et « *qui n'existe encore que par sa mère, pour sa mère* »³⁰⁵.

Alors qu'elle n'était, en dehors de tout motif médical³⁰⁶, autorisée au départ que pour les femmes en situation de détresse souhaitant mettre un terme à leur grossesse avant l'arrivée de leur 10^e semaine, la loi du 4 juillet 2001³⁰⁷ a étendu le délai légal à 12 semaines et la loi du 4 août 2014³⁰⁸ a supprimé la condition de détresse requise. En outre, la loi du 26 janvier 2016³⁰⁹ a autorisé les sages-femmes à pratiquer une IVG par voie médicamenteuse, les chargeant ainsi de la même obligation d'information que celle incombant aux médecins. Celle-ci impose de faire état des méthodes abortives possibles³¹⁰, des risques et effets potentiels³¹¹ et recueillir le consentement écrit de la femme deux jours suivant l'entretien particulier, rendu obligatoire pour les femmes mineures³¹².

³⁰¹ « Interruption volontaire de grossesse », Fiches d'orientation *Dalloz*, septembre 2020.

³⁰² Loi n°75-17 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, 17 janvier 1975.

³⁰³ Loi n°79-1204 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, 31 décembre 1979.

³⁰⁴ <https://www2.assemblee-nationale.fr/14/evenements/2015/anniversaire-loi-veil/la-marche-vers-la-loi>

³⁰⁵ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.78.

³⁰⁶ C. santé publ., Art L.2213-1 : si la poursuite de la grossesse « *met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité pour que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ».

³⁰⁷ Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001, Article 2.

³⁰⁸ Loi n°2014-873 du 4 août 2014, Article 24.

³⁰⁹ Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016, Article 127.

³¹⁰ C. santé publ., Art. L.2212-1 al. 2.

³¹¹ C. santé publ., Art. L.2212-3.

³¹² C. santé publ., Art L.2214-4 al. 2.

Une nouvelle proposition de loi³¹³, différente du projet de loi bioéthique³¹⁴, est en cours de discussion et prévoit d'allonger le délai de douze à quatorze semaines³¹⁵, de permettre aux sages-femmes de pratiquer une IVG chirurgicale avant la 10^e semaine, de supprimer le délai de réflexion de deux jours évoqués à l'instant et de supprimer la clause de conscience inscrite à l'article L.2212-8 du Code de la santé publique. Cette dernière proposition viendrait s'inscrire dans la perspective d'accessibilité de l'IVG, adoptée par le législateur depuis 1982. En effet, si cette étape marque la prise en charge par la sécurité sociale des frais occasionnés par une IVG à laquelle un contribuable ne saurait s'opposer³¹⁶, elle a été renforcée par la création d'un délit d'entrave à l'avortement³¹⁷, étendu en 2017³¹⁸ aux sites web de désinformation.

Largement ouverte, l'interruption légale de grossesse n'en demeure pas moins encadrée sous peine de commettre le délit d'interruption illégale de grossesse³¹⁹, délit qui constitue la seule infraction pénale susceptible de sanctionner une atteinte portée à l'intégrité corporelle de l'enfant à naître hors du cadre légal prévu.

B- L'exclusion de l'enfant à naître de l'homicide involontaire.

Il est en effet de jurisprudence constante depuis la fin des années 1990, que l'enfant à naître, puisqu'il n'est pas né vivant et viable, n'est pas encore une personne de sorte qu'il ne peut être victime d'une des infractions réprimées par le Titre II du Livre II du Code pénal sanctionnant « les atteintes à la personne humaine ». Plus particulièrement le contentieux s'est cristallisé autour de l'application à l'être-prénatal de l'article 221-6 du Code pénal qui punit de trois à cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 à 75 000 euros d'amende l'homicide involontaire. « *Se réfugiant* »³²⁰ dans l'interprétation stricte de la loi pénale³²¹, selon l'interprétation qu'en fait B. Edelman, et du respect du principe de légalité des délits et des

³¹³ Proposition n°488 visant à renforcer le droit à l'avortement du 8 octobre 2020.

³¹⁴ Les parlementaires prévoient d'aménager l'interruption médicale de grossesse, en supprimant l'exigence d'une semaine de réflexion, en légalisant l'interruption partielle d'une grossesse multiple. Le débat demeure sur l'ajout de la détresse psychosociale au titre d'un péril causé à la santé de la mère.

³¹⁵ CCNE, Opinion sur l'allongement du délai légal d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines de grossesse, Réponse à la saisine du ministre des solidarités et de la santé, 8 décembre 2020.

³¹⁶ Cass, soc, 9 décembre 1993, n°90-12.333, *RDSS 1994*. 279, obs Y. Chauvy.

³¹⁷ C. santé. publ., Art L.2223-2.

³¹⁸ Loi n°2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'IVG, Art. unique.

³¹⁹ C. pén., Art 223-10 et suivants.

³²⁰ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.78

³²¹ Cass, crim, 30 juin 1999, n°97-82.351, *Bull. crim* n°174; *D 1999*. 710, note D. Vigneau ; *D 2000*. 27, obs. Y. Mayaud ; *RDSS 2000*. 88, obs. G. Mémeteau et M. Harichaux ; *Gaz Pal.* 1999. 2. 676, note Bonneau ; *Dr. Pénal 2000*, 3, obs. M. Véron.

peines³²², les juges français ont refusé de considérer l'embryon in utero victime d'un homicide involontaire, que sa mort accidentelle ait été commise par une faute médicale³²³ ou non³²⁴.

Particulièrement critiquée comme instaurant une inégalité entre les enfants nés, ne serait-ce que pour quelques secondes et les autres, cette jurisprudence inspire, en effet, aux yeux de B. Edelman, une hiérarchisation des embryons. D'un côté dit-il, il y aurait celui dont le cœur aurait battu et qui aurait respiré³²⁵ et qui, devenu une personne, recevrait toute la considération du droit³²⁶ et de l'autre celui qui n'aurait pas eu cette chance et qui laisserait l'auteur de ses lésions impuni. Ceci a pu laisser penser qu'il faille mieux pour ce dernier que l'enfant meure sur le coup.

Malgré les doléances, cette jurisprudence s'est maintenue, quoiqu'elle semble aujourd'hui être parasitée par l'admission croissante du préjudice moral de l'enfant à naître, y compris par le juge pénal. Dans une affaire récente du 10 novembre 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet admis que « *dès sa naissance, l'enfant peut demander réparation du préjudice résultant du décès accidentel de son père survenu alors qu'il était conçu* »³²⁷. Comment un être qui n'est pas une personne peut-il prétendre à une personnalité ? En admettant que l'absence de personnalité juridique de l'enfant à naître ne fasse pas obstacle à ce qu'il puisse, une fois né, demander réparation d'un préjudice intervenu alors qu'il était simplement conçu, les juges optent pour une interprétation extensive de l'adage *infans conceptus*³²⁸, concept qui marque la forte considération civile qu'il reçoit.

³²² Cass, AP, 29 juin 2001, n°99-85.973, *Bull. crim* n°165 ; *D.* 2001. 2907, note J. Pradel ; *D.* 2001. 2917, note Y. Mayaud ; *JCP G* 2001. II. 10569, concl. J. Sainte-Rose, M-L Rassat et P. Sargos.

³²³ Cass, crim, 25 juin 2002, n°00-81.359, *Bull. Crim* n°144 ; *D.* 2002. 3099, note J. Pradel ; *JCP G* 2002 II, 10155, note M-L Rassat. *En l'espèce, la sage-femme avait refusé d'appeler le médecin nonobstant le constat d'une anomalie du rythme cardiaque de l'enfant, lequel est mort d'anoxie quelques heures plus tard.*

³²⁴ CA de Pau, 5 février 2015 n°14/00480, *D. actu*, 27 fév. 2015, obs. J. Gallois ; *D.* 2015. 378, note A. Mirkovic ; *RSC* 2015. 83, note Y. Mayaud ; *Dr. fam.* 2015, n°4 p. 81, note A. Le Gouvello. *En l'espèce, une femme enceinte avait été fauchée par un véhicule dont le conducteur avait perdu le contrôle. Le choc a provoqué la mort de l'enfant in utero.*

³²⁵ Fut-ce un simple déploiement des poumons, J-C GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D* 2007 p. 1102 à propos de CA de Lyon, 30 nov. 2006.

³²⁶ Cass, crim, 2 décembre 2003, n°03-82.344, *D* 2004. 449, note J. Pradel ; *AJ Pénal* 2004. 118, note A. Pitoun ; *RSC* 2004. 348, obs. Y. Mayaud. *En l'espèce, l'enfant est décédé une heure après sa naissance des suites des lésions vitales irréversibles subies au moment du choc.*

³²⁷ Cass, crim, 10 novembre 2020, n°19-87.136, *D. actu*, 15 déc. 2020, obs. M. Recotillet ; *AJ fam.* 2020. 679, obs. L. Mary ; *AJ Pénal* 2021. 31, note Y. Mayaud ; *RTD civ.* 2021, p. 105, note A-M Leroyer.

³²⁸ *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* : l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y a avantage, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10 éditions, 2014.

II- Une forte considération civile

Si, « au regard du droit pénal, il doit être né, au regard du droit civil, il serait, dès sa conception, un être humain »³²⁹ relève B. Edelman, au sujet de l'enfant à naître. Il est vrai que si la naissance est en principe le point de départ de la personnalité juridique, le droit civil a fait exception à ce dogme pour des considérations purement patrimoniales d'abord (A) puis morales ensuite, signe d'une certaine émotion autour de l'embryon (B).

A- Une personnification fictive

En principe, pour passer du « statut de chose humaine au statut d'être humain » écrit B. Edelman, il faut « triompher de l'épreuve de la naissance, pousser le premier cri, aspirer la première goulée d'air »³³⁰ et, ajouterions-nous, être apte à vivre en dehors du corps de sa mère dont il n'a constitué jusque-là qu'une partie des entrailles³³¹. Ainsi sont mentionnés les trois critères d'attribution de la personnalité juridique tels que déduits de la lecture des articles 318, 725 et 906 al. 3 du Code civil : l'enfant doit être né, vivant et viable, c'est-à-dire avoir atteint un seuil de développement conforme aux recommandations de l'OMS³³².

Conséquemment, l'enfant qui n'est pas encore né ne peut pas être une personne aux yeux du droit, le privant donc de la faculté d'avoir un patrimoine puisque seules les personnes ont un patrimoine³³³. Toutefois, suivant l'adage *infans conceptus*, la personnalité juridique de l'enfant à naître peut être anticipée, pour lui permettre de recevoir une libéralité (C.civ., Art 906 al.1 et 2) ou de succéder (C. civ., Art 725 al. 1). Encore faudra-t-il cependant que l'enfant alors simplement conçu, naisse vivant et viable, ces événements futurs et incertains constituant donc des conditions, dont la nature a opposé les juristes³³⁴. Pour certains auteurs³³⁵, une naissance non vivante ou non viable constituait une condition résolutoire dont l'accomplissement entraînait la privation rétroactive des droits acquis dès sa conception. Pour d'autres, la naissance vivante et viable constituait une condition suspensive dont l'accomplissement entraînait l'attribution rétroactive de la personnalité juridique au jour de la conception.

³²⁹ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p.81.

³³⁰ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p79.

³³¹ *Infans pars viscerum matris*.

³³² La circulaire n°50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveau-nés décédés à l'état civil, préconise de reprendre les critères posés par l'OMS en 1977 : 22 semaines d'aménorrhée ou un poids du fœtus supérieur à 500g.

³³³ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, LGDJ 6ème édition, 2015 §27 reprenant les travaux d'Aubry et Rau.

