



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit pénal et sciences pénales

Dirigé par Yves Mayaud

2010

Le corps humain en droit criminel

Annabelle Le Sauce

Sous la direction d'Yves Mayaud

Université PANTHEON – ASSAS

Master 2 Recherche droit pénal

et sciences pénales

Année Universitaire 2009-2010

LE CORPS HUMAIN EN DROIT CRIMINEL

Mémoire réalisé sous la direction de Monsieur le Professeur

MAYAUD Yves

LE SAUCE Annabelle

Remerciements

Je remercie Monsieur le Professeur Yves MAYAUD pour son soutien, sa disponibilité et ses précieux conseils tout au long de l'élaboration de ce mémoire.

SOMMAIRE

I^{ère} PARTIE – LE CORPS DEPERSONNALISE

Chapitre 1^{er} – L’instrumentalisation d’un corps déconsidéré

Chapitre 2nd – Le corps privé de personnalité juridique négligé

II^{nde} PARTIE – LE CORPS HABITE

Chapitre 1^{er} – L’inné de l’indisponibilité corporelle

Chapitre 2nd – La percée de la réification charnelle

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AMP : Assistance médicale à la procréation

AP : Assemblée Plénière

CA : Cour d'Appel

CC : Code Civil

C.cass : Cour de cassation

C.crim : Chambre criminelle

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

Ch.acc. : Chambre d'Accusation

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

Conv.EDH : Convention Européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales

CP : Code Pénal

CPP : Code de Procédure Pénale

CSP : Code de la Santé Publique

D : Dalloz

DPI : Diagnostic Préimplantatoire

Gaz.Pal : Gazette du Palais

ITT : Incapacité Temporaire de Travail

IVG : Interruption volontaire de grossesse

JCP : Jurisclasseur périodique

JLD : Juge des libertés et de la détention

ONU : Organisation des Nations Unies

PIDCP : Pacte International relatif aux droits civils et politiques

PIDESC : Pacte International relatif aux droits économiques sociaux et culturels

RDSS : Revue de Droit Sanitaire et Social

RFDA : Revue Française de Droit Administratif

RTD Civ : Revue Trimestrielle de Droit Civil

TA : Tribunal Administratif

TGI : Tribunal de Grande Instance

TI : Tribunal d'Instance

« Le dualisme contemporain n'oppose pas le corps à l'esprit ou à l'âme, mais l'homme à son corps »

David LE BRETON

INTRODUCTION

« *Disséquer le corps humain, c'est détruire sa beauté ; et pourtant, par cette dissection, la science arrive à y reconnaître une beauté d'un ordre bien supérieur et que la vue superficielle n'aurait pas soupçonnée.* » [Ernest RENAN]

Le corps est à l'Homme ce que la vie est à l'humanité : un préalable inéluctable. Support de la vie, objet de recherches, moyen d'exister, instrument de contraintes, essence de l'être vivant, outil de subsistance, il est au centre d'une équation impossible. Mélange d'humanité et de matérialité, il porte en lui ce côté hybride qui soulève tant de difficultés pour les médecins et les juristes, ceux - là même qui le protègent autant qu'ils y portent atteinte. C'est dans l'acception matérielle du corps humain qu'il faut puiser sa définition. Il s'agit alors d'un ensemble d'organes, de cellules et de tissus, qui constitue la structure physique d'un Homme. Provenant du latin « *corpus humanum* », le corps humain est perçu par la religion comme étant le support de l'âme, qui persiste au-delà de la mort physique de la personne. Ainsi, le corps humain ne serait qu'une enveloppe charnelle disposée à accueillir l'âme temporairement. La science perçoit différemment le corps, en ce qu'elle ne le distingue pas de l'esprit, ou plutôt de la pensée. L'un ne va pas sans l'autre, car c'est le corps qui permet la pensée. Aussi, la perte des fonctions vitales du corps entraîne la disparition de l'être qu'il constituait. Cette divergence de perception du corps humain ne revêt pas qu'un intérêt philosophique. En effet, elle nourrit nombre de débats, à travers des questions politiques, sociologiques, mais également juridiques. Le droit ne peut en effet passer outre ces considérations, et se doit de concilier les intérêts du corps religieux et du monde scientifique. Si le droit civil a naturellement vocation à régir et protéger le corps humain, et n'en détient pas l'exclusivité. En effet, le droit criminel se penche de façon bien plus conséquente sur le corps humain qu'il n'y paraît. Le droit criminel s'entend de la branche du droit qui vise à protéger les intérêts des personnes, de la société et de l'état, en sanctionnant les comportements y contrevenant par des condamnations pénales, tout en protégeant les citoyens contre des poursuites ou jugements arbitraires. Ainsi, il comprend le droit pénal et la procédure pénale.

Le corps humain mérite d'être envisagé au regard du droit criminel. En effet, si le droit pénal tient une place plus légitime dans l'appréhension du corps humain, la procédure pénale

n'en est pas moins concernée, ne serait – ce qu'en ce qu'elle y porte atteinte. Dès lors, ce sont sur les relations entretenues entre le corps humain et la matière pénale en général qu'il convient de se pencher. C'est également à travers une approche large que le corps humain doit être envisagé. En effet, les deux extrêmes de son existence ne doivent pas être évincés. Le corps dans sa phase de formation n'en est pas moins un corps humain, bien qu'il n'en ait pas encore acquis la forme définitive. Les progrès de l'imagerie médicale permettent de s'en convaincre, et ce dès les premiers mois de la grossesse. Aussi, envisager le corps humain sans en considérer les prémices serait un tort, ceci d'autant plus que le droit diffère selon qu'il s'agit d'un enfant à naître ou d'une personne vivante. De même, le corps humain qui n'abrite plus la vie n'en demeure pas moins un corps auquel il peut être porté atteinte, et qu'il convient dès lors de protéger. Le cadavre mérite donc une attention particulière, qu'il n'est pas envisageable d'exclure d'une étude portant sur le corps humain en droit criminel. Il s'agit donc de ne pas laisser les considérations temporelles écarter certains aspects du corps humain. Il serait, à l'inverse, présomptueux de prétendre pouvoir présenter une réflexion sur le corps humain sans se préoccuper des considérations spatiales. En effet, le corps est envisagé différemment selon les régions du monde, au regard de leur histoire, leur culture et leur religion. On constate ainsi que la gestation pour autrui, la vente de gamètes, la rémunération du « don » de sang sont des pratiques prohibées en France alors qu'elles sont parfaitement légales aux Etats – Unis. De même, en Afrique, selon l'ONICEF, seuls 13 pays sur 57 ont prévu une interdiction textuelle de l'excision, alors que les pays européens proscrivent tous cette pratique, plus ou moins expressément. Les disparités sont si nombreuses entre les législations des différents états au regard du corps humain qu'il convient de ne s'attacher qu'au droit français, même si certaines références au droit comparé peuvent être envisagées.

L'étude du corps humain, si elle s'effectue à travers le droit criminel, ne peut se priver de faire référence au droit civil, celui-ci étant, avec le droit de la santé publique, le légitime protecteur du corps humain. Ainsi, dès ses premiers articles, le Code civil consacre l'indisponibilité, l'inviolabilité et la non – patrimonialité du corps humain. La jurisprudence qui en est issue est nombreuse et s'avère protectrice des principes posés par le législateur. Malgré cela, le sempiternel débat sur la question de savoir comment situer le corps humain au sein de la *summa divisio* est toujours alimenté. Déterminer si l'on « est » un corps ou si l'on « a » un corps a de nombreuses conséquences juridiques. Le corps humain, en ce qu'il est confondu avec la personne, a acquis des droits. Aussi, il peut être considéré comme étant un sujet de droit. La qualité de personne ne peut donc être écartée. Pourtant, nombreux sont également les arguments qui poussent à faire du corps humain une chose, c'est-à-dire un objet

de droit. La jurisprudence, notamment, a déjà pu estimer qu'un skieur, ou encore un cycliste soit responsable du fait des « choses » dont il a la garde lorsque l'ensemble formé par son corps et l'objet sur lequel il se trouve produit un dommage¹. De même, l'existence d'un contrat de dépôt portant sur le corps humain a – t'elle pu être reconnue². Cette incertitude du droit quant à la réelle nature du corps humain se retrouve en filigrane dans certains textes de loi. La législation relative aux brevets en est une illustration. Si le principe de non brevetabilité du corps humain est posé, un élément isolé du corps humain peut en effet faire l'objet d'un brevet. De même, il est fait une distinction imprécise entre la « découverte » des éléments naturels (non brevetables) et leur « invention » (brevetable). Le corps humain ne fait donc pas, même dans la branche du droit dont il est tout naturellement issu, l'objet de certitudes.