³³⁴ C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », D 1996 p.29.

³³⁵ R. LALOU, *Etude de la maxime Infans conceptus pro nabetur en droit français*, thèse, Paris, 1904.

Eu égard à la faible considération pénale de l'embryon, c'est bien la seconde thèse qui semble avoir obtenu les faveurs du droit positif, nonobstant la suppression par l'ordonnance du 10 février 2016 de l'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive³³⁶. Si cette construction a été le fruit d'un raisonnement analogique au régime de l'obligation conditionnelle, rien ne fait obstacle à ce qu'elle suive désormais sa propre voie, incitant les juges à adopter une interprétation extensive de ce principe général du droit français³³⁷.

B- Une personnification accentuée

N'est-il pas dans l'intérêt de l'enfant d'être indemnisé du préjudice moral né de la perte d'un parent, entendu *latu sensu*, alors qu'il était encore dans le ventre de sa mère ? A cette question, après avoir d'abord répondu par la négative³³⁸, les juges ont fini par opter pour l'affirmative en admettant la réparation du préjudice moral né du décès du père³³⁹ ou du grand-père³⁴⁰ d'un enfant simplement conçu. L'argument initial tiré du défaut de lien de causalité entre le décès de la victime et le préjudice de l'enfant est ici neutralisé par l'application de la théorie de *l'infans conceptus* qui permet, au moment du décès du parent, de considérer comme né, et donc comme une personne, l'enfant simplement conçu. C'est une parade subtile pour certains auteurs qui relèvent que cette jurisprudence, bien que compatible avec l'exclusion de l'enfant à naître de l'homicide involontaire³⁴¹, élargit dangereusement le préjudice réparable puisque rien n'empêchera un enfant simplement conçu de demander réparation pour la perte d'un frère, d'une sœur, d'un oncle d'une tante ou encore d'un parrain ou marraine³⁴², puisqu'il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve que l'enfant aurait développé avec la victime des liens particuliers d'affection³⁴³. Pour d'autres auteurs, l'invocation de l'adage *infans conceptus* est erronée puisqu'il ne s'agit pas de réparer le préjudice d'affection subi par l'enfant simplement conçu mais un « *préjudice nouveau, abstrait, résultant de l'absence objective d'un proche, peu*

³³⁶ C. civ, Art. 1304-6.

³³⁷ Cass, civ 10 décembre 1985, n° 84-14.328, *Bull. civ.*, n°339.

³³⁸ Cass, civ 2, 4 novembre 2010, n° 09-68.903, *D. 2011*. Chron. C. cass. 632, obs. Adida-Canac et Grignon-Dumoulin ; *JCP 2011*, n°435, obs. Bloch.

³³⁹ Cass, civ 1, 14 décembre 2017, n° 16-26.687, *D. 2018*. 386, note Bacache ; *AJ fam. 2018*. 48, obs. Saulier; *RDSS 2018*. 178, obs. Tauran; *RTD civ. 2018*. 72, obs. Mazeaud; *ibid.* 92, obs. Leroyer; *ibid.* 126, obs. Jourdain; *Gaz. Pal. 2018*. 214, note Dupré; *JCP 2018*, n°204, note Binet.

³⁴⁰ Cass, civ 2, 11 février 2021, n° 19-23.525, *D. 2021*. 349; *AJ fam.2021*. 191, obs. Houssier ; *RTD civ. 2021*. 388, obs. Leroyer; *ibid.* 415, obs. Jourdain; *Dr. fam. 2021*, n°70, obs. Dupin.

³⁴¹ Y. MAYAUD, « L'adage *infans conceptus* confronté à la jurisprudence de la chambre criminelle », *AJ Pénal 2019* p. 31.

³⁴² J. HOUSIER, « L'indemnisation de la perte d'un proche de l'enfant à naître : nouvelle avancée ou nouveau danger ? », *AJ Famille 2021* p.191.

³⁴³ *Ibid.*

importe qu'on l'ait connu »³⁴⁴. Or, si tel était le cas, pourquoi refuser de réparer le préjudice moral d'un enfant né et conçu après le décès accidentel d'un proche ?³⁴⁵ Tant ce dernier que l'enfant déjà conçu souffrirait de l'absence de son parent. Plus encore, une telle approche ne pourrait-elle pas trouver à s'appliquer pour un enfant né d'une gestation pour autrui qui souffrirait de l'absence définitive d'un père ou d'une mère ? Il est donc plus rassurant de s'engager dans la première voie et de constater le rôle que joue la personnification fictive de l'enfant à naître dans le jeu de la responsabilité civile, qui n'est pas nécessairement surprenant eu égard à l'émotion qui entoure bien souvent l'enfant à naître.

En effet, encore logé dans le ventre de la mère, l'enfant à naître fait déjà bien souvent partie de la famille. Il est impatientement attendu, choyé, surveillé. Ses premières échographies ornent déjà l'album photo et ses parents lui organisent une « gender reveal party »³⁴⁶, si bien que son décès prématuré, alors qu'il n'est pas encore une personne ou sa naissance vivante mais non viable, ouvre malgré tout droit à une certaine considération. Cet enfant-là sera qualifié « d'enfant sans vie », peu important son stade de développement intra-utérin³⁴⁷, fera l'objet d'un acte d'état civil³⁴⁸, pourra se voir attribuer un prénom et verra son corps traité avec respect. Sauf à ce qu'il soit l'objet de prélèvements tissulaires à visée diagnostique ou scientifique qui devront être autorisés par la mère³⁴⁹, ses parents pourront lui organiser des funérailles en réclamant son corps dans un délai de dix jours³⁵⁰. A défaut, son inhumation ou crémation sera prise en charge par l'établissement hospitalier³⁵¹, au même titre que n'importe quel autre corps déposé dans la chambre mortuaire de l'hôpital, si tant est qu'il y en ait une.

Que le lecteur se rassure, selon B. Edelman, car si cet enfant-là n'a pas eu l'occasion de recevoir la même considération juridique que celle réservée à la personne humaine, il tirera sa sacralité de sa mort, « *comme une dénonciation posthume des outrages que la science et le marché font subir au corps vivant* »³⁵².

³⁴⁴ M. BACACHE, « Nouveau préjudice moral pour l'enfant conçu au jour du décès accidentel de son père », *D.2018* .386.

³⁴⁵ Cass, civ 2, 11 mars 2021, n° 19-17.384, *D.2021.574* ; *RTD civ. 2021*. 388, obs. Leroyer. Voir aussi : Cass, civ 2, 3 mars 2011, n° 10-16.284, *RTD civ. 2012*. 110, obs. Hauser; *Dr. fam.2011*, n°161, obs. Rouxel.

³⁴⁶ Fête prénatale à l'occasion de laquelle les parents découvrent le sexe de leur enfant.

³⁴⁷ Cass, civ 1, 6 février 2008, n° 06-16.498, *D. 2008*. AJ 483, obs. P. Guiomard ; *JCP 2008* II. 10045, note G. Loiseau ; *AJ. Fam. 2008*. 165, obs. Chénéde ; *Dr. Fam. 2008*, n°34, obs. Murat ; *RTD civ. 2008*. 268, obs. Hauser.

³⁴⁸ C. civ., Art 79-1 al. 2.

³⁴⁹ C. santé. publ., Art L.1241-5. Quoique l'on pourrait discuter de l'exclusivité réservée à la mère, l'enfant étant extrait de son corps.

³⁵⁰ C. santé. publ., Art R.1112-75.

³⁵¹ C. santé. publ. Art. R.1112-76 II 2°.

³⁵² B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 87.

Titre 2 : Le refus d'un marché de la mort

« *Qu'un embryon soit une chose, nous l'admettons au nom de la science et du progrès ; que les éléments et produits du corps soient mis à l'encan, nous le supportons avec fatalisme mais qu'au moins, on nous laisse reposer en paix dans notre « demeure éternelle » !* »³⁵³, s'écrit B. Edelman. Si l'émancipation de la liberté individuelle accroît les pouvoirs dont dispose la personne sur son corps ou sur le corps de l'enfant à naître qu'elle accueille en son sein, cette liberté ne saurait prospérer au-delà de la mort. Que devient alors le corps inhabité ? Devient-il, lui aussi, une source de richesses inattendues ? Qui peut le plus sur son corps peut-il le moins sur son cadavre ?³⁵⁴ Le droit français le refuse et parvient à une conciliation discutable aux yeux de B. Edelman entre le respect dû au corps (Chapitre 1) et l'intérêt de ce même corps pour la science, la culture voire le marché (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La sacralisation du corps mort

Qu'est-ce qu'un cadavre ? A cette question posée par Bernard Edelman³⁵⁵, Planiol répond que « *les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien* ». Cette affirmation trahit la réalité du droit positif qui organise, sous l'égide de la puissance publique (II), un traitement particulier de cette chose (I).

I- Le cadavre, une chose sacrée

B. Edelman observe que « *parce que la vie l'a déserté, le cadavre est une chose* » (A) mais « *pas n'importe quelle chose car son histoire ne fut pas celle d'une chose* » (B).

A- Une chose par désertion de la personne

Pour le doyen Carbonnier, la mort est « *l'anéantissement d'une personnalité* »³⁵⁶, en ce sens que la personnalité juridique, reconnue à tout être humain dès sa naissance et indisponible tout au long de sa vie³⁵⁷, a vocation à disparaître lorsqu'est rendu « le dernier souffle ». En réalité, la mort ne serait pas un état mais davantage un processus conformément au constat de Bichat : « *les cellules du corps humain vivent ensemble mais meurent séparément* ». Ainsi, parmi les différentes phases de ce processus, le droit, à l'occasion de la réglementation des

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ B. EDELMAN, « Entre le corps – objet profane- et le cadavre – objet sacré », *D 2010* p.2475 §7.

³⁵⁵ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 81.

³⁵⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 1^{ère} éd., 1955 p. 397.

³⁵⁷ La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854, Art 1.

prélèvements d'organes sur les personnes décédées, a retenu la mort encéphalique, dont le diagnostic est assujéti à la réunion de trois critères cliniques. Les articles R.1232-1 et 2 du Code de la santé publique exigent ainsi le constat de l'absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée, l'abolition des réflexes du tronc cérébral et l'absence de ventilation spontanée. En outre, doivent être observés deux encéphalogrammes nuls de 30 minutes, réalisés par deux médecins différents, à quatre heures d'intervalle ou doit être réalisé une angiographie attestant l'absence de la circulation encéphalique.

La mort étant ainsi constatée, elle doit être déclarée à l'état civil³⁵⁸ et entraîne déjà un certain nombre de conséquences juridiques : dissolution du mariage³⁵⁹, ouverture de la succession³⁶⁰, irrévocabilité du testament. Mais, « surtout, écrit Astrid Marais, *la mort marque le passage de l'être-vivant à l'état de cadavre : de personne, le corps devient chose* »³⁶¹. Par conséquent, n'étant plus une personne, le cadavre ne peut pas faire l'objet d'un homicide³⁶², ni de traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Conv. EDH³⁶³. Il devient un objet de dépôt³⁶⁴ et pourra même constituer en lui-même, le siège d'un trouble anormal de voisinage. En effet, dans une affaire singulière jugée par la Cour d'appel de Paris le 28 janvier 2009³⁶⁵, une femme avait agi en responsabilité civile contre la fille de sa voisine dont le corps en décomposition avait provoqué des « coulures de liquides et de matières » dans son appartement. S'appuyant sur des considérations successorales, les juges ont condamné la fille de la défunte à indemniser les préjudices de la requérante sur le fondement de l'article 724 du Code civil considérant que, saisie des biens de sa mère dès le décès de celle-ci, elle devenait responsable de l'appartement qui avait constitué le siège du trouble.