Ces hésitations peuvent provenir de ce que le corps humain appartient à une histoire qui en a eu une perception différente au fil du temps, dont on aurait aujourd'hui la répercussion. Dès l'antiquité, le corps humain peut faire l'objet d'un droit de propriété, avec la pratique de l'esclavage. Ce sont les prisonniers de peuples vaincus à la guerre qui furent les premiers esclaves. Le droit romain archaïque perpétue cette pratique, et permet également que le garant d'une personne endetté laisse son corps en gage, risquant ainsi la mise à mort ou la vente comme esclave si le débiteur ne s'acquittait pas de sa dette. La loi du Talion, telle qu'elle existait à l'origine, permettait aussi de sanctionner le coupable en lui infligeant le même châtement que celui dont avait souffert la victime. Cette pratique finira par laisser place aux premières « peines » alternatives, convertissant les dommages corporels en versement d'une somme d'argent.

Avec l'essor de la religion, le corps va faire l'objet d'une mésestime issue du fait que, contrairement à l'âme, le corps est impur. Il est à l'origine de tous les péchés de l'Homme. De plus, il fait l'objet de croyances populaires très nombreuses. Au Moyen-âge, il était d'usage de dormir assis, dans des lits confectionnés de façon à ce que le corps ne puisse s'allonger, cette posture étant celle du mort. De même, le corps humain ne devait pas être lavé régulièrement, car l'idée selon laquelle l'eau traversait les pores de la peau, et transmettait des maladies, comme la syphilis, était répandue. C'est l'arrivée de la science, et l'intérêt qu'elle a commencé à porter sur le corps qui a suscité une réelle modification des comportements. La

¹ Voir ainsi Crim. 21 juin 1990, Lacombe, Bull. crim. n° 257 ; Resp. civ. et assur. 1990, comm. n° 317 ; Toulouse, 14 mars 1958, *JCP* 1961.II.11942 bis, note Colombini ; Lyon, 29 janv. 1962, *Gaz. Pal.* 1962.1.172, note A. Tunc ; Civ. 2e, 21 déc. 1962, *Gaz. Pal.* 1963. 1.285

² Civ. 2e, 17 juill. 1991, n°90-14.441

représentation du corps, au milieu d'un cercle et d'un carré, par Léonard de Vinci, en 1492, dépeint une nouvelle conception du corps. Le corps devient un mécanisme, une construction, une imbrication naturelle, qui fallait déchiffrer, et ceci au risque d'entrer en conflit avec les préceptes de la religion. La science pratique des dissections afin de parfaire sa connaissance du corps. L'opposition entre science et religion, entre objectivation et subjectivisation du corps apparaît. Par la suite, c'est une instrumentalisation du corps qui va voir le jour. Le corps humain permet d'obtenir des aveux (à travers la pratique de la Question) ou subit lui-même la sanction (exemple de l'ablation du membre qui a servi à commettre l'infraction, ou encore, plus récemment, la tonte des cheveux des femmes ayant eu des relations sexuelles avec les soldats ennemis). Il devient également une force de travail, qui le fait passer du « corps humain » au « corps – machine », avec l'arrivée du Taylorisme, à la fin du XIX^{ème} siècle.

Aujourd'hui, le corps subit cette contradiction entre le mouvement de réification issu de son l'histoire, et la volonté d'en préserver une conception personnalisée, découlant de sa nature même. Il est devenu un enjeu financier, scientifique, sociologique et juridique. La mode et l'esthétisme sont devenus une manne financière grâce aux dictâtes de la beauté, à cette image du corps parfait qui se voudrait universel. La science n'en est pas en reste, ses progrès repoussant toujours davantage les limites éthiques dont l'état s'était doté. L'évolution de la société va également dans le sens d'une désacralisation du corps humain, voyeurisme, débauche et attractions humiliantes étant aujourd'hui devenus une banalité. Quant au droit, il doit s'efforcer à prendre tout ceci en considération. Il ne doit entraver ni le commerce, ni la science, ni l'évolution des mœurs dont il ne peut qu'être que le témoin.

A l'appui du droit interne, nombreux sont les textes européens et internationaux qui apportent une protection au corps humain, de façon plus ou moins directe. La Convention Européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv.EDH), et la jurisprudence issue des articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de la torture), 4 (interdiction de l'esclavage) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) sont régulièrement invoquées devant les juridictions françaises. Ces mêmes droits sont également protégés par la Déclaration Universelle des droits de l'Homme (DUDH). Les pactes internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux et (PIDESC) et aux droits civils et politiques (PIDCP) reprennent aussi ces principes (notamment l'article 12 du PIDESC, conférant un droit à jouir d'une bonne santé). Ces textes ont aidé à la construction, tardive, de la protection du corps humain par le droit interne.

Le corps humain est aujourd'hui protégé par différentes branches du droit français, de façon directe ou indirecte. Il est en effet parfois protégé pour ce qu'il est, et parfois également pour ce qu'il représente. Dans le premier cas de figure, c'est le corps physique lui – même qui fait l'objet d'une protection, dont il conviendra ici d'étudier la teneur. Dans la seconde hypothèse, le corps est protégé en ce qu'il appartient à l'espèce humaine. Ainsi, c'est l'humanité qui fait directement l'objet d'une protection, par laquelle le corps humain est nécessairement sauvegardé. On peut distinguer deux incriminations qui ont pour valeur protégée, l'espèce humaine, et pour élément accessoirement visé, le corps humain.

Il en va ainsi de l'eugénisme. En effet, aux termes de l'article 214-1 du Code Pénal (CP), « *le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection de personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 € d'amende* ». Le corps humain, à l'occasion de pratiques eugéniques, est nécessairement atteint. Il peut être détruit de son vivant, dans le cadre d'une politique d'extermination, telle qu'elle a pu être menée lors de la Seconde Guerre Mondiale par l'idéologie nazie. Mais il peut aussi l'être a priori, afin d'éviter la naissance d'un être dont les caractéristiques génétiques ne correspondraient pas à ce qui est, soit la norme, soit un idéal à atteindre. Ces pratiques sont interdites en France, sauf à considérer que le diagnostic préimplantatoire, permettant la disparition de l'enfant à naître souffrant de certaines maladies, soit une forme d'eugénisme, ce qui est difficilement envisageable. Néanmoins, l'eugénisme peut exister sous des formes dissimulées. On pense alors aux « bébés Nobels » dont la naissance est organisée aux Etats – Unis, en ce que les lauréats de prix scientifiques, âgés, sont sollicités pour donner leur sperme, dans l'espoir de faire naître des enfants dotés d'une intelligence supérieure aux autres. De même, à Singapour, la volonté d'améliorer la qualité génétique de la population est affichée, et la méthode employée se veut pour le moins étonnante. Bénéficient en effet de primes les personnes diplômées qui se marient ensemble et ont des enfants. A l'inverse, dans un souci d'égalité, de telles primes sont également accordées aux personnes n'ayant pas de diplôme, mais à la seule condition qu'elles ne fassent pas d'enfants... Ce que l'on appelle eugénisme « positif » n'entraîne alors aucune atteinte au corps, en ce qu'il ne vise pas l'élimination directe et immédiate de certaines caractéristiques. Il n'en reste pas moins que cette pratique entre en profonde contradiction avec les valeurs morales et principes fondamentaux qu'une république devrait avoir.

Parallèlement à l'eugénisme, le clonage porte également une atteinte au corps humain, indirectement, en ce qu'il le prive du caractère unique dont tout corps peut se prévaloir. Aux

termes de l'article 214-2 CP, « *le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 € d'amende.* » C'est ici encore l'espèce humaine dans sa diversité qui est menacée, par une science qui ne cesse de progresser. Le corps n'en est que l'instrument.

Si ces pratiques portent inévitablement atteinte au corps humain, cette violation du corps n'est qu'un moyen, et non une fin. C'est le corps humain en lui-même qui doit être considéré ici, et non le corps en ce qu'il appartient à l'ensemble plus universel de l'espèce humaine. En d'autres termes, l'objet de la réflexion qui va suivre porte davantage sur le corps humain et la personne que sur le corps humain et l'humanité.