En optant pour ce raisonnement, les juges du fond ont échappé à la question soulevée par la requérante portant sur l'applicabilité au cadavre de la responsabilité du fait des choses³⁶⁶. La demanderesse considérait en effet que le corps de la défunte était devenu une chose dont sa fille avait la garde, de sorte qu'elle était responsable des dommages subis par cette « chose-là ».

³⁵⁸ C. civ., Art 78.

³⁵⁹ C. civ., Art 227 1°.

³⁶⁰ C. civ., Art 720.

³⁶¹ A. MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz 3^e édition 2018 n°60.

³⁶² C. pén., Art 221-1 : « *Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre* ».

³⁶³ CEDH, n°56760/00, Affaire Akpinar et Altun c. Turquie, 27 février 2007 : « *La qualité d'être humain s'éteint au décès [...] la prohibition des mauvais traitements ne s'applique plus à des cadavres* ».

³⁶⁴ Sur cette question voir : P.Y GAUTIER, « Triomphe du matérialisme : le cadavre humain est un « meuble » à conserver », *RTD civ* 1992, p.142.

³⁶⁵ CA Paris, 28 janv. 2009, n° 07/06322.

³⁶⁶ C. civ., Art 1242 al. 1^{er}.

C'est une piste intrigante pour Mr Jean Hauser qui remarque que, si les juges du fond ont toujours exclu le corps humain *vivant* de la responsabilité du fait des choses³⁶⁷, rien n'empêche de considérer le corps mort comme une chose susceptible de causer un dommage³⁶⁸. Voilà qu'une famille demande le rapatriement par avion du corps de leur proche décédé à l'étranger pour l'inhumer sur le territoire français et voilà que la soute s'ouvre en plein vol³⁶⁹, larguant le cercueil qui atterrira sur la toiture d'un pavillon et en provoquera la destruction partielle. Sauf à considérer que le corps humain est indissociable du cercueil dans lequel il est transporté, comme le skieur est indissociable de ses skis, instrument du dommage, le corps mort ne pourrait-il pas être considéré comme une chose susceptible de causer un dommage ? Mieux encore, quid du parachutiste en chute libre faute d'avoir correctement accroché sa voile³⁷⁰ ? Ce sont des hypothèses rocambolesques, nous en conviendrons volontiers, mais qui interrogent les contours de la chose au sens de la responsabilité civile, sauf à ce que la sacralité qui lui est conférée vienne mettre un terme à toutes ces spéculations.

B- Une sacralité en souvenir de la personne

S'il est des choses qui « *peuvent avoir vécu parce qu'elles sont parfois chargées du poids des ans, des siècles ou même des millénaires, le cadavre, lui a bel et bien été vivant* »³⁷¹, le mutant en une « chose particulière »³⁷² pour les uns ou en une « chose sacrée »³⁷³ pour les autres. Ainsi, le droit pénal sanctionne les atteintes diverses qui pourraient lui être portées d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende³⁷⁴. Sont punies des mêmes peines la violation ou la profanation des tombeaux et sépultures, comme si la loi veillait non pas à protéger l'objet que constitue le cadavre mais le souvenir de l'individu qu'il évoque, justifiant que ces articles soient placés au titre des atteintes portées « à la personne humaine ».

C'est justement sur ce fondement que s'étaient placés les juges civils pour sanctionner la conduite d'expériences scientifiques sur un cadavre, contraires à la déontologie médicale.³⁷⁵

³⁶⁷ Ex : Cass, civ 2, 8 juillet 1987, n°86-12.738, *Gaz Pal.* 1988. Somm.151, note F. Chabas ; CA Chambéry, 19 janvier 2017, n°16/00560.

³⁶⁸ J. HAUSER, « La mort en ce jardin ! », *RTD civ* 2009 p.501.

³⁶⁹ Un chien l'a fait ! <https://www.leparisien.fr/faits-divers/en-plein-vol-un-chien-ouvre-la-soute-a-bagages-25-07-2018-7832718.php>

³⁷⁰ A condition toutefois que ce dernier subisse un arrêt cardiaque en plein vol.

³⁷¹ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 82

³⁷² A. MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz 3^e édition 2018 n°60.

³⁷³ X. LABBEE, « Le corps humain, ses organes et ses produits, source renouvelée de convoitise » in *Les nouveaux biens. Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes*, Dalloz, Actes du XII^e colloque organisé par le Master 2 Droit privé général et le Laboratoire de droit civil de l'Université Paris II Panthéon-Assas, 2018.

³⁷⁴ C. pén. Art 225-17 al 2.

³⁷⁵ CE, Ass, 2 juillet 1993, Milhaud, 124960, *D.* 1994. 74, note J-M Peyrical; *JCP* 1993. II. 22133, note P. Gonod.

C'est de surcroît sur le fondement du respect de la personne humaine qu'a pu être consacré le principe général de respect dû au corps mort³⁷⁶, justifiant que le juge judiciaire intervienne pour prescrire toute mesure propre à faire cesser une atteinte illicite au corps mort C'est donc en mémoire de la personne qu'il fut, que le cadavre s'est d'abord vu protégé, parfois qualifié de « copropriété familiale »³⁷⁷. Pourtant, cette protection n'avait pas suffi à faire obstacle à la demande en recherche de paternité contre Yves Montand, qui avait conduit la Cour d'appel de Paris à ordonner, le 6 novembre 1997, l'exhumation de son corps. Si les examens lui avaient donné raison, cette affaire avait poussé le professeur Malaurie à délivrer à ses lecteurs un précieux conseil : « *Demandez à vous faire incinérer après votre décès ; on vous fichera la paix* » !³⁷⁸ avant de reconnaître son « *erreur* » devant le constat d'une « *guerre des cendres* »³⁷⁹. Dans l'affaire commentée³⁸⁰, les juges du fond avaient décidé de partager les cendres en deux et d'attribuer une moitié aux enfants du premier lit et l'autre moitié à sa seconde épouse ce qui avait amené Mr Malaurie à s'amuser : « *Et s'il n'y avait pas eu incinération ? Dans quel sens faudrait-il partager le cadavre ? Moi je suis pour la longueur !* ».

C'est alors pour mettre un terme à ces vieilles rengaines familiales³⁸¹ qu'est intervenue la loi du 19 décembre 2008³⁸² relative à la législation funéraire qui, en consacrant dans le marbre le respect dû au corps mort³⁸³, l'a étendu aux « *restes des personnes décédées* » ainsi « *qu'aux cendres* » qui doivent être traités avec « *respect, dignité et décence* »³⁸⁴. Cette dignité-là, observe toutefois B. Edelman est une « *dignité nostalgique* », en souvenir « *d'une vie qu'on aurait aimé vivre, digne, respectable, sacrée, hors marché, hors commerce* ». En réalité, cette dignité apparaît plus large puisqu'elle a vocation à protéger les restes humains non pas parce qu'ils furent une personne mais en raison de leur humanité. A un respect subjectif du cadavre en mémoire du défunt s'est ainsi ajouté un respect objectif capable d'encadrer la maîtrise individuelle³⁸⁵, et familiale sur le corps. Le Code général des collectivités territoriales veille ainsi à ce que les cadavres ne viennent pas « *perturber le monde des vivants* ».³⁸⁶

³⁷⁶ Cass, civ 1, 29 octobre 2014, n°13-19.729, *D. 2015. 242*, note Solveig-Epstein ; *ibid.* 246, note Mainguy; *ibid.* Pan. 755, obs. Galloux et Gaumont-Prat; *RTD civ. 2015. 102*, note Hauser, relatif au volet assurantiel de la saga Our Body.

³⁷⁷ TGI Lille, 5 décembre 1996, *D 1997 p. 376* note X. Labbée.

³⁷⁸ P. MALAURIE, « La preuve scientifique post mortem de la paternité et l'exhumation, » *D 1998 p.122*.

³⁷⁹ P. MALAURIE, « Le partage des cendres et les familles recomposées », *D 1998 p.383*.

³⁸⁰ CA Paris, 27 mars 1998, n°98/06659, *LPA 1999. 197*, note Bourrier et Coutant.

³⁸¹ De nombreux litiges persistent encore. Ex : CA Chambéry, 3 décembre 2020, n°19/01214.

³⁸² La loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire.

³⁸³ C. civ., Art 16-1-1 al 1.

³⁸⁴ C. civ., Article 16-1-1 al 2.

³⁸⁵ Article 3 de la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles.

³⁸⁶ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 95.

II- Le cadavre, une chose soumise à la puissance publique.

Ainsi le cadavre occupe-t-il, aux yeux de B. Edelman un territoire instable, aléatoire. « *Le corps mort, dit-il, est devenu un lieu géométrique de conflits, et de nouvelles lignes de partage se dessinent : d'un côté, l'individu est encore le maître du futur cadavre qu'il sera, de l'autre côté, le pouvoir -étatique entend-il- élargit son emprise* »³⁸⁷. Sur ce dernier point, l'auteur se rappelle les mots du philosophe François Dagognet. Personnifiant l'Etat, celui-ci écrit : « *Je t'ai permis de naître, je t'ai protégé, surveillé, éduqué, entouré. A partir du moment où tu cesseras de vivre, abandonne-ton cadavre* »³⁸⁸. Cette emprise publique sur le cadavre est double : parce que même mort, le corps peut servir aux autres (A) et parce que mort, le corps relève désormais de la sphère publique (B).

A- L'utilité publique du cadavre

Ce qu'il pensait être un ultime refuge est pris d'assaut poursuit Edelman : « *la mort n'est plus une protection si le cadavre peut être utile* »³⁸⁹. Utile d'abord à la manifestation de la vérité, le corps pouvant faire l'objet d'une autopsie judiciaire conformément aux articles 230-28 et suivants du Code de procédure pénale, qui n'est subordonnée à aucun consentement des proches³⁹⁰. Utile ensuite aux progrès scientifiques, la loi autorisant le prélèvement sur personnes décédées³⁹¹ ou fœtus issus d'une IVG³⁹² à des fins scientifiques. Le ministère chargé de la santé pourra toutefois s'y opposer, après analyse du protocole de recherche transmis par l'Agence de biomédecine. Utile enfin à la santé publique. En atteste la loi Cavaillet du 22 décembre 1976³⁹³ qui présume donneur tout individu majeur, sauf refus exprimé du vivant de l'intéressé, présomption simple réaffirmée par la loi du 26 janvier 2016³⁹⁴.

Il est ainsi prévu à l'article L.1232-1 du Code de la santé publique que tout majeur peut refuser de se porter donneur au jour de son décès en s'inscrivant sur un registre national géré par l'Agence de la biomédecine³⁹⁵, en ligne³⁹⁶ ou par courrier. A défaut de s'être inscrit sur un tel registre national, toute personne peut également consigner son refus dans un écrit qui comporte

³⁸⁷ *Ibid*, p.91-92.

³⁸⁸ F. DAGOGNET, *La maîtrise du vivant*, Hachette, 1988.

³⁸⁹ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 88.

³⁹⁰ C. pr. pén., Art 230-28. Ils sont en revanche informés dans les meilleurs délais.

³⁹¹ C. santé. publ., Art L.1232-3.

³⁹² C. santé. publ. Art L.1241-5.

³⁹³ Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

³⁹⁴ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé.

³⁹⁵ C. santé. publ., Art R.1232-4-4 I et R.1232-5.

³⁹⁶ A l'adresse suivante : www.registrenationaldesrefus.fr

certaines mentions obligatoires³⁹⁷, refus qui est par ailleurs révisable³⁹⁸ et révoquant à tout moment³⁹⁹. En dehors de ces hypothèses, tout proche de confiance pourra encore attester de la volonté du défunt de ne pas donner ses organes⁴⁰⁰. Selon le rapport médical et scientifique de l'Agence de biomédecine paru en 2019, le taux de refus au prélèvement sur patient décédé est de 30,5%. Parmi ce taux, le refus est exprimé à hauteur de 48,9 % par le défunt lui-même de son vivant⁴⁰¹. Si ces taux sont relativement stables, ils s'ajoutent aux autres obstacles médicaux⁴⁰² ou administratifs portant le pourcentage de donneurs à seulement 50% des patients en état de mort cérébrale soit 1729 sujets prélevés en 2019 pour 26 116 patients en attente d'une greffe en 2019⁴⁰³. Pour atténuer cette pénurie, l'Agence de biomédecine a, en octobre 2014⁴⁰⁴ mis fin au moratoire décidé en 2007 interdisant le prélèvement d'organes sur des patients de type Maastricht III, c'est-à-dire décédés d'un arrêt cardiaque causé par un arrêt des soins lorsque ces derniers n'avaient pour seul effet que le « maintien artificiel de la vie »⁴⁰⁵. En effet, il s'agissait d'éviter que la décision de l'arrêt des soins d'une personne mourante ne soit influencée par le besoin d'un greffon un étage plus bas... Alors, si l'article L.232-4 du Code de la santé publique exige que le médecin constatant la mort et celui procédant au prélèvement proviennent de deux services distincts, cela ne suffit pas à instaurer une véritable impartialité compte tenu de la proximité des équipes dans les structures hospitalières.

« Une sorte de pacte sacrificiel est ainsi conclu entre le cadavre, le pouvoir et la science » écrit Bernard Edelman qui, d'un œil marxiste⁴⁰⁶, imagine un nouveau destin pour l'homme : « ne plus mourir seulement comme jadis pour la patrie mais offrir son corps mort en holocauste ». « Les cadavres sont réduits à des réservoirs d'organes gérés par l'Etat »⁴⁰⁷.

³⁹⁷ C. santé. publ., Art. R.1232-4-4 II.

³⁹⁸ C. santé. publ., Art. R.1232-4-5 Il est en effet possible de moduler les organes que l'on souhaite donner.

³⁹⁹ C. santé. publ., Art R.1232-4-6.

⁴⁰⁰ C. santé. publ., Art. R.1232-4-4 III.

⁴⁰¹ *Rapport médical et scientifique 2019*, Agence de la biomédecine, Tableau P7, Evolution du type d'opposition chez les donneurs non prélevés pour cause d'opposition.

⁴⁰² *Rapport médical et scientifique 2019*, Agence de la biomédecine Ex : 12,7 % de non-prélèvement pour « antécédents du donneur ».

⁴⁰³ Réponse de l'Agence de biomédecine à la question suivante : Combien y a-t-il de donneurs en France ? sur dondorganes.fr

⁴⁰⁴ J-C GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droit et libertés corporels », *D 2019*, p.725.

⁴⁰⁵ C. santé. publ., Art L.1110-5-1.

⁴⁰⁶ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 88.

⁴⁰⁷ *Ibid.* p.89.

B- La gestion publique du cadavre.

Reprenant la théorie monarchique de Kantorowicz⁴⁰⁸ selon laquelle le pouvoir aurait un corps mortel celui du roi, et un corps immortel, celui de la monarchie, B. Edelman identifie un besoin étatique de faire disparaître le corps mort. « *Afin de ne pas frapper le pouvoir en plein cœur*, dit-il, *le cadavre doit disparaître, soit il pourrira, soit il sera brûlé* »⁴⁰⁹. Ce sont en effet les deux modes de sépulture autorisés par la loi⁴¹⁰ relativisant nettement la maîtrise de l'individu sur le futur cadavre qu'il deviendra. Pourtant, la loi du 15 novembre 1887 sacralise la volonté du défunt en sanctionnant sa méconnaissance d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende⁴¹¹.

Toutefois, une telle volonté doit être encadrée pour des considérations d'ordre public. Alors, quand deux enfants demandèrent au préfet l'autorisation de conserver le corps congelé de leur mère, celui-ci leur refusa faute pour la cryogénéisation d'être licite, ce que confirmeront les juges du fond puis les membres du Palais Royal⁴¹². Dans cette affaire, les juges suprêmes avaient balayé l'argument tiré de la violation de l'article 8 de la Conv. EDH non sur le fond mais parce que l'argument, qui n'était pas d'ordre public, n'avait pas été soutenu devant les juges du fond. Les enfants du docteur Martinot⁴¹³ s'apprêtaient à ne pas commettre la même erreur mais une panne d'électricité du caisson dans lequel était conservé le corps du défunt a rendu vaine leur ambition de saisir la Cour EDH sur le fondement de la liberté de croyance et de religion. De même, quand un défunt avait souhaité partager son ultime demeure avec son chien Felix⁴¹⁴, on lui refusa car « *la dignité des morts impliquant de séparer strictement les espaces dédiés à l'inhumation des hommes et des animaux de compagnie* »⁴¹⁵, comme elle implique de réguler la dispersion des cendres humaines⁴¹⁶.

La gestion de la mort est ainsi l'apanage de l'Etat qui assure, par ses propres agents ou par des agents extérieurs habilités⁴¹⁷ la conservation, le transport, la mise en bière et la célébration du corps mort, à condition toutefois que les circonstances le permettent. Ainsi, face à la crise

⁴⁰⁸ E. KANTOROWICZ, *Les Deux Corps du roi, Essai sur la théologie politique au Moyen Age*, Gallimard, 1989.

⁴⁰⁹ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 92.

⁴¹⁰ CGCT, Art. L.2223-1.

⁴¹¹ C. pén., Art 433-21-1.

⁴¹² CE, 29 juillet 2002, Consorts Leroy, n°222180, *Lebon* 2002.

⁴¹³ CE, 6 janvier 2006, Consorts Martinot, n°260307, *AJDA* 2006, p.757, note Burgogue-Larsen ; *JCP* 2006, n°10059, note Erstein ; *D* 2006.1875, note Corpart.

⁴¹⁴ CE, 17 avril 1964, sieur Blois, requête n°36746.

⁴¹⁵ Rép ministérielle à la question n° 5929, JOAN, 22 mai 2018, p. 4263.

⁴¹⁶ CGCT., Art. L2223-18-2.

⁴¹⁷ CGCT., Art. L.2223-23.

sanitaire exceptionnelle dans laquelle le monde est plongé depuis fin 2019, les règles funéraires ont évolué. Si le décret du 21 janvier 2021⁴¹⁸ a assoupli les mesures fixées par le décret du 16 octobre 2020⁴¹⁹, il n'en demeure pas moins que, compte tenu du danger sanitaire qu'ils représentaient, de nombreux défunts n'ont pas eu, dans l'intervalle de temps, accès aux soins de conservation⁴²⁰ et ont subi une mise en bière immédiate, empêchant leurs proches de voir le corps. Ce sont donc d'abord des considérations d'hygiène et donc de santé publique qui justifient le monopole étatique de la mort. Mais, si l'Etat intervient pour décider du destin de la dépouille mortelle, c'est aussi, aux yeux du professeur Loiseau pour assurer le respect dû aux restes humains. En réglementant par exemple la destination de la « *totalité* » des cendres⁴²¹, le législateur s'assure que ces dernières ne soient ni partagées, ni utilisées comme matières premières d'une œuvre d'art⁴²², peu important qu'une telle finalité soit consentie. Plus encore, B. Edelman fait remarquer que le traitement des cadavres est même un indice du régime politique de l'Etat. Commentant les décisions de fond rendues dans l'Affaire Our Body, il observe que l'intérêt à agir des associations requérantes, dont l'objet social était, la promotion de la citoyenneté, de la démocratie et la défense des droits de l'homme, a été reconnu sans encombre par les tribunaux. Pour la première fois, note-t-il, « *les tribunaux mettaient en relation le traitement des cadavres, la démocratie et les droits de l'homme* »⁴²³.

Et, il poursuit sa réflexion : « *La liberté peut-elle survivre à la mort ?* »⁴²⁴. L'individu, pourrait-il, au gré de son autonomie personnelle, opérer des choix de son vivant, sur l'avenir de son corps mort ? Le droit français le refuse, de manière assez hypocrite à ses yeux. C'est pourtant la seule clé de compréhension de l'épilogue de la saga Our body⁴²⁵ dans laquelle les juges ont refusé, au contraire des juges de la Cour d'appel, toute proportionnalité entre le respect dû aux restes humains et la liberté culturelle entendu lato sensu.

⁴¹⁸ Décret n° 2021-51 du 21 janvier 2021 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

⁴¹⁹ Décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

⁴²⁰ Ceux de l'article L.2223-19-1 du CGCT.

⁴²¹ CGCT., Art L.2223-18-2.

⁴²² L'entreprise américaine Artful Ashes propose pour 145 dollars d'incorporer les cendres de vos proches dans des boules en verre soufflé.

⁴²³ B. EDELMAN, « Morts à crédit », *D* 2009 p. 2019.

⁴²⁴ B. EDELMAN, « Le corps et le néant » in *Ni chose, ni personne*, Editions Hermann 2009, p. 99.

⁴²⁵ B. EDELMAN, « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D* 2010 p.2754.

Chapitre 2 : Le refus d'une hiérarchisation des droits sur le cadavre

Dans cette affaire étonnante, de véritables corps humains plastinés⁴²⁶ avaient été mis en scène⁴²⁷ au cours d'une exposition anatomique, présentée comme pédagogique par la Société Encore Events, qui organisait l'évènement. Imaginé au Japon, ce grand « show » se déplace d'abord en Asie, aux Etats-Unis puis en Europe pour un chiffre d'affaires estimé à 700 millions de dollars, rapporte B. Edelman⁴²⁸. Importé en France, le concept séduit les visiteurs métropolitains, d'abord à Lyon puis à Marseille et enfin à Paris et reçoit le soutien de l'association Don de soi Don de Vie, œuvrant pour le don d'organes, qui salue la « désacralisation » du corps mort. Malgré son succès, l'exposition est interdite sur le fondement de l'article 16-2 du Code civil par le président de l'ancien TGI de Paris⁴²⁹ qui juge contraire au respect dû aux morts l'utilisation commerciale des cadavres.

La société organisatrice interjette appel devant la CA de Paris⁴³⁰ en mobilisant deux libertés fondamentales : le droit de savoir, héritière de la liberté d'information (A) et la liberté artistique, fille de la liberté d'expression (B).

I- Le respect dû au corps confronté au droit de savoir

Précisant d'emblée que l'article 16-1-1 du Code civil n'exclut pas l'utilisation des cadavres à des fins scientifiques ou pédagogiques (A), la Cour d'appel de Paris, dans sa décision du 30 avril 2009, laisse à penser qu'il existerait un droit de savoir du public qui pourrait prévaloir sur le respect objectif dû aux restes humains à condition toutefois, que la mise à disposition du cadavre ait été consentie du vivant. Ce raisonnement, favorable à un volontarisme libéral, est neutralisé par les juges de cassation qui réfutent l'ouverture d'un marché de la mort (B).

A- Le droit de savoir des scientifiques

La loi du 19 décembre 2008 n'a pas eu pour ambition de discréditer les travaux d'André Vésale, qui en 1543, procéda à une dissection publique d'un corps humain. Les juges le

⁴²⁶ Technique visant à remplacer les liquides organiques par du silicone afin de préserver les tissus biologiques.

⁴²⁷ Dix-sept corps étaient présentés dans des positions différentes : tir à l'arc, jeu d'échec, jouant au basket, à vélo, lançant le disque, courant...