La réflexion autour du corps humain et ses rapports avec le droit criminel est aujourd'hui incontournable, pour ce qu'elle soulève de questions d'actualité et d'interrogations éthiques et philosophiques plus profondes. Le corps humain est à notre époque en proie à la marchandisation, à ses enjeux financiers et politiques, aux progrès de la science, et à sa dévalorisation par la personne elle – même. L'inimaginable d'hier n'est plus aujourd'hui qu'immoral, et l'immoralité d'aujourd'hui sera envisageable demain. C'est dans ce schéma que risquent de s'inscrire les futures « lois bioéthiques » si l'on persiste à vouloir programmer systématiquement leur révision. Ces lois sont aujourd'hui le support textuel principal du corps humain, instauré le 29 juillet 1994 et modifié le 6 août 2004. Nous sommes aujourd'hui à l'aune d'une nouvelle « intervention bioéthique » du législateur, qui devait avoir lieu dès 2009. Le travail parlementaire doit mettre un terme aux ambitions déraisonnables, et doit seulement procéder aux rectifications et adaptations nécessaires. Il est à espérer que la loi qui sera débattue au parlement au printemps 2010 ne révolutionne pas un droit qui a déjà largement consenti à nuancer les principes protecteurs du corps humain. En effet, les lois bioéthiques ont déjà « écorché » les règles fondamentales posées par le droit civil. C'est pourquoi l'intérêt qu'il y a à comprendre les rapports entre le droit criminel et le corps humain est grand, tant il peut être amené à jouer un rôle dans les relations traditionnellement entretenues entre le corps et le droit civil. La réflexion bioéthique ne peut se satisfaire d'une exclusivité du droit civil et du droit de la santé publique. La contribution du droit pénal et de la procédure pénale à la protection du corps humain n'est pas seulement souhaitable, elle est indispensable. Les enjeux politiques et les intérêts financiers motivant les acteurs de la désacralisation du corps sont si importants que seule une réponse pénale adaptée pourra avoir l'efficacité escomptée.

Une intervention du législateur serait d'autant plus souhaitable que le droit pénal souffre de ces mêmes incertitudes qui affaiblissent le droit civil. Ainsi, qu'il s'agisse du corps en tant que tel, ou du corps en ce qu'il est le support d'une personne, il ne bénéficie pas d'une protection adaptée. Il conviendra alors de se demander dans quelle mesure la protection accordée par le droit criminel au corps humain est – elle défailante lorsqu'il n'est pas le support d'une personne vivante, et est – elle contradictoire lorsqu'il est personnalisé par l'Homme ?

Plus précisément, il y aura lieu de se demander si le corps humain compte parmi les valeurs protégées par le droit pénal et la procédure pénale ? Une réponse négative serait-elle confortée par l'hypothèse selon laquelle le droit adopterait une position différente selon les considérations temporelles qui affectent le corps humain ? Le corps sans la personne semble ne pas faire l'objet d'une réelle protection par le droit pénal, qui tend, soit à l'ignorer, et soit à l'utiliser.

Le corps humain, lorsqu'il est le « support physique » de la personne, semble davantage être considéré par le droit pénal. Cependant, comment trouve-t-il à concilier les principes d'indisponibilité du corps humain et celui de libre disposition de son corps ? Si ces deux principes sont respectés par le droit pénal, celui-ci souffrira d'être contradictoire. Si un choix est opéré, se sera dès lors en violation du principe délaissé. Dans quelle mesure le droit pénal conduit-il à nourrir le mouvement de réification du corps humain ?

Au regard du droit comparé interne, quelle contribution le droit pénal apporte – il au sein du débat portant sur la place du corps humain dans la summa divisio opérée par le droit civil ?

Aux premiers abords inextricablement lié à la personne, le corps humain a pourtant une existence propre. Celle – ci se révèle lorsque la vie l'a abandonné, lorsqu'elle n'y est pas encore juridiquement observée, ou lorsque le corps est perçu indépendamment de la vie qu'il détient. Dans ces hypothèses de « dépersonnalisation » du corps, le droit criminel ne lui accorde qu'une infime protection, et permet même parfois qu'il y soit porté atteinte (Première partie). D'un autre côté, le corps, assimilé à l'être humain qu'il représente fait l'objet d'une indécision du droit criminel, qui le protège comme une personne mais en permet l'utilisation comme une chose (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE – LE CORPS DEPERSONNALISE

DEUXIEME PARTIE – LE CORPS HABITE

PREMIERE PARTIE : LE CORPS DEPERSONNALISE

Le corps est classiquement perçu comme étant porteur d'une humanité, ce qui le teinte de subjectivisme et implique le respect. Pourtant, le corps humain dispose d'une existence propre. Elle est perceptible lorsque l'on porte sur le corps un regard objectif, sans prendre en considération la vie qu'il détient. Elle l'est également lorsque le lien inextricable qui l'attache à la personne ne s'est pas encore noué, ou lorsqu'il s'est rompu. Force est alors de constater que ce corps « dépersonnalisé » ne bénéficie pas de la protection accordée par le droit criminel à la personne. Exclu des valeurs protégées par le droit pénal, le corps de la personne est récupéré pour servir la procédure pénale (chapitre 1^{er}). Tout juste investi par la vie, ou au contraire abandonné par celle-ci, le corps ante natal et post mortem ne semble pas digne de recevoir du droit pénal la protection qu'il accorde à la personne (chapitre 2nd)

CHAPITRE 1 – L'instrumentalisation d'un corps déconsidéré

Le droit pénal protège certaines valeurs, au nombre desquelles ne semble pas figurer le corps humain. Il n'est qu'indirectement considéré par le droit, qui se préoccupe de la vie, de la dignité, de la vie privée et familiale, des bonnes mœurs... La protection du corps humain qui peut découler de certaines incriminations n'est qu'un résultat, et non une finalité qu'il y avait à atteindre (section 1^{ère}). On assiste, à l'inverse, à une instrumentalisation du corps humain par la procédure pénale, qui voit en lui un moyen, a priori, d'obtenir la vérité, et a posteriori, de sanctionner le manquement à la loi (section 2^{nde}).

Section I – Le corps, une valeur oubliée du droit pénal

Un aperçu rapide du Code pénal et du Code de procédure pénale pourrait laisser à penser que le corps humain est expressément envisagé, pour ce qu'il représente de matérialité, par le droit criminel. Pourtant, ce n'est pas en tant que valeur protégée qu'il est appréhendé (I), mais en tant qu'élément utile à la constitution de l'infraction et à sa répression (II).

I. LE CORPS HUMAIN IGNORE DE L'INCRIMINATION

Une incrimination a pour raison d'être la volonté du législateur de protéger certaines valeurs, dont on redoute la violation. Il semble que la valeur que représente le corps humain ne soit pas d'une importance capitale, ou ne puisse pas être menacée, aux yeux du droit pénal. Cela ressort du fait que les incriminations qui existent en vue de protéger corps humain pour ce qu'il est sont peu nombreuses (A). Cependant, cela est également appuyé par le fait que ce « droit pénal du corps » est quelque peu différent du droit pénal en général, en ce qu'il est éphémère et privatisé (B).

A – Le corps exclu des valeurs protégées

Si le corps humain n'est pas totalement un inconnu du droit pénal, c'est car il est le support de la vie et qu'il représente la personne et sa dignité. Ce n'est pas lui qui est au centre du dispositif pénal (1), mais c'est ce qu'il représente (2).

1 - LE CORPS IGORE EN TANT QUE RATIO LEGIS DE L'INCRIMINATION

A la simple observation du Code pénal, il est facile de s'apercevoir que le corps humain n'est pas une valeur à laquelle il est accordé une grande importance (a). L'examen plus attentif de la structure du Code pénal et de la substance des textes permet de confirmer ce postulat (b).

a - Aperçu littéral du « corps humain » dans le Code Pénal

Nul autre besoin, pour entamer une étude, que de se pencher sur ce qui peut sembler de prime abord évident ou insignifiant. L'objet de réflexion étant la place du corps humain dans le droit criminel, il convient d'étudier la place qu'occupe matériellement le « corps humain » dans le Code pénal. Or, aussi étonnant que cela puisse paraître, sur l'ensemble des articles du code, qu'ils soient d'origine législative ou réglementaire, il n'en est pas un seul qui emploie le terme « corps humain ». En recherchant bien pourtant, l'expression « corps humain » est présente dans le code, dans un intitulé. Il s'agit de celui de la section 2 du chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} issu du livre cinquième : « De la protection du corps humain ». Pourtant, on ne peut y voir une réelle prise en considération du corps humain. En effet, le livre 5^{ème} est celui dans lequel sont exposés les « autres crimes et délits », celui que l'on peut concevoir comme un « débarras » de textes dont on ne sait que faire, et, comme cela sera développé ultérieurement, substantiellement, l'intitulé de cette section n'est pas pleinement en accord avec ses dispositions. Peut – être faut – il alors faire preuve de moins d'exigence, et se contenter de répertorier le nombre de fois où apparaît le simple terme « corps ». Dans ce cas en effet, cinq dispositions font référence au corps : la « séparation de corps », aux termes de l'article 311-12 CP, le « corps du délit », au regard des articles 443-6 et 444-7CP, et enfin, le « corps d'autrui » aux articles 511-2 et 511-4 CP, relatifs au don et prélèvement d'organes. Ainsi, en tout et pour tout, deux articles font référence à l'objet de ce mémoire. Heureusement, celui – ci est si vaste que l'étude proposée ne s'en tiendra pas à ces deux dispositions, mais à tout le livre Second du Code pénal relatif aux crimes et délits contre les personnes, et peut – être même au-delà... Il est à noter que si lorsque l'on s'attache au terme « personne », il apparaît 577 fois dans le Code pénal. C'est de ce constat que nous pouvons tirer une hypothèse qui semble se vérifier : le corps humain n'est jamais pris en compte au titre de ratio legis de l'incrimination.