⁴²⁸ B. EDELMAN, « Morts à crédit », *D* 2009 p. 2019.

⁴²⁹ TGI Paris, 21 avril 2009, n°09/53100, *D*. 2009. 1278, obs. Le Douaron ; *Dr. Fam.* 2009.3, obs. Lamarche ; *RTD civ.* 2009. 501, obs. Hauser.

⁴³⁰ CA Paris, 30 avril 2009, n° 09/09315, *D*. 2009. 1278, obs. Le Douaron ; *D*. 2009. 2019, note Edelman ; *D*. 2010. Pan. 604 obs. Galloux et Gaumont-Prat ; *Gaz. Pal.* 2009. 1278, obs. Pierroux ; *RTD civ.* 2009. 501, obs. Hauser.

confirment au détour de l'affaire Our body : l'article 16-1-1 qui affirme le caractère inviolable et digne de respect du cadavre ne contrevient pas aux dispositions de l'article R.2223-13 du CGCT qui autorise une personne à léguer son corps à des fins d'enseignement et de recherches. Une telle décision doit être prise du vivant du donneur majeur et rapportée dans un écrit daté et signé, puis adressé au centre de don choisi. En échange, l'établissement envisagé remettra une carte de donneur que celui-ci pourra détruire à tout moment s'il change d'avis. Ce don de corps n'a rien à voir avec la présomption de don instituée par la loi Cavaillet de 1976. Ici, le corps est légué à la science pour servir la plupart du temps à l'enseignement des étudiants en faculté de médecine qui pourront se familiariser non seulement avec la chirurgie, mais aussi avec la diversité des réalités biologiques qu'ils pourront être amenés à rencontrer.

En principe, le respect dû aux restes humains du Code civil, qui figure au titre des devoirs généraux du médecin⁴³¹ est assuré par les professionnels. Ainsi, dans le cadre d'une dissection à visée éducative, les chairs et les membres du sujet, ici objet d'étude, sont manipulés avec une grande délicatesse, les incisions sont particulièrement soignées et les parties qui n'ont pas besoin d'être observées sont dissimulés sous un voile opaque. Le visage du défunt est, sauf exception, couvert, même si la chevelure parfois ornée d'une barrette⁴³² suffit à rappeler aux étudiants l'humanité du corps qu'ils examinent. Toutefois, un tel respect n'est pas toujours préservé à l'image de ce que les journaux appellent aujourd'hui « Le charnier » de Paris-Descartes⁴³³, à savoir la découverte d'un traitement macabre des corps légués au centre du don rattaché à l'université Paris-Descartes et qui fait actuellement l'objet d'une enquête judiciaire. En dehors de ces errements condamnables, le corps ainsi étudié est en principe considéré et fera souvent l'objet d'une crémation après utilisation.

Véritable choix personnel auquel ses proches ne peuvent pas s'opposer, ce don du corps à la science témoigne d'une singulière souveraineté de l'individu sur sa future dépouille. Elle n'est cependant que relative car en dehors de cette finalité prévue par la loi, l'individu aurait-il consenti à une utilisation pédagogique de son cadavre, ne maîtrise pas son destin mortuaire. L'autonomie personnelle ne saurait triompher sur le respect objectif dû au corps mort quand il est question de profit !

⁴³¹ Code de déontologie médicale, Art. R.4127-2.

⁴³² Récits rapportés par une ancienne étudiante en médecine qui a eu l'occasion d'assister à une dissection humaine.

⁴³³https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/07/09/scandale-du-centre-du-don-des-corps-de-l-universite-paris-descartes-l-enquete-confiee-a-des-juges-d-instruction_6045721_3224.html

B- Le droit de savoir du public

La société organisatrice faisait valoir que l'exposition des cadavres avait une visée éducative en tant qu'elle offrait au public l'accès à la science, en allant « *sous la peau* », en montrant de « *vrais cadavres humains* », dont il n'était pas constaté qu'ils étaient traités sans respect, dignité ou décence. Toutefois, aux yeux du tribunal, c'est l'exposition en elle-même, dont la finalité première est commerciale, qui porte une atteinte objective au respect dû au corps mort. Nonobstant la finalité pédagogique avancée, que le juge questionne par ailleurs,⁴³⁴ elle ne saurait « *absoudre une illécitité manifeste* »⁴³⁵. Ce n'est pas l'avis des juges de la Cour d'appel de Paris qui répondent par l'affirmative à la question posée par Felix Rome : le respect dû au corps mort peut-il s'incliner face au droit du public à la connaissance scientifique ?⁴³⁶

Teinté d'une forte dose de proportionnalité, le raisonnement des juges est le suivant : l'exposition de cadavres humains porte atteinte au respect dû au corps mort prévu à l'article 16-1-1 du Code civil. Toutefois, cette exposition poursuit un but légitime né du droit d'accès du public à la science que B. Edelman rattacherait, sans grande conviction⁴³⁷ au droit du public à l'information. Ce principe est lui-même reconnu comme corollaire du droit à la liberté d'expression⁴³⁸, dont la Cour européenne réaffirme sans cesse l'importance dans une société démocratique⁴³⁹. Ainsi, à condition d'établir la licéité de l'origine des cadavres⁴⁴⁰ et de s'assurer du consentement des intéressés à ce que leur dépouille poursuive de tels intérêts, la Cour d'appel imaginerait justifiée l'atteinte portée par l'exposition « Our Body, à corps ouverts », au respect dû aux restes humains. Une telle analyse est balayée par la Cour de cassation⁴⁴¹ qui, reprenant la position adoptée en première instance, estime contraire à l'article 16-1-1 l'exposition litigieuse puisque son objectif était commercial.

⁴³⁴ Le juge estime que la réalité scientifique a été altérée par le travail polymérique effectué sur le corps. Autrement dit, si la société avait voulu faire valoir cet argument, encore eut-il fallu qu'elle présente le corps mort dans son état le plus naturel, sans transformation polymérique.

⁴³⁵ TGI Paris, 21 avril 2009, n°09/53100, *D. 2009. 1278*, obs. Le Douaron ; *Dr. Fam. 2009.3*, obs. Lamarche ; *RTD civ. 2009. 501*, obs. Hauser.

⁴³⁶ F. ROME, « Cadavres exquis », *D 2009 p.1129*.

⁴³⁷ B. EDELMAN, « Morts à crédit », *D 2009 p. 2019*, §16.

⁴³⁸ Conv. EDH, Art 10 : « *Ce droit comprend la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées* ».

⁴³⁹ CEDH, n°5493/72, Affaire Handyside c. Royaume-Uni, 7 déc. 1976 § 49.

⁴⁴⁰ Ces cadavres provenaient a priori de condamnés à mort chinois.

⁴⁴¹ Cass, civ 1, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *D. actu. 27 sept. 2010*, obs. Le Douaron ; *D. 2010. 2750*, note G. Loiseau ; *ibid. 2754*, note Edelman ; *ibid. 2011. Pan. 780*, obs. Dreyer ; *JCP 2010, n° 1239*, note Marrion ; *RTD civ. 2010. 760*, obs. Hauser.

Quid alors des biens muséaux ?⁴⁴² L'exposition ou la conservation de pièces muséales humaines est-elle incompatible avec le principe du respect dû au cadavre ? La question avait été soulevée lorsque Nelson Mandela avait demandé à la France, le retour des restes de Saartjie Baartman, surnommée « la Venus Hottentote », et s'était heurté au refus français compte tenu du caractère inaliénable du patrimoine culturel national. Si une loi⁴⁴³ avait finalement autorisé le retour des restes de cette femme sur sa terre natale où elle y fut inhumée, l'affaire avait conduit le législateur à faire preuve de prudence lorsqu'il réaffirma le caractère inaliénable des collections muséales. Le Code du patrimoine⁴⁴⁴ prévoit ainsi la possibilité de déclasser le bien muséal après avis, à l'époque, d'une commission scientifique⁴⁴⁵. A défaut, le bien demeure la propriété publique de l'Etat, justifiant l'annulation par le Tribunal administratif de Rouen⁴⁴⁶, confirmée en appel⁴⁴⁷, de la délibération du conseil municipal qui avait autorisé, sans déclassement, le retour d'une tête Maori à la Nouvelle-Zélande. Là encore, une loi de restitution⁴⁴⁸ mit fin au litige mais non au débat puisque la loi du 19 décembre 2008 leur est contemporaine. La consécration d'un respect objectif dû au corps influencera-t-il l'avenir des biens muséaux ? Nous ne le pensons pas, faute pour les musées de poursuivre en priorité une finalité commerciale. « *Marchandisation et spectacle, l'atteinte au principe de dignité viendrait de ces deux motifs mêlés* »⁴⁴⁹. Quid alors de l'art ? L'art qui met en scène le corps est-il nécessairement indigne ? C'est sous ce deuxième alibi que se réfugièrent les organisateurs de l'exposition Our body estimant que le respect dû au corps devait s'incliner devant leur liberté artistique.

II- Le respect dû au corps confronté à la liberté artistique

Si l'ambition première de l'artiste n'est pas de faire du profit, force est de constater que le marché de l'art est un marché particulièrement lucratif. Dans ces conditions, voilà que *l'art est en conflits*⁴⁵⁰ : comment concilier la liberté de création et le respect dû au corps quand ce dernier est au centre de l'œuvre ? Seront ainsi envisagées successivement les confrontations entre l'art et le corps (A) et entre l'art et l'image du corps (B).

⁴⁴² M. CORNU « Le corps humain au musée : de la personne à la chose ? », *D* 2009 p.1907.

⁴⁴³ Loi n°2002-323 du 6 mars 2002 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud.

⁴⁴⁴ C. patr. Art L.451-5.

⁴⁴⁵ Depuis le 9 décembre 2020, le déclassement est décidé par le Haut Conseil des musées de France.

⁴⁴⁶ TA Rouen, 27 déc 2007, n°0702737.

⁴⁴⁷ CAA Douai, 24 juillet 2008, 08DA00405, *AJDA* 2008. 1896. J. Lepers.

⁴⁴⁸ Loi n°2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections.

⁴⁴⁹ M. CORNU « Le corps humain au musée : de la personne à la chose ? », *D* 2009 p.1907.

⁴⁵⁰ En hommage à l'ouvrage de B. EDELMAN et N. HEINICH, *L'art en conflits*, La Découverte, 2002.

A- L'utilisation du corps comme matière artistique

Retrouvant le même point de départ, l'affaire de l'exposition *Our body*, B. Edelman observe que les requérants avaient mobilisé une autre liberté fondamentale : la liberté de création artistique, a priori bien armée car corollaire de la liberté d'expression⁴⁵¹. L'argument est écarté par les juges de première instance, qui ne relèvent aucun effort artistique, faute pour les organisateurs d'avoir présenté autre chose que la chose elle-même. Le raisonnement est incorrect aux yeux de B. Edelman : c'est justement le travail technique opéré sur le corps et la mise en scène corollaire qui confèrent un caractère « esthétique » aux cadavres. Mais, dit-il, la question ne doit pas se poser car ce qui est « *indécent, ce n'est pas d'avoir enjolivé les cadavres, c'est de les avoir utilisés comme matière artistique* »⁴⁵². Le corps humain, ses éléments et ses produits ne sauraient constituer la matière première de l'artiste dont le travail pourrait in fine revêtir la qualification d'une œuvre protégée⁴⁵³.