b - Illustrations formelles et substantielles de l'indifférence au corps humain

Afin de vérifier la véracité de cette supposition, il convient de définir, tout d'abord, ce qu'il faut entendre par la « ratio legis d'une incrimination ». La traduction permet de mieux expliciter cette idée, il s'agit de la raison d'être d'un texte d'incrimination. « L'ordre que l'on entend promouvoir et défendre par le droit criminel n'est autre que la conjonction de multiples valeurs tenues pour essentielles à l'équilibre et à la survie d'une société. Ces valeurs sont à l'origine des infractions, chaque délit étant censé représenter une parcelle de l'ordre

pénal par la valeur sociale qu'elle engage »³. Ces propos du Professeur MAYAUD renvoient à l'idée de « valeur protégée », le cumul de celles – ci dessinant notre arsenal répressif. Parce que le législateur redoute un « résultat », il va protéger, par des incriminations, la valeur atteinte par ce résultat. On parle de « valeurs sociales », valeurs qui sont celles de la société. Néanmoins, cette référence au caractère « social » est trompeuse. En effet, l'intérêt collectif n'est pas le seul à être protégé, une valeur sociale peut pareillement porter sur un intérêt individuel. Il en va ainsi de la dignité, la vie privée, la propriété individuelle... au même titre que la confiance publique ou la santé publique. Aussi pourrait – on concevoir que le corps humain, malgré son caractère personnel, soit une valeur spécifiquement protégée par le droit pénal. Pourtant, au regard de l'intitulé même du livre Second du Code Pénal, « Des crimes et délits contre les personnes », il apparaît que c'est la personne qui est protégée, et non sa dimension charnelle. Ce constat se vérifie au cas par cas : incrimination par incrimination, on s'aperçoit, que ce soit de part sa place dans le Code Pénal ou de part sa philosophie générale, que la disposition pénale ne protège bien souvent pas directement le corps.

D'une part, d'un point de vue technique, la place du texte dans le Code Pénal peut – être révélatrice de sa raison d'être⁴. En effet, si l'on s'attache à l'interdiction de la gestation pour autrui par exemple, de prime abord, il est légitime de penser que le législateur a entendu protéger le corps de la femme. Et pourtant, cette incrimination provient de l'article 227-12 CP, qui relève de la section IV du livre 2, « de l'atteinte à la filiation ». Ces exemples sont nombreux. Ainsi, le bizutage, issu de l'article 225-16-1 CP, relève du chapitre 5 du titre 2 du livre 2 du Code Pénal, chapitre intitulé « des atteintes à la dignité de la personne ». Toujours dans ce chapitre relatif à la dignité, la traite des êtres humains apparaît à l'article 225-4-1 CP, alors qu'outre la dignité, c'est également la libre disposition de son corps qui est concernée. Enfin, et sans prétendre à aucune exhaustivité, relève des atteintes à la personnalité le fait, aux termes des articles 226-25 et suivants du Code pénal, d'avoir recours aux caractéristiques génétiques illégitimement, ou d'identifier une personne par ses empreintes génétiques sans détenir ce droit. Ces différents exemples permettent de constater que la place du texte dans le Code Pénal peut parfois venir préciser quelle est la valeur que le législateur entend protéger. Si aucune référence ne semble être faite au corps en tant que valeur protégée, on constate cependant qu'une section entière est consacrée au corps, dans le livre 5^{ème} du Code Pénal, section intitulée « De la protection du corps humain ». Pour autant si ces termes semblent

³ Mayaud, RSC,1983.597 (ratio legis et incrimination)

⁴ Bien que parfois, celle – ci soit surprenante, à l'instar de la disposition relative à l'expérimentation sur la personne humaine, qui relève, non des infractions en matière d'éthique médicale, mais d'une section spéciale « de l'expérimentation sur la personne humaine ».

clairement définir le corps comme étant une valeur protégée, il n'en demeure pas moins que, sous couvert de protection, les règles contenues dans cette section sont en réalité l'organisation de l'utilisation du corps humain par le pouvoir scientifique.

D'autre part, il est possible de déduire de la formulation d'un texte ou du contexte dans lequel il a été adopté, la philosophie d'un texte, ce qui permet d'en dégager la valeur qu'il tend à protéger. On peut tout d'abord s'attacher aux infractions de meurtre, d'assassinat, d'empoisonnement, ou d'homicide involontaire, qui ont toutes pour point commun de venir protéger la vie elle – même. Bien que l'atteinte passe par le corps, ce dernier étant le support de la vie, il n'est pas protégé en tant que tel. On peut faire ce constat avec l'arrêt *Perdereau*⁵. La tentative d'homicide volontaire a été retenue contre celui qui, croyant une personne encore en vie, exerce sur celle – ci des violences dans l'intention de lui donner la mort. Condamner pour homicide volontaire aurait signifié que c'était non pas la vie qui était protégée, mais bien le corps. Or, juridiquement, il aurait été inexact de retenir l'homicide volontaire, car la vie avait déjà été atteinte, l'auteur des coups a posteriori n'a pas « donné volontairement la mort à autrui ». On peut penser que le fait qu'il y ait eu une condamnation démontre que c'est le corps qui faisait l'objet d'une protection. Or, le fait de retenir la tentative ne signifie pas que c'est le corps en lui – même qui a été protégé par cette condamnation. La volonté a été de réprimer l'intention coupable de l'auteur, qui voulait atteindre la vie. La ratio legis est donc également un instrument d'interprétation de la loi pour le juge⁶. Outre la vie, de nombreux autres exemples illustrent la protection d'un intérêt autre que le corps, alors que c'est celui – ci qui est directement visé. Ainsi, la protection des bonnes mœurs va justifier l'interdiction de l'exhibition (article 222-9 CP) ou encore l'incrimination de l'atteinte sexuelle va se révéler protectrice de l'intimité de la personne... De même, une atteinte au corps peut ne pas être sanctionnée, pour répondre à un intérêt supérieur. Ainsi, l'interruption volontaire de grossesse (article 223-10 CP) va répondre du respect de la vie privée, la prostitution va relever de la libre disposition de son corps...

Il faut enfin préciser que dans le Code Civil, toutes les atteintes citées ci-dessus relèvent des articles 16 et suivants, tous relatifs à l'inviolabilité, l'indisponibilité et la non – patrimonialité du corps humain. Si le droit pénal semble donc ne pas considérer le corps humain comme une valeur à protéger directement, le droit civil, lui, a multiplié les

⁵ 16/01/86, Bull. crim n°25 ; D.1986.265 ; JCP1987.II.20774 ; Gaz. Pal.1986.1.377 ; RSC 1986.839

⁶ Le Professeur Mayaud parle à ce titre de la « technique déclarative » RSC,1983.597 (ratio legis et incrimination)

dispositions protectrices de ce dernier. Cette différence peut s'expliquer, entre autre, par l'acception très étendue que le droit pénal a de certaines valeurs, notamment du fait de la jurisprudence européenne...

2 – LA VARIETE DES VALEURS PROTEGEES SUBSTITUEES

C'est grâce à l'extension de notions clés du droit que la jurisprudence est parvenue à se passer d'une protection spécifique du corps. En effet, le corps est envisagé par des domaines où il trouve sa place, mais en tant que simple élément, et non en tant que véritable enjeu. Cette tendance est surtout constatée au regard de la notion de dignité, et de celle de vie privée. Aussi, il convient d'observer l'extension progressive de ces deux notions, utilisées parfois alors que c'est le corps, et non la dignité ou la vie privée qui sont au centre de l'atteinte. Dignité et vie privée doivent cependant être traitées séparément : en effet, alors que la première notion se substitue à celle de la protection du corps humain (a), la seconde vient justifier les atteintes au corps humain (b).

a - L'atteinte à la dignité de la personne humaine

Pour reprendre les propos de M.P. PEDROT, « *il est des termes tellement usités que l'on ne sait plus la signification qu'il faut leur donner. Le terme de dignité est de ceux – là.* »⁷ Les deux composantes de cette affirmation sont exactes : on ne peut donner de définition juridique claire du concept de dignité, d'une part, et cette notion fait l'objet d'une application extensive, d'autre part.