C'est pourtant une réalité ancrée, certains artistes n'hésitant pas à peindre leurs toiles avec du sang humain à l'instar de l'artiste américain Vincent Castiglia ou de l'artiste française Laetitia Bourget, connue notamment pour ses mouchoirs menstruels⁴⁵⁴. D'autres, comme le Britannique Val Thompson, incorporent des cendres humaines dans leur peinture ou mettent leurs propres excréments en boîte de conserve⁴⁵⁵, à l'image de l'italien Piero Manzoni. Comment le droit appréhende-t-il ces œuvres ? De telles œuvres deviendraient-elles hors commerce du seul fait qu'elles incorporent des éléments et produits du corps humain ? Au contraire, les éléments du corps deviendraient-ils meubles par incorporation⁴⁵⁶ ? Le travail de l'artiste noverait-il ces choses en biens au même titre que le temps transformerait un fémur en trésor archéologique ? La non-patrimonialité des éléments et produits du corps humain s'effacerait-elle devant une utilisation artistique de ce corps ? Le nécro-art⁴⁵⁷ se verrait sans doute désapprouvé car objectivement indigne, indécent et irrespectueux du corps, même si une telle destination

⁴⁵¹ B. EDELMAN, « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D 2010* p.2754, §5.

⁴⁵² *Ibid*, §6.

⁴⁵³ CPI, Art L.111-1 : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ».

⁴⁵⁴ <https://www.franceculture.fr/emissions/lsd-la-serie-documentaire/rouge-comme-les-regles-44-les-regles-de-lart-menstruel-0>

⁴⁵⁵ *Merda d'artista*, Piero Manzoni, réalisée en 1961 et conservée au Museo del Novecento à Milan.

⁴⁵⁶ Raisonnement analogique avec l'immobilisation par incorporation de l'article 525 du Code civil.

⁴⁵⁷ Néologisme emprunté à Grégoire Loiseau dans une intervention au Colloque « L'art et le droit » de l'Université de Rouen en 2010.

artistique avait été consentie. Peut-on léguer son corps à l'art au même titre que l'on peut céder son corps à la science ? La réponse apparaît négative.

En revanche, parce que ce sujet est si vivant que l'on revient inconsciemment à la vie, il serait possible, de son vivant, de mettre son corps à disposition des artistes, le respect dû au corps de l'article 16-1 du Code civil étant apprécié de manière subjective. D'Yves Klein à Orlan, le corps humain vivant est tantôt utilisé comme un outil, tantôt comme un support. Les pratiques du tatouage ou des implants subdermiques, tolérées par le législateur, nonobstant le principe d'inviolabilité du corps humain, en sont une illustration manifeste et marquent le triomphe de la volonté personnelle. Quid alors lorsque le corps n'est pas atteint dans son intégrité ? La représentation du corps est-elle soumise aux mêmes règles ?

B- La représentation artistique du corps

Le corps humain a toujours été une source d'inspiration pour les artistes : le corps est dessiné, peint, sculpté mais aussi photographié, dans tous ses états. Il est reproduit vivant et entre en confrontation directe avec le droit à l'individu sur son image, droit de la personnalité reconnu distinct du droit à la vie privée protégé par l'article 9 du Code civil⁴⁵⁸. Alors, lorsqu'un tiers s'empare de son image sans son consentement, « *le sujet se découvre dépossédé de l'utilisation qui est faite de lui-même : il a été volé* »⁴⁵⁹ et on lui doit réparation.

Mais, il est aussi reproduit mort, en entier sur un lit de morgue ou dans un bocal de formol⁴⁶⁰ ou en « pièces détachées » et rassemblées l'instant d'un cliché⁴⁶¹. Or, les droits de la personnalité étant conçus comme viagers, ils s'éteignent au décès de la personne et ne sont pas transmis aux héritiers. « *Cela devrait ouvrir toute grande la liberté de représenter l'image d'un mort* » présume Grégoire Loiseau⁴⁶². L'appréhension de l'image d'un corps dépersonnifié est-elle libre ? La Cour de cassation répond par la négative en admettant « *que les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après le décès dès lors qu'ils éprouvent un préjudice personnel en raison d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort* »⁴⁶³. Dans cette affaire, la une d'un magazine montrant le visage tuméfié et recouvert de

⁴⁵⁸ Cass, civ 1, 10 mai 2005, n°02-14.730, *D. 2005. Pan.* 2643, obs. A. Lepage ; *Gaz. Pal.* 2006. Somm. 4137, obs. Guerder; *RTD civ.* 2005. 572, obs. Hauser.

⁴⁵⁹ B. EDELMAN, *Le droit saisi par la photographie*, Editions Maspero, 1973, p. 67.

⁴⁶⁰ Ex : *Corpus*, Diana Michener.

⁴⁶¹ Ex : (Œuvres de Joël Peter-Woodkin.

⁴⁶² Grégoire Loiseau dans une intervention au Colloque « L'art et le droit » de l'Université de Rouen en 2010.

⁴⁶³ Cass, Civ 1, 1^{er} juillet 2010, n° 09-15.479, *D. actu.* 2010, obs. Lavric; *D. 2010.* 2044, note Delage; *ibid.* 2011. Pan. 780, obs. Dreyer; *JCP 2010*, n° 942, note Loiseau; *RTD civ.* 2010. 526, obs. Hauser.

ruban adhésif d'Ilan Halimi, séquestré et torturé par « le gang des barbares » en 2006 est jugée « contraire à la dignité humaine ». C'est bien parce que le défunt était identifiable que la représentation du corps qui en a été faite est susceptible d'outrager la mémoire du défunt et donc de causer un préjudice personnel à ses proches.

Quid lorsqu'est représenté un corps sans que celui-ci soit identifiable ? Retrouve-t-on la représentation d'une chose ordinaire, sans famille⁴⁶⁴ ? Il semble bien au contraire, que sans instaurer un ordre moral, la décision de la Cour de cassation rendue à propos de l'affaire Our Body, présage une appréciation objective du respect dû au corps mort, susceptible de faire primer la décence sur la liberté artistique, l'intéressé y aurait-il consenti de son vivant. C'est là un « *écart spectaculaire entre les droits de la personne sur son corps et sur cadavre* »⁴⁶⁵ remarque B. Edelman qui dénonce un « étrange hiatus » entre le corps vivant, devenu « objet profane » et le cadavre « objet sacré ».

⁴⁶⁴ M. CORNU « Le corps humain au musée : de la personne à la chose ? », *D* 2009 p.1907.

⁴⁶⁵ B. EDELMAN, « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D* 2010 p.2754, §14

PROPOS CONCLUSIFS

Le corps humain est en question. Le législateur a décidé, en 1994, de l'appréhender mais il peine, depuis, à lui trouver une place dans l'ordonnement juridique. Est-il une chose, est-il une personne ? Ou bien ni l'un, ni l'autre, comme pourrait le croire B. Edelman.

Faute de trancher, le législateur l'a paré d'un certain nombre de principes aptes à réguler la circulation juridique des éléments et produits du corps humain. Mais, une fois rompu ce lien si particulier qu'il entretenait avec la personne, l'élément ou le produit corporel intègre parfois une logique marchande et l'on s'inquiète alors de constater l'apparition de ces *nouveaux biens*, appuyée par l'émancipation corollaire des volontés individuelles. Mais, est-ce vraiment de mauvais augure ? Le droit des biens sert aussi à protéger, n'oublions pas que l'indisponibilité est d'abord une notion du droit des biens. Alors, « *le droit des personnes et des biens apparaissent comme des matières complémentaires qui permettent d'assurer une protection intégrale du corps humain en évitant de le faire sombrer dans le néant juridique* »⁴⁶⁶.

Mais, si certains éléments du corps ont vocation à revêtir une telle qualification, d'autres entités corporelles semblent, pour certains auteurs, plus difficilement compatibles avec un tel vocable. B. Edelman rechigne à identifier ainsi l'enfant à naître et le cadavre, non pas parce qu'ils portent ou ont porté en eux, une humanité⁴⁶⁷ mais parce qu'ils sont ou ont été le canal d'expression d'une véritable personnalité, d'une identité propre. Alors, pour ces « choses-là », les juristes s'interrogent encore et imaginent nuancer la distinction aristotélicienne des personnes et des choses en admettant que l'on puisse passer de l'un à l'autre au gré de la naissance et de la mort.

Se pourrait-il même que l'homme soit les deux en même temps ? L'aventure de B. Edelman se termine aux confins de l'humanité⁴⁶⁸, à l'ère post-humaine où, témoignant de sa crainte de voir l'homme se transformer en machine vivante, il écrit : « *L'homme aura assassiné la vie, il sera la mort qui vit une vie humaine* ». Le philosophe se montre pessimiste : « *Etre pour ne pas être sera la fin de l'homme* ».

Qu'il me pardonne de ne pas partager son angoisse et qu'il se réjouisse, lui qui craignait que son œuvre fût vaine, d'avoir inspiré ces quelques lignes.

⁴⁶⁶ X. LABBEE, « Le corps humain, ses organes et ses produits, source renouvelée de convoitise » in *Les nouveaux biens. Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes*, Dalloz, Actes du XII^e colloque organisé par le Master 2 Droit privé général et le Laboratoire de droit civil de l'Université Paris II Panthéon-Assas, 2018 p.63

⁴⁶⁷ Un simple organe humain reste porteur d'une certaine humanité.

⁴⁶⁸ B. EDELMAN, *Essai sur la vie assassinée, Petite histoire de l'immortalité.*, Editions Hermann, 2016 p.145.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES

-G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10 éditions, 2014.

OUVRAGES GENERAUX

-J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 1^{ère} éd., 1955.

-A. MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz 3^e édition 2018.

-P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, LGDJ 6^{ème} édition, 2015.

-N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, Hypercours Dalloz 8^e édition, 2020.

-F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006.

-C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 3^e éd. 2020.

OUVRAGES SPECIAUX ET THESES

-F. DAGOGNET, *La maîtrise du vivant*, Hachette, 1988.

-A. DAVID, *Structure de la personne humaine*, PUF, 1955.

-G. DE CHAULIAC, *Chirurgica Magna*, 1363

-X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, n°13, 1982.

-B. EDELMAN, *Le droit saisi par la photographie*, Editions Maspero, 1973.

-B. EDELMAN et M.A HERMITTE, *L'homme, la nature et le droit*, Editions Bourgeois, 1988.

-B. EDELMAN, *La personne en danger*, Edition PUF, 1999.

-B. EDELMAN et N. HEINICH, *L'art en conflits*, La Découverte, 2002.

-B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel*, Editions Hermann, 2007.

-B. EDELMAN, *Ni chose, ni personne, Le corps humain en question*, Editions Hermann, 2009.

-B. EDELMAN, *Essai sur la vie assassinée, Petite histoire de l'immortalité*, Editions Hermann, 2016.

-S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

-E. KANTOROWICZ, *Les Deux Corps du roi, Essai sur la théologie politique au Moyen Age*, Gallimard, 1989.

-R. LALOU, *Etude de la maxime Infans conceptus pro nabetur en droit français*, thèse, Paris, 1904.

-D. LEBRUN, *Traité des successions*, M. Guignard et C. Robustel, 3^e édition, 1714.

-P. VALERY, *Cahier B*, 1910.

ARTICLES

- D. ALLAND « L'homme, le corps, la personne, la chose. Autour d'un livre de Bernard Edelman, Ni chose, ni personne. Le corps humain en question, Hermann 2009 » in *Droits* 2010/2 n°52 p.121 à 152.
- M. BACACHE, « Nouveau préjudice moral pour l'enfant conçu au jour du décès accidentel de son père », *D* 2018 p.386.
- F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, « La propriété : question pertinente, réponse partielle » in *Les biobanques* 2009 p.83 à 88.
- S. CACIOPPO, « Bernard Edelman (1938-2020) », *D*.2020, p. 1903.
- M. CAILLOL, « L'objectivisation nécessaire dans la pratique soignante » in *Cancer(s) et psy(s)* 2019/1 n°4.
- M. CORNU « Le corps humain au musée : de la personne à la chose ? », *D* 2009 p.1907.
- F. DREIFFUS-NETTER, « Les donneurs vivants ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D* 2005 p. 1808.
- M. DUPONT, « L'activité mortuaire des établissements de santé : quand l'hôpital se charge des patients décédés », *RDSS* 2021 p.277.
- M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D* 2005 p.2973.
- M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle », *D* 2008 p.31.
- M. FABRE-MAGNAN, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement » in *Droits* 2008/2 n°48 p. 3 à 58.
- M. FABRE-MAGNAN, « Le statut juridique du principe de dignité » in *Droits* 2013/ 2, n°58 p.167 à 196.
- B. EDELMAN « L'homme aux cellules d'or », *D* 1989 chr p.225.
- B. EDELMAN, « La recherche biomédicale dans l'économie de marché » *D*, 1991 p.203
- B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D* 1995 p.205.
- B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D* 1997, chr p. 26.
- B. EDELMAN, « L'arrêt « Perruche » : une liberté pour la mort ? », *D* 2002 p.2349.
- B. EDELMAN, « De la propriété-personne à la valeur-désir », *D*. 2004 p.155.
- B. EDELMAN, « Morts à crédit », *D* 2009 p. 2019.
- B. EDELMAN, « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D* 2010 p.2754.
- B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D* 2011 p.897
- J-C. GALLOUX, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français », *Les cahiers de droit* 1989, Volume 30, N°4, 1011-1032.
- J-C GALLOUX, « L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ? » *D* 1999, p.13.
- J-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D* 2020 p.735.
- J-C GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D* 2021 p.762.

- J-C GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D* 2007 p. 1102
- J-C GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droit et libertés corporels », *D* 2019, p.725.
- P.Y GAUTIER, « Triomphe du matérialisme : le cadavre humain est un « meuble » à conserver », *RTD civ* 1992, p.142.
- J. HAUSER, « La vie est-elle hors du commerce ? » in *Les Petites affiches*, 5 décembre 2002, p.19.
- J. HAUSER, « La mort en ce jardin ! », *RTD civ* 2009 p.501.
- J. HOUSSIER, « L'indemnisation de la perte d'un proche de l'enfant à naître : nouvelle avancée ou nouveau danger ? », *AJ Famille* 2021 p.191.
- L. JOSSERAND, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D* 1932 n°1.
- X. LABBEE, « Le corps humain, ses organes et ses produits, source renouvelée de convoitise » in *Les nouveaux biens. Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes*, Dalloz, Actes du XIIe colloque organisé par le Master 2 Droit privé général et le Laboratoire de droit civil de l'Université Paris II Panthéon-Assas, 2018 p.63
- C. LABRUSSE-RIOU, « Expérimentations sur l'homme et éthique » in *L'homme, la nature et le droit*, Editions Bourgeois, 1988
- A. LE GOUVELLO, « La marchandisation du corps humain » in *Corps & Droit, Des cheveux du roi mérovingien à l'homo numericus* p.95
- P. MALAURIE, « La preuve scientifique post mortem de la paternité et l'exhumation, » *D* 1998 p.122.
- P. MALAURIE, « Le partage des cendres et les familles recomposées », *D* 1998 p.383.
- Y. MAYAUD, « L'adage infans conceptus confronté à la jurisprudence de la chambre criminelle », *AJ Pénal* 2019 p. 31.
- C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D* 1996 p.29.
- T. REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? » in *RTD Civ.* 2017 p.587.
- F. ROME, « Cadavres exquis », *D* 2009 p.1129.
- J. SAISON, « Le donneur vivant » in *AJDA* 2015, p. 563.
- J. TESTART, « La recherche sur les cellules souches embryonnaires », in P.MUZNY, *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz 2010, p.13.
- E. UMBERTO GOUT, « Sommes-nous propriétaires de notre corps ? », *RTD civ* 2020 p.315.

JURISPRUDENCE

I- Jurisprudence française

A- Tribunaux de première instance

- TGI Créteil, 4 avr. 1995, *Petites affiches*, 24 déc. 1997, note Taglione.
- TGI Lille, 5 décembre 1996, *D* 1997 p. 376 note X. Labbé.
- TGI Paris, 21 avril 2009, n°09/53100, *D. 2009. 1278*, obs. Le Douaron ; *Dr. Fam. 2009.3*, obs. Lamarche ; *RTD civ. 2009. 501*, obs. Hauser.
- TA d'Amiens, n°021251, Mr et Mme T c. Centre hospitalier universitaire d'Amiens, 9 mars 2004, *D. 2004, 1051*, note X. Labbé ; *D. 2005, 536*, obs. J-C Galloux et H. Gaumont-Prat ; *RTD civ. 2004, 4482*, obs. J Hauser.
- TA Rouen, 27 décembre 2007, n°0702737.

B- Cours d'appel.

- CA de Paris, 28 mai 1996, n°95/12571, Sté Benetton Group Spa c. Assoc. Aides fédération nationale.
- CA Paris, 27 mars 1998, n°98/06659, *LPA 1999. 197*, note Bourrier et Coutant.
- CA de Versailles, 24 novembre 2004, n°03/09036.
- CA de Lyon, 27 janvier 2005.
- CA Paris, n° 08/20155, 28 novembre 2008, *RTD civ. 2009. 93*, note J. Hauser ; *D. 2009. 610*, note B. Edelman.
- CA Paris, 28 janv. 2009, n° 07/06322.
- CA Paris, 30 avril 2009, n° 09/09315, *D. 2009. 1278*, obs. Le Douaron ; *D. 2009. 2019*, note Edelman ; *D. 2010. Pan. 604* obs. Galloux et Gaumont-Prat ; *Gaz. Pal. 2009. 1278*, obs. Pierroux ; *RTD civ. 2009. 501*, obs. Hauser.
- CA de Pau, 5 février 2015 n°14/00480, *D. actu, 27 fév. 2015*, obs. J. Gallois ; *D. 2015, n°378*, note A. Mirkovic ; *RSC 2015, n°83*, note Y. Mayaud ; *Dr. fam. 2015, n°4 p. 81*, note A. Le Gouvello.
- CA Chambéry, 19 janvier 2017, n°16/00560
- CA Paris, 27 mars 2019, n°18/04947.
- CA Chambéry, 3 décembre 2020, n°19/01214.
- CAA de Douai, n°04DA00376, 6 décembre 2005, *D 2006, n°1025*, obs. J-C Galloux ; *AJDA 2006, n°442*, Le Goff ; *RTD civ. 2006, n°87*, obs. J. Hauser.
- CAA Douai, 24 juillet 2008, 08DA00405, *AJDA 2008. 1896*. J. Lepers.
- CAA Versailles, n° 17VE02492, 12 mars 2019, *D 2020, 735* Obs. J-C Galloux et H. Gaumont-Prat.

C- Cours suprêmes.

1- Cour de cassation.

- Cass. civ, 20 mai 1936, Nicolas c. Mme Mercier, *GADS, 3^e éd., 2020* ; *D. 1936. 1. 88*, rapport Josserand, concl. P. Matter ; *Gaz. Pal. 1936. 2. 41*, note A. Breton ; *RTD civ. 1936. 691*, obs. R. Demogue.

-Cass, civ 1, 16 janvier 1962, Lunus, *S.* 1962, p.281, note C-I Foulon-Piganiol ; *D* 1962, Jur p.200, note R. Rodière ; *JCP* 1962, II, 12557, note P.Esmein.

-Cass, civ 10 décembre 1985, n° 84-14.328, *Bull. civ.*, n°339.

-Cass, civ 2, 8 juillet 1987, n°86-12.738, *Gaz Pal.* 1988. Somm.151, note F. Chabas.

-Cass, civ 1, 11 octobre 1988, n°86-12.832, *RDSS* 1990. 48, note L. Dubouis.

-Cass, civ 1., 14 mai 1991, n°89-21.701, *RTD com.* 1991. 592, note A. Françon ; *D.* 1992. 15, note C. Colombet.

-Cass, AP, 31 mai 1991, n° 90-20.105, *D.* 1991. 417, note D. Thouvenin ; *JCP* 1991 II 21752, note F. Terré ; *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller.

-Cass, AP, 11 décembre 1992, n°91-11.900, *RTD civ.* 1993, 97, note J. Hauser.

-Cass, soc, 9 décembre 1993, n°90-12.333, *RDSS* 1994. 279, obs Y. Chauvy.

-Cass, civ 1, 29 juin 1994, n°92-13.563, *D.*1994. 581, note Chartier ; *JCP* 1995. II. 22362, note Rubellin-Devichi ; *RDSS* 1995, 377, note F. Monéger.

-Cass, civ 1, 14 oct. 1997, n°95-19.609, *Bull. civ.* I, n°278; *JCP* 1997 II 22942, rapp. P. Sargos ; *RTD civ.* 1998. 100, obs. Mestre ; *RDSS* 1998. 62, note L. Dubouis.

-Cass, avis, 6 juillet 1998, n°09820012 P.

-Cass, crim, 30 juin 1999, n°97-82.351, *Bull. crim.* n°174; *D* 1999, n° 710, note D. Vigneau; *D* 2000, n°27, obs. Y. Mayaud; *RDSS* 2000, n°88, obs. G. Mémeteau et M. Harichaux ; *Gaz Pal.* 1999, 2, 676, note Bonneau ; *Dr. Pénal* 2000, 3, obs. M. Véron.

-Cass, AP, 29 juin 2001, n°99-85.973, *Bull. crim* n°165 ; *D.* 2001, n°2907, note J. Pradel ; *D.* 2001, n°2917, note Y.Mayaud; *JCP G* 2001, II, 10569, concl. J.Sainte-Rose, M-L Rassat et P. Sargos.

-Cass civ 1, 9 octobre 2001, n°00-14.564, *D.* 2001. 3470, note P. Sargos ; *RDSS* 2002. 255, note L. Dubouis, *CCC* 2002, n°22, note L. Leveneur.

-Cass, crim, 25 juin 2002, n°00-81.359, *Bull. Crim* n°144; *D.* 2002, n°3099, note J. Pradel ; *JCP G* 2002 II, 10155, note M-L Rassat.

-Cass, crim, 2 décembre 2003, n°03-82.344, *D* 2004, n°449, note J. Pradel ; *AJ Pénal* 2004, n°118, note A. Pitoun ; *RSC* 2004, n°348, obs. Y. Mayaud.

-Cass, AP, 7 mai 2004, n°02-10.450, *D.* 2004, 1545, obs. Brugière et Dreyer ; *JCP* 2004 II. 10085, note Caron ; *RTD civ.* 2004, 528, obs Revet.

-Cass, civ 1, 10 mai 2005, n°02-14.730, *D.* 2005. Pan. 2643, obs. A. Lepage ; *Gaz. Pal.* 2006. Somm.4137, obs. Guerder; *RTD civ.* 2005. 572, obs. Hauser.

-Cass, civ 1, 16 mai 2006, n°04-10.359, *RTD civ.* 2006. 535, note J. Hauser ; *D.* 2006. 1565.

-Cass, civ 1, 6 février 2008, n° 06-16.498, *D.* 2008. AJ 483, obs. P. Guiomard ; *JCP* 2008 II. 10045, note G. Loiseau ; *AJ. Fam.* 2008. 165, obs. Chénéédé ; *Dr. Fam.* 2008, n°34, obs. Murat ; *RTD civ.* 2008. 268, obs. Hauser.