La définition du concept de « dignité » a fait couler beaucoup d'encre. En effet, cette notion est, selon M. MARTENS, « *en passe de devenir la plus agaçante de la littérature judiciaire* »⁸. Les expressions ne manquent pas pour illustrer le caractère abstrait de cette notion : concept « *mou et polysémique* »⁹, « *principe tentaculaire* »¹⁰, ou encore « *notion attrape – tout* »¹¹. Toujours est – il que l'idée de « dignité humaine », telle que l'on peut s'en

⁷ PEDROT, « La dignité de la personne humaine : principe consensuel ou valeur incantatoire ? in Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges C.BOLZE, Economica,1999,p.XI

⁸ MARTENS, « Encore la dignité humaine : réflexion d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in Les droits de l'homme au seuil du 3^{ème} millénaire, Bruylant, Bruxelles,2001,p.568

⁹ CANEDO-PARIS, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif d'un concept controversé »,RFDA,2008,p.979

¹⁰ SAINT JAMES, « Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique en droit français », D.1997,p61

¹¹ TASSI, « où va le concept de dignité humaine »,18/11/05, « <http://droitetcriminologie.over-blog.com> »

faire au regard de son application jurisprudentielle, renvoie incontestablement à introduire dans le droit positif une connotation morale, paralysant ainsi les efforts des juges pour tenter de limiter l'entrée de la morale dans le droit. Or cette distinction entre la morale et le droit est indispensable. Aussi constate t'on qu'un problème posé en terme de dignité aura un impact plus fort sur la Cour qu'une affaire soulevant un principe moins emprunt de subjectivité et de moralité. Des disparités d'appréciations entre les juges risquent, de plus, de se faire ressentir. Au regard de la jurisprudence, on peut tenter de définir la notion de dignité comme étant en contradiction avec tout ce qui va avilir ou abaisser l'être humain, en tendant à la réification du corps ou à la négation des droits inhérents à sa personnalité. On le comprend alors, à l'heure où la réification du corps n'est plus une fiction, la notion de « dignité » de la personne humaine à de beaux jours devant elle.

Le recours excessif à la dignité humaine s'explique tout d'abord par la réunion, de façon hétéroclite, de différentes infractions, dans un chapitre 5 intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne » (inclus dans le titre II consacré aux atteintes à la personne humaine, partie intégrante du livre II traitant des crimes et délits contre les personnes). Ainsi, les discriminations, les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine, la traite des êtres humains, le proxénétisme, l'exploitation de la mendicité, le bizutage et les atteintes au respect dû aux morts¹² relèvent de la dignité humaine. Or, on peut se demander à quel titre ces infractions portent plus atteinte à la dignité humaine que les infractions d'ordre sexuel, ou encore que les crimes contre l'humanité. C'est l'existence même de ce chapitre qui peut donc soulever problème. En outre, le recours à la notion de dignité ne se restreint pas à cette énumération arbitraire d'infractions, au contraire. En effet, les juges ont vu dans l'imprécision du concept de dignité l'opportunité de justifier un certain nombre de décisions, quand il aurait pu être bienheureux de venir, plutôt, accorder une protection spécifique au corps humain. Ainsi, dans le cadre d'une affaire complexe d'accident de la circulation, un véhicule avait roulé sur le corps d'une personne tuée par un automobiliste quelques instants avant. Par l'arrêt « Colache », rendu le 17 mai 1995, la première chambre civile de Cour de Cassation a condamné ce conducteur ayant roulé sur le corps inerte, pour atteinte à la dignité. Au lieu de venir protéger spécifiquement le corps, indépendamment de la vie, les juges ont ainsi estimé que c'est la reconnaissance de la dignité de la personne qui a habité le corps qui doit être reconnue. Certes, il s'agit d'une jurisprudence civile, mais celle – ci est parfaitement transposable au droit pénal. En effet dans l'affaire Humbert, l'ordonnance de non-lieu rendue le 27 février 2006 estime que l'« euthanasie » du jeune homme n'était pas punissable, faute

¹² Ceux – ci étant, si l'on s'en tient à son emplacement dans le Code Pénal, toujours une « personne »...

d'intention de donner la mort, le médecin ayant eu la volonté de protéger la dignité de la victime. De même, dans un tout autre registre la dignité humaine est brandie afin de réprimer les tortures. Faisant application de l'article 222-1 CP, selon lequel « *le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle* », la chambre d'accusation de Lyon relève, le 19 janvier 1996¹³ que « *les tortures ou actes de barbarie supposent la démonstration, et d'un élément matériel consistant dans la commission d'un ou plusieurs actes d'une gravité exceptionnelle qui dépassent de simples violences et occasionnent à la victime une douleur ou une souffrance aigue, et d'un élément moral consistant dans la volonté de nier dans la victime la dignité de la personne humaine* ». On constate alors que, bien que l'élément matériel soit particulièrement précis et attentatoire au corps, il ne suffit pas. Il faut en plus un élément intentionnel dépassant la simple connaissance et volonté de l'acte, ce que certains qualifient de « dol spécial » (en l'espèce, la volonté de nier la dignité de la personne humaine). Pourtant, de l'article 222-1 CP ne ressort nullement l'idée de « dignité ». En l'espèce, dans cet arrêt, la victime, un jeune garçon, avait été dénudé, frappé à coup de bâton, de pied et de poing, s'était fait introduire un bâton dans l'anus, à deux reprises, et pourtant, la volonté des auteurs n'ayant pas été de retirer à leur victime toute dignité, les tortures ne pouvaient être retenues. Comment ici ne pas voir une négation totale du corps (qui, en l'espèce, avait réellement souffert d'une atteinte) au profit de cette notion de « dignité » ? Les tortures ne sont qu'un exemple, mais ce n'est pas le seul à illustrer cette tendance à l'amplification de la notion de dignité, là où elle n'a pas toujours sa place. En effet, la jurisprudence a également estimé que c'est l'atteinte à la dignité de la personne humaine qui justifie la condamnation pour le fait d'avoir effectué un tatouage sur le fessier d'une personne sans avoir recueilli préalablement son consentement¹⁴. Alors que l'atteinte au corps est probante, en l'absence de consentement, c'est la dignité qui est à nouveau soulevée, et retenue. Enfin, la jurisprudence administrative n'en est pas moins victime de la « prolifération » de la notion de dignité, notamment depuis le célèbre arrêt de la commune de Morsang-sur-Orge¹⁵. Une personne de petite taille avait, pour percevoir un revenu, une activité pour le moins déroutante, consistant à se faire « projeter » le plus loin possible. Le maire de la commune a demandé l'interdiction de cette pratique, qui a été prononcée, au nom de la dignité humaine. Si cela traduit à nouveau l'absence de condamnation au nom de l'atteinte au corps en tant que tel, cette affaire est quelque peu différente de la précédente, en ce que cette atteinte à l'intégrité corporelle était consentie. Or,

¹³ Lyon, ch. acc., 19 janv. 1996 : D. 1996.258, note Coste

¹⁴ Paris, TGI, 3 juin 1969

¹⁵ CE Ass., 27 oct. 1995, Affaire dite du « lancé de nain » RFDA 1995.1204 concl. Frydman, RFDD 1996, n° 3, p. 85, RTDH 1996.657, AJ 1995.878, D 1996.177, note LeBreton, JCP 1996.II.22630

le consentement tient une grande place en matière d'atteinte corporelle, malgré le principe de droit pénal d'indifférence au consentement. Ici donc, la dignité pouvait en effet être soulevée, dans l'impossibilité de sanctionner une atteinte au corps délibérée.

Ce recours croissant à la notion de dignité peut trouver son explication dans la volonté de protéger l' « humanité » de chacun en quelque sorte. En effet, face au mouvement actuel de réification du corps humain, le concept de dignité trouve toute sa place, bien que juridiquement il ne soit pas bienheureux.