-Cass, civ 1, 3 juin 2010, 09-13.591, *D.* 2010. 1484, obs. I. Gallmeister ; *RDSS* 2010. 898, note F. Arhab-Girardin ; *RTD civ.* 2010. 571, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2010. 788, note S. Porchy-Simon.

- Cass, Civ 1, 1^{er} juillet 2010, n° 09-15.479, *D. actu. 2010*, obs. Lavric; *D. 2010. 2044*, note Delage; *ibid.* 2011. Pan. 780, obs. Dreyer; *JCP 2010*, n° 942, note Loiseau; *RTD civ. 2010. 526*, obs. Hauser.
 - Cass, civ 1, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *D. actu. 27 sept. 2010*, obs. Le Douaron ; *D. 2010. 2750*, note G. Loiseau; *ibid.* 2754, note Edelman; *ibid.* 2011. Pan. 780, obs. Dreyer; *JCP 2010*, n° 1239, note Marrion; *RTD civ. 2010. 760*, obs. Hauser.
 - Cass, civ 2, 4 novembre 2010, n° 09-68.903, *D. 2011. Chron. C. cass. 632*, obs. Adida-Canac et Grignon-Dumoulin ; *JCP 2011*, n°435, obs. Bloch.
 - Cass, civ 2, 3 mars 2011, n° 10-16.284, *RTD civ. 2012. 110*, obs. Hauser; *Dr. fam.2011*, n°161, obs. Rouxel.
 - Cass, civ 1, 29 octobre 2014, n°13-19.729, *D. 2015. 242*, note Solveig-Epstein ; *ibid.* 246, note Mainguy; *ibid.* Pan. 755, obs. Galloux et Gaumont-Prat; *RTD civ. 2015. 102*, note Hauser.
 - Cass, civ 1, 14 décembre 2017, n°16-26.687, *D. 2018. 386*, note Bacache ; *AJ fam. 2018. 48*, obs. Saulier; *RDSS 2018. 178*, obs. Tauran; *RTD civ. 2018. 72*, obs. Mazeaud; *ibid.* 92, obs. Leroyer; *ibid.* 126, obs. Jourdain; *Gaz. Pal. 2018. 214*, note Dupré; *JCP 2018*, n°204, note Binet.
 - Cass, civ 1, 23 janvier 2019, n°18-10.706, *D 2019. 204*, *RDSS 2019, 565*, note G. Trédez.
 - Cass, crim, 31 mars 2020, 19-85.756, *D, 2021 p.762* Obs J-C. Galloux.
 - Cass, crim, 10 novembre 2020, n°19-87.136, *D. actu, 15 déc. 2020*, obs. M. Recotillet ; *AJ fam. 2020*, n°679, obs. L. Mary ; *AJ Pénal 2021*, n°31, note Y. Mayaud ; *RTD civ. 2021*, p. 105, note A-M Leroyer.
 - Cass, civ 2, 11 février 2021, n°19-23.525, *D. 2021. 349*; *AJ fam.2021. 191*, obs. Houssier ; *RTD civ. 2021. 388*, obs. Leroyer; *ibid.* 415, obs. Jourdain; *Dr. fam. 2021*, n°70, obs. Dupin.
 - Cass, civ 2, 11 mars 2021, n° 19-17.384, *D.2021.574* ; *RTD civ. 2021. 388*, obs. Leroyer.
- 2- Conseil d'Etat.
- CE, 17 avril 1964, n°36746, sieur Blois.
 - CE, Ass, 2 juillet 1993, n°124960, Milhaud, *D. 1994. 74*, note J-M Peyrical; *JCP 1993. II. 22133*, note P. Gonod.
 - CE, Ass, n°136727, 27 oct. 1995, Commune de Morsang sur Orge, *Lebon, D. 1995. 257* ; *AJDA 1995. 878*, note J-H. Stahl.
 - CE, Ass, n°143578, Ville d'Aix-en-Provence, 27 oct. 1995.
 - CE, Ass, 26 octobre 2001, n°198546, *Lebon 514* ; *AJDA 2002. 259*, note M. Deguergue ; *D. 2001. 3253* ; *RDSS 2002. 41*, note L. Dubouis.
 - CE, 29 juillet 2002, n°222180, Consorts Leroy, *Lebon 2002*.
 - CE, 26 septembre 2005, n°248357, *RDSS 2005. 1060*, obs. D. Cristol ; *D. 2005. 2550*.
 - CE, 6 janvier 2006, n°260307, Consorts Martinot, *AJDA 2006*, p.757, note Burgorgue-Larsen ; *JCP 2006*, n°10059, note Erstein ; *D 2006.1875*, note Corpart.
 - CE, référés, n°300311 du 5 janvier 2007, *Lebon 2007* ; *AJDA 2007. 601*, B. Pauvert ; *D.2007.307*.
 - CE, 27 juin 2016, n°386165, CHU de Poitiers, *Lebon 2016* ; *AJDA 2016. 1316*.
 - CE, 7 juin 2019, n°423893, *Lebon 2019*.

-CE, 23 décembre 2020, n°430694, *Lebon* 2020 ; *AJDA* 2021, n°717.

D- Décisions du Conseil constitutionnel.

-Cons. constit, Décision n°94/343 DC du 27 juillet 1994.

-Cons. constit., Décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995.

-Cons. const, Décision n°2015-458 QPC du 20 mars 2015,

II- Jurisprudence européenne

A- Union européenne

-Office européen des brevets, 3 oct. 1990.

-CJUE, gr Ch, n°C34/10, 18 oct. 2011.

-CJUE, n°C-364/13, 18 déc. 2014, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*.

B- Conseil de l'Europe

-CEDH, n°5493/72, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976.

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

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

-CEDH, n° 9878/80, *Affaire X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985.

-CEDH, n°21627/93 ; 21628/93 ; 21974/93, *Affaire Laksey et a. c. Royaume-Uni*, 19 février 1997.

-CEDH, n°2346/02, *Affaire Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002.

-CEDH, n° 24209/94, *Affaire Y.F c. Turquie*, 22 juillet 2003.

-CEDH, n°61827/00, *Affaire Glass c. Royaume-Uni*, 9 mars 2004.

-CEDH, n°42758/98 et 45558/99, *Affaire KA et AD c. Belgique*, 17 février 2005.

-CEDH, n°54810/00, *Affaire Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006.

-CEDH, n°56760/00, *Affaire Akpinar et Altun c. Turquie*, 27 février 2007.

-CEDH, n°37194/02, *Affaire V.T c. France*, 11 sept 2007.

-CEDH, n°52515/99, *Affaire Juhke c. Turquie*, 13 mai 2008.

-CEDH, n°14793/08, *Affaire Y.Y c. Turquie*, 10 mars 2015.

-CEDH, n°46470/11, *Affaire Parillo c. Italie*, 27 août 2015.

III- Jurisprudence américaine

-USSC, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (16/06/1980)

-Cour d'appel de l'USPTO, 3 av. 1987.

-CA de Californie, *Moore v. Regents of California*, 21 juillet 1988.

-CA de Maryland, *Charles Venner v. State of Maryland*, 26 mars 1976.

-Cour suprême de Californie, *Moore v. Regents of the University of California*, 9 juillet 1990.

TEXTES DE LOIS ET DECLARATIONS

I- Directives européennes

-Directive 89/ 381/ CEE 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 2010/45/ UE du 7 juillet 2010 *relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation.*

-Directive 98/44/ CE du 6 juillet 1998 *relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.*

II- Déclarations internationales

-Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789.

-Constitution française du 27 oct. 1946, Préambule

-Code de Nuremberg, 1947.

-Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 déc. 1948, Préambule.

-Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950.

-Déclaration des droits de l'enfant, 20 novembre 1959.

-Déclaration d'Helsinki, 1964.

-Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

-Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997.

III- Textes nationaux

A- Lois et projets de loi

-Loi du 31 mai 1854 portant abolition de la mort civile en France.

-Loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles.

-Loi n°75-17 du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

-Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

-Loi n°79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

-Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

-Loi n°96-654 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°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.

-Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

-Loi n°2002-323 du 6 mars 2002 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud.

-Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

- Loi n°2008-1350 du 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire.
- Loi n°2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections.
- Loi n°2011-814 du 7 juin 2011 relative à la bioéthique.
- Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.
- 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°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.
- Loi n°2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'IVG.
- Projet de loi relatif à la bioéthique de l'Assemblée nationale adopté en 2^e lecture le 31 juillet 2020.
- Projet de loi relatif à la bioéthique du Sénat adopté en 2^e lecture le 3 février 2021.
- Proposition n°488 visant à renforcer le droit à l'avortement du 8 octobre 2020.
- Proposition de loi n°3775 enregistrée le 19 janvier 2021 visant à affirmer le libre choix de la fin de vie et à assurer un accès universel aux soins palliatifs en France.

B- Dispositions réglementaires

- Décret du 27 avril 1848 portant abolition de l'esclavage.
- Décret n°2006-1661 du 22 décembre 2006 relatif au diagnostic prénatal et au diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro et modifiant le code de la santé publique.
- Arr. du 25 avril 2006 relatif au montant maximal des indemnités en compensation pour contraintes subies qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année pour sa participation à des recherches biomédicales.
- Arr. du 9 mars 2010 relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles.
- Arr. 18 mars 2009 relatif au prix de vente et au remboursement par l'assurance maladie du lait humain.
- Circulaire n°50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveau-nés décédés à l'état civil.

SITES INTERNET

https://www.bfmtv.com/sante/face-a-la-penurie-l-etablissement-francais-du-sang-appelle-a-donner-son-sang-d-urgence_AV-202009220073.html.

https://www.lemonde.fr/m-le-mag/article/2021/03/28/une-peau-a-150-000-euros-l-histoire-vraie-d-un-pacte-faustien-entre-un-artiste-et-son-cobaye_6074712_4500055.html

www.registrenationaldesrefus.fr

https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/07/09/scandale-du-centre-du-don-des-corps-de-l-universite-paris-descartes-l-enquete-confiee-a-des-juges-d-instruction_6045721_3224.html

<https://www.franceculture.fr/emissions/lsd-la-serie-documentaire/rouge-comme-les-regles-44-les-regles-de-l-art-menstruel-0>

<https://www2.assemblee-nationale.fr/14/evenements/2015/anniversaire-loi-veil/la-marche-vers-la-loi>
www.dondorganes.fr

AUTRES SOURCES

I- Rapports

- Rapport annuel de l'Agence de biomédecine*, 2019.
- Rapport médical et scientifique de l'Agence de biomédecine*, 2019.
- US Congress, Office of Technology Assessment. *New Developments in Biotechnology: Ownership of human tissues and cells- Special Report*, OTA-BA-337, March 1987.

II-Avis

- CCNE, avis n°8, *relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques*, 15 décembre 1986.
- CCNE, avis n°63 *Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie*, 27 janvier 2000.
- CCNE, avis n°67 *sur l'avant-projet de révision des lois bioéthiques*, 18 janvier 2001.
- CCNE, avis n° 112 *Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro*, 21 octobre 2010.
- CCNE, Opinion sur l'allongement du délai légal d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines de grossesse, Réponse à la saisine du ministre des solidarités et de la santé, 8 décembre 2020.

III- Colloques

- « L'art et le droit » Actes du Colloque de l'Université de Rouen, 2010.
- « Que vaut le corps humain ? » *Médecine et valeurs du corps*, Actes du Colloque du département d'éthique biomédicale, 5-6 décembre 2019, Collège des Bernardins.

IV- Autres

- « Interruption volontaire de grossesse », Fiches d'orientation *Dalloz*, septembre 2020.
- Rép ministérielle à la question n° 5929, JOAN, 22 mai 2018, p. 4263.