A l'instar de la dignité, la notion de vie privée connaît une interprétation extensive, notamment par la jurisprudence européenne. Contrairement à la dignité, qui somme toute, vient protéger le corps, indirectement et sans que cela ne soit sa finalité, la vie privée, elle, permet au contraire une atteinte au corps.

b - L'atteinte à la vie privée

Partant de l'affirmation selon laquelle « corps et vie privée représentent les deux faces de l'intimité d'une personne »¹⁶, on en déduit que le corps humain n'est pas une composante de la vie privée, mais un complément à celle – ci, afin d'aboutir à la personne elle – même. Pourtant, une confusion (ou une extension volontaire) s'opère bien souvent. En effet, les juges, notamment européens, tendent à faire du corps un élément dépendant de la vie privée. Suivant le modèle tracé par la Cour Suprême des Etats-Unis, la CEDH fait de la vie privée une notion de plus en plus vague et vaporeuse, qui recoupe désormais « l'intégrité physique et psychique » d'une personne, depuis l'affaire «Tysiac contre Pologne»¹⁷. En l'espèce, une femme attendant un troisième enfant avait été prévenue qu'elle risquait de perdre la vue si elle gardait l'enfant, par son premier médecin. Un second lui atteste cependant qu'elle ne risque absolument rien. La femme donne donc naissance à son enfant, mais devient aveugle. Elle porte l'affaire devant la justice, soulevant qu'on lui a empêché d'avoir recours à l'avortement. L'affaire ayant été classée sans suite par les juridictions polonaises, c'est vers la CEDH que va se tourner Mme Tysiac. Face à l'importance des valeurs catholiques en Pologne, la cour se devait de « prendre des pincettes », en évitant de se prononcer sur la question de savoir si la Conv.EDH garantissait un droit à l'avortement. Le subterfuge était tout trouvé : l'article 8 de la CEDH, selon lequel « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle*

¹⁶ GALLOUX, « Le corps humain dans le code civil » in « 1804-2004, le code civil, un passé, un présent, un avenir », D.2004, p.381

¹⁷ Tysiac contre Pologne, CEDH 4è sect., 20/03/2007, RTD Civ 2007, p.292, RDSS 2007, p.683

constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. » Pour ce faire, les juges vont faire poser sur l'état l'obligation positive de reconnaître aux futures mères le droit au respect de leur intégrité physique, sur le seul fondement de l'article 8 de la CEDH. Ainsi, comme le soulève M. MARGUENAUD, « *l'arrêt Tysiak étend, à une question mettant en jeu le droit au respect de l'intégrité physique, la technique procédurale d'amplification de la portée de l'article 8 déjà appliquée à la plupart des autres droits*¹⁸ *relevant de son champ d'application* ». ¹⁹ Mme ROMAN parle « *d'un raisonnement particulièrement compréhensif, à défaut d'être totalement compréhensible* »²⁰. Cette extension de l'article 8 n'est pas relative exclusivement à l'avortement. En effet, en matière d'euthanasie, la CEDH a également pu estimer que « *l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention* »²¹. Le domaine des relations sexuelles a également fait les frais de cette amplification de l'article 8 de la Conv.EDH. En effet, notamment en matière de sadomasochisme, la cour va considérer que ces pratiques, relevant de l'intimité sexuelle de la personne, font partie intégrante de la vie privée protégée par l'article 8 de la CEDH, et à ce titre, « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut comprendre également la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne* »²². A partir de là, on constate que, sous couvert de la protection de la vie privée, l'atteinte au corps est légitimée. C'est ainsi que la jurisprudence européenne en est venue à consacrer le principe de l'« autonomie personnelle », qui veut que chacun ait la faculté de mener sa vie comme il l'entend, de poser sa propre norme, quitte à ce que celle – ci contribue à sa destruction physique ou psychique. On peut légitimement regretter cette extension inopportune du concept de vie privée, au détriment de la protection du corps lui – même, au même titre d'ailleurs que l'extension du concept de dignité, notions qui deviennent, selon l'expression du professeur ROMAN, des auberges espagnoles²³.

¹⁸ Cf par exemple W.contre Royaume-Uni, CEDH,08/07/1987 (en matière d'assistance éducative)

¹⁹ MARGUENAUD, « La triste fin des embryons *in vitro* du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits de l'Homme » RTD Civ 2007,p.292

²⁰ ROMAN, « L'avortement devant la Cour Européenne »,RDSS,2007,p.683

²¹ Pretty contre Royaume-Uni, CEDH, 29/04/2002,§66

²² K.A et A.D contre Belgique, CEDH, 17/02/2005

²³ ROMAN, « L'avortement devant la Cour Européenne », RDSS 2007,p.643

Cette substitution de valeurs imprécises à l'existence d'une valeur « corporelle » peut être vue, tant comme la cause, que comme la conséquence d'une application dérogatoire des règles pénales lorsqu'elles touchent au corps humain.

B – Les spécificités juridiques liées à l'absence d'une « valeur corporelle »

L'objectivité du droit pénal et sa stabilité sont tous deux des principes fondamentaux de la discipline. Pourtant, lorsqu'il porte sur le corps humain, le droit pénal s'acquitte volontiers de ceux –ci. Ainsi, le consentement tient une place particulière dans l'application de la norme pénale (I), et le caractère éphémère des principes bioéthiques impose une rupture dans la stabilité du droit pénal (II).

1 - LA SPECIFICITE DU CONSENTEMENT : SON CARACTERE PERMISSIF

Il va de soi que le droit civil fait l'objet d'une privatisation de principe, ce qui implique une place primordiale accordée à la volonté individuelle. A l'inverse, en droit pénal, il est un principe selon lequel le consentement de la victime est inopérant. Expression de l'impérium de l'état souverain, le droit pénal poursuit une finalité d'ordre public, que la victime ne peut paralyser par sa volonté. Avec l'abandon de la justice privée, ce n'est ni le seul intérêt privé de la victime, ni la soif de vengeance qui justifie la répression, mais la nécessité de protéger l'ordre social. On conçoit, dès lors, que le consentement ne doit pas être pris en considération par le pénaliste. Cela est notamment illustré par l'interdiction de l'euthanasie, laquelle tombe sous la qualification d'assassinat. Et pourtant, outre le fait que les poursuites et condamnations en la matière relèvent davantage de la théorie que de la pratique, le législateur a admis, par la loi du 22 avril 2005, le recours à l'euthanasie passive. Si pour l'instant cela ne légalise pas le suicide assisté, cette évolution légale s'inscrit dans le droit fil d'une tendance législative et jurisprudentielle, qui consiste à faire du consentement, sinon un fait justificatif, au moins un préalable à l'atteinte au corps venant paralyser toute répression. On constate en effet que dans bon nombre d'infractions liées au corps humain, le consentement joue un rôle majeur, entraînant bien souvent des effets juridiques. Si cette tendance à attribuer un caractère permissif au consentement n'est pas exclusive aux infractions liées au corps humain, force est de constater que la matière est néanmoins particulièrement « touchée ». Parfois, c'est la loi elle-même qui va ériger l'absence de

consentement en élément constitutif de l'infraction. A contrario, le consentement de la victime neutralise la consommation de l'infraction. A titre d'exemple, on peut évoquer les atteintes à la personne résultant de l'examen de ses caractéristiques génétiques²⁴, l'interruption illégale de grossesse²⁵, l'expérimentation sur la personne humaine²⁶... Alors que ces actes constituent des atteintes au corps humain, le consentement va les légitimer. Dans les cas cités ci-dessus, c'est expressément la loi qui fait référence à ce consentement. Mais parfois également, le consentement va être facteur d'impunité pour l'auteur, alors même que le texte ne le prévoit ni explicitement, ni même implicitement. Par le truchement de la permission de la coutume ou de la loi, en ce qu'elle ne vient pas sanctionner un comportement pourtant dommageable pour le corps, un acte pourra rester impuni car la victime y aura consenti²⁷ : il en va des pratiques esthétiques (tatouage, piercing), des violences dans le cadre de sports dangereux, des actes médicaux... Si certains vont jusqu'à considérer que le consentement est devenu un fait justificatif²⁸, il semblerait que la neutralisation de l'infraction soit d'avantage liée aux dispositions de l'article 122-4 CP relatives à la permission de la loi. Il est vrai cependant que, si l'on veut persister dans l'idée que le consentement est un fait justificatif, on peut considérer qu'il serait alors un fait justificatif « spécial », au même titre que l'« exception de vérité » dans la diffamation, ou la « situation de détresse » de la femme enceinte²⁹. Quelque soit la qualification à retenir à l'égard du consentement, cette tendance à faire dépendre une atteinte au corps d'une volonté individuelle vient illustrer une nouvelle fois l'insouciance du droit pénal à l'égard du corps humain en lui-même. En effet, si les tiers ou l'ordre public, sont respectés, le droit pénal, dont la fonction est avant tout leur protection, s'efface au profit de l'autonomie de la personne. En effet, le consentement sera inopérant en cas de dopage lors d'une compétition sportive, ou en cas de mutilation pour ne pas avoir à répondre aux obligations militaires, alors que le dopage en dehors de toute pratique compétitive ou l'automutilation ne sont pas réprimés en principe, du fait du consentement. On en déduit que certaines incriminations deviennent disponibles. Cette idée n'est pas sans conséquence au regard du corps humain en tant que valeur (non) protégée. En effet, dépendant de la volonté individuelle, du fait de la prise en compte dérogatoire du

²⁴ Art 226-25 CP : « sans avoir recueilli préalablement son consentement »

²⁵ Art 223-10 CP : « sans le consentement de l'intéressée »

²⁶ Art 223-8 CP : « sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et express de l'intéressé »

²⁷ Voir même si elle n'y a pas consenti : il est fort probable que la petite « victime » du droit de correction des parents ne soit pas réellement consentante à la punition...

²⁸ SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », RSC 1991, p. 699 : « il n'est plus interdit de faire du consentement de la victime un véritable fait justificatif .»

²⁹ Bien qu'il est vrai, le consentement légitimant l'infraction soit beaucoup plus étendu et général que ces exemples ciblés...

consentement par le droit pénal, le corps humain ne jouit pas d'une protection inconditionnelle et intangible, du moins en droit pénal, ce qui confirme l'idée que le corps n'est pas une valeur protégée en lui-même. Comme l'exprime M. SALVAGE, « *il est impossible de ne pas réaliser que les valeurs sociales au regard desquelles le consentement devient aussi opérant s'en trouvent profondément modifiées* »³⁰. Ce caractère « permissif » du consentement est appuyé par une jurisprudence européenne³¹ qui reviendrait à soumettre dangereusement le corps humain à la volonté libre de chacun, si elle se voyait confirmée.

2 – L'INSTABILITE DU DROIT RELATIF AU CORPS : UNE REVISION ORGANISEE DU DROIT

Affirmer que le corps n'est pas protégé directement par le droit pénal, alors qu'une section de celui-ci s'intitule « de la protection du corps humain » peut sembler relever de l'ineptie. Pourtant, la lecture de ses dispositions suffit à constater que par cette législation qui se dit protectrice du corps, ce sont finalement des barrières qui sont levées, conduisant à une plus grande disponibilité du corps humain. Dans son principe même, la loi bioéthique de 1994 allait devoir concilier deux objectifs contradictoires : protéger, tout en libéralisant l'utilisation du corps. Paradoxalement donc, la construction législative du statut du corps, si elle a été réellement protectrice en droit civil (articles 16 et suivant du code civil), en droit pénal, par la multiplication des dérogations, elle a conduit à organiser et légaliser les différentes pratiques qui étaient auparavant utilisées, et qu'elle a donc entériné. Parmi celles – ci, on retrouve le prélèvement d'organes, l'assistance médicale à la procréation ou encore le don d'organes. Ce n'est pas cette législation en soi qui est problématique, mais son caractère provisoire. En effet, la loi elle-même prévoit de « *prendre rendez-vous* », pour reprendre l'expression de M. BRAIBANT³², dans cinq ans. Il est vrai qu'au regard de l'évolution scientifique, le droit de la bioéthique ne doit pas rester figé, et cette révision programmée présentait l'intérêt de permettre de corriger les erreurs de la loi de 1994, voire d'interdire ce que l'on avait pu auparavant autoriser si besoin. Pourtant, c'est l'effet inverse que va avoir ce « relooking » de la bioéthique. En effet, cette révision n'a consisté, « *pour l'essentiel, qu'en un recensement des problèmes [...] que les médecins et scientifiques estiment avoir été causés par les quelques interdictions posées par le législateur.* » Dès lors, « *la révision [...] tend nécessairement à la suppression des rares interdits et non aux corrections nécessitées par des*

³⁰ SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », RSC 1991,p. 699

³¹ Notamment par l'arrêt K.A et A.D contre Belgique, CEDH, 17/02/2005. Voir également p.100

³² BRAIBANT, « Pour une grande loi », Pouvoirs 1991,n°56,p.114

autorisations trop légèrement accordées. »³³ Si l'on observe les travaux préparatoires de la loi de révision de 2004, on constate en effet que les objectifs étaient de permettre, en 2004, ce qui ne l'avait pas été, en 1994 : la recherche sur les embryons, la présomption de consentement d'un défunt pour le prélèvement d'organes, le recours aux « bébés médicaments »..., ces objectifs ayant été, pour la plupart, atteints. Qu'en sera-t-il alors de la loi bioéthique de 2010?³⁴ Les débats soulevés ont été nombreux. Si la révision des lois bioéthiques consiste alors à franchir, à chaque fois, quelques pas de plus vers la disponibilité de l'humain, il est fort à parier qu'à la fin de notre siècle, le progrès scientifique sera l'heureux vainqueur : le corps humain, à défaut de n'avoir jamais été une valeur protégée par le droit pénal, n'aura même plus de valeur du tout, si ce n'est celle d'un accessoire à la constitution et à la répression des infractions...

II – LE CORPS HUMAIN RECUPERE PAR L'INFRACTION

Oublié au titre des valeurs protégées par le droit pénal, le corps humain garde cependant toute sa place dans l'infraction. Ce n'est pas lui qui est protégé, mais son implication peut – être nécessaire à la constitution de l'infraction (A). Il peut également faciliter la répression, ou du moins en fixer l'étendue (B).

A – Le corps et la constitution de l'infraction

Le corps humain est parfois nécessairement pris en considération lorsque l'on s'attache à vérifier que la matérialité de l'infraction est effective. Ainsi, le corps peut être appréhendé au niveau des conditions préalables à l'infraction, ou à la constitution de l'infraction elle-même (1). De même, il peut lui être porté attention au niveau du préjudice, qui est parfois nécessaire à la constitution d'une infraction (2).

³³ BINET, « Les paradoxes du droit de la biomédecine » JCP 2008, 04

³⁴ Elle n'entraînera vraisemblablement pas cette « révolution bioéthique » qui semblait se dessiner. Voir ainsi p.112

1 - LE CORPS COMME ELEMENT COMPRIS DANS LA MATERIALITE DE L'INFRACTION

Si le corps n'est pas considéré comme une valeur sociale à protéger, il n'en reste pas moins pris en compte par le droit pénal, au titre d'élément préalable ou d'élément constitutif de certaines infractions attentatoires au corps. Ainsi, sans cet élément « corporel », l'infraction n'est pas, et conséquemment, la répression non plus. Cela signifie que le corps jouit tout de même d'une protection que l'on pourrait dire auxiliaire, incidente. L'une des illustrations peut – être la condition de « vulnérabilité » inscrite dans différentes incriminations, comme par exemple la soumission de personnes à des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine³⁵ ou le recours à la prostitution de personnes vulnérables³⁶. Le corps est également envisagé comme étant un élément préalable à l'infraction en matière de discrimination. En effet, l'origine, le sexe, l'état de grossesse, l'apparence physique l'état de santé, le handicap, l'orientation sexuelle, l'âge, les caractéristiques génétiques sont autant de motifs discriminatoires cités à l'article 225-1 CP qui renvoient au corps, plus ou moins directement. Si cela n'exclut pas qu'il existe d'autres motifs discriminatoires détachés du corps, il trouve néanmoins une place importante.

Plus explicitement encore, en ce qui n'est plus un préalable à la constitution de l'infraction, mais un élément constitutif en lui – même, le corps est l'enjeu essentiel de l'exhibition, visée par l'article 222-32 CP. En effet, par un arrêt de cassation rendu le 4 janvier 2006³⁷, la chambre criminelle a estimé que le délit d'exhibition sexuelle ne pouvait être constitué si aucune partie du corps n'avait été dénudée ou paru dénudée. Ainsi, en l'espèce, un geste obscène ne peut être sanctionné lorsqu'il n'est pas corroboré par une nudité. Cette interprétation stricte de la loi a également été retenue en matière de viol, dans un arrêt rendu le 21 février 2007 par la chambre criminelle, selon laquelle il n'y a pas d'« acte de pénétration sexuelle » lorsque la pénétration ne se fait pas par l'organe sexuel masculin³⁸. Le corps est donc nécessairement impliqué dans la constitution de l'infraction. La matérialité de

³⁵ Art 225-13 CP « Une personne « dont la vulnérabilité [...] sont apparents ou connus de l'auteur »

³⁶ Art 225-12-1 CP « « lorsque cette personne présente une particulière vulnérabilité [...] due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse »

³⁷ Crim. 04/01/2006, Bull.crim.n°3

³⁸ Crim. 21/02/2007, Bull.crim.n°61. Il est à noter que cette solution a été rendue concernant des actes de fellations, sur un objet et non le sexe masculin. Si l'objet avait été utilisé pour une pénétration anale, le viol aurait vraisemblablement été constitué, l'anus renvoyant au caractère sexuel de la pénétration, contrairement à la bouche. Une telle distinction semble artificielle et non avenue.

celle – ci peut également inclure l'existence d'un préjudice, que le corps humain permet souvent de constater.

2 -LE CORPS COMME ELEMENT NECESSAIRE AU PREJUDICE

Dans un certain nombre d'infractions, l'atteinte au corps est une condition sine qua non de l'existence d'un préjudice. A défaut d'une telle atteinte, l'infraction (tout du moins l'infraction matérielle) ne peut être constituée. C'est ici conférer une importance toute particulière au corps, le préjudice « moral » n'étant pas suffisant. Ainsi, les infractions classiques telles que le meurtre ou le viol supposent une atteinte corporelle³⁹. De même, l'article 223-6 CP relatif à l'omission de porter secours dispose clairement que le délit sera constitué lorsque « *quiconque pouvant empêcher [...] soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne* » ne l'a pas fait. La référence explicite et exclusive à l'intégrité « corporelle » est unique dans le Code Pénal, et relève vraisemblablement du fait de cet article n'a pas fait l'objet d'une nouvelle rédaction en 1994. Mais ce n'est pas l'ancienneté de ce texte qui explique cette attention toute particulière portée au corps, car une toute nouvelle loi fait également référence exclusivement aux violences « physiques ». Il s'agit de l'article 91 de la loi pénitentiaire publiée le 25 novembre 2009, qui porte à 30 jours le placement en cellule disciplinaire lorsque la personne détenue commet « *tout acte de violence physique contre les personnes* ». La question sera néanmoins de savoir si les violences physiques entraînant un préjudice uniquement moral sont visées, ce qui semble ne pas être le cas, le législateur visant implicitement un préjudice corporel. La question mérite également d'être posée concernant les actes de torture et de barbarie, au regard de l'imprécision du texte d'incrimination, l'article 222-1 CP. Alors que la convention de l'ONU contre la torture, de 1984, prohibe les actes causant des douleurs aiguës, « physiques ou mentales », les travaux préparatoires de l'Assemblée Nationale effectués lors de l'insertion dans le Code Pénal de l'infraction autonome de torture n'envisagent que les « tortures corporelles »⁴⁰. Faut – il alors s'en tenir à une interprétation téléologique de l'article 222-1 CP, celle – ci imposant alors qu'il y ait eu un dommage corporel ? La notion de torture est floue, ce qui a permis à une circulaire américaine du Département de la Justice, en août 2002, de réduire l'application de la notion aux actions entraînant d'intenses douleurs « physiques » (excluant de ce fait les souffrances morales). La CEDH rejette cette idée, par le biais de la notion de traitements

³⁹ Ce qui n'est pas le cas pour les violences, qu'elles soient volontaires ou involontaires, l'ITT pouvant tout aussi bien concerner un dommage corporel que psychique. Le corps n'est donc ici pas le seul élément susceptible d'entraîner une condamnation.

⁴⁰ Cela peut s'expliquer par le fait qu'auparavant, les tortures n'étaient que des circonstances aggravantes du meurtre ou du viol, or, ces infractions étaient par définition une atteinte au corps.

inhumains ou dégradants⁴¹, et estime que le dommage psychique doit être pris en considération. En droit interne, l'imprécision du texte déteint sur celle de la jurisprudence, même s'il semblerait que par l'utilisation fréquente des termes « une douleur ou une souffrance »⁴², la Cour assimilerait la douleur à un dommage corporel et la souffrance à une atteinte psychique, laissant ainsi à penser que la souffrance psychique suffirait en elle-même.

B – Le corps et la répression de l'infraction

Non seulement impliqué dans la constitution de l'infraction, le corps humain peut également en permettre la répression. En effet, il peut faciliter la preuve de l'existence d'une infraction, ou d'un élément nécessaire à celle-ci (1). Également, il peut être un indicateur quant au choix de la sanction, en ce qu'il peut déterminer la gravité de l'infraction (2).

1 - LE CORPS COMME OUTIL D'UNE PRESOMPTION

Le corps peut – être utilisé à des fins de présomptions, à deux égards. D'une part, on va parfois pouvoir présumer l'existence d'une infraction dès lors qu'il y eu atteinte au corps. C'est le cas en matière de traitements inhumains et dégradants, depuis l'arrêt Tomasi⁴³, qui estime que les lésions constatées médicalement à la suite d'une garde à vue, présume, si le gardé à vue était en bonne santé avant cette procédure, de l'existence de violences policières. La charge de la preuve s'inverse, défavorablement pour l'état, du simple constat de l'existence d'un dommage corporel. D'autre part, le corps va être un révélateur de l'élément moral lorsque celui-ci n'apparaît pas toujours très clairement. En effet, le juge a créé une présomption d'intention d'homicide tirée de la partie du corps de la victime qui a été atteinte, ou visée, selon qu'elle était vitale ou non.⁴⁴ Le corps est donc un outil comme un autre, au service du droit, mais également un indicateur de la répression.

2 - LE CORPS COMME INDICATEUR DE LA REPONSE PENALE

Si l'on observe les circonstances dites « aggravantes » des infractions, impliquant une réponse pénale plus sévère, on constate que ces circonstances sont souvent (mais pas

⁴¹ Exemple pour l'attente dans le couloir de la mort : Arrêt Soering, 07/07/1989, CEDH

⁴² Lyon, Ch. acc., 19/01/1996, D. 1996. 258

⁴³ CEDH, 27/08/1992

⁴⁴ Ainsi, le dol général sera présumé lorsque la victime a reçu 3 balles dans le cœur, l'accusé devant alors prouver l'absence d'intention.

exclusivement) liées au corps humain. On estime alors que lorsque le corps a été touché gravement par l'infraction (mutilation⁴⁵, infirmité ou ITT⁴⁶) ou lorsqu'il a été l'élément déterminant du choix de la victime par l'auteur de l'infraction (handicap, minorité ou vulnérabilité), la répression sera plus forte. On peut souligner que dans le premier cas, cela renvoie à une protection toute particulière du corps en lui – même, mais dans le second, cela traduit moins la volonté de protéger le corps que celle de réprimer davantage une dangerosité accrue de l'auteur de l'acte, celui-ci s'attaquant à une personne « faible ». Il est également à noter que l'article 8 CPP prévoit que l'âge de la victime va jouer quant à la prescription, en ce que cette dernière, pour certaines infractions, ne commencera à courir qu'une fois la majorité acquise. C'est le cas en matière de violences, d'agression sexuelle, de proxénétisme...

Si l'on peut déplorer l'existence d'une protection particulière du corps en tant que valeur protégée, on ne peut cependant affirmer qu'il est ignoré par le droit pénal, en ce qu'il sert d'accessoire à la constitution et à la répression des infractions. Mais si l'on quitte le chemin du droit substantiel, on s'aperçoit que la procédure pénale fait également une utilisation du corps humain, d'une toute autre manière.

Section II - L'appropriation du corps par la procédure pénale

Outre le fait qu'il ne soit pas protégé par le droit pénal, le corps humain fait l'objet d'une considération utilitariste par la procédure pénale. Utile tant dans la phase de recherche des preuves (I) que dans celle de la répression (II), le corps humain est au service de la justice.

I – LE CORPS, NOUVEL OUTIL D'INVESTIGATION

Le lien de dépendance entre la justice et le corps humain n'est pas né avec le développement de la science et des procédés techniques. Bien avant cela, le corps était un moyen de preuve ou un outil pour soutirer un aveu (A). Aujourd'hui, il reste indispensable à la procédure pénale, qui y porte toujours atteinte, mais de façon plus règlementée (B).

⁴⁵ Exemple : la mutilation ou l'infirmité sont une circonstance aggravante des tortures, faisant passer la répression de 15 ans à 30 ans.

⁴⁶ Bien que l'ITT ne soit pas uniquement liée au dommage corporel, mais également aux conséquences psychologiques de l'infraction, on observe que la répression augmente selon le nombre de jour d'ITT indiqué.

A – La disparition de l’atteinte au corps pour la recherche de la preuve

Du corps humain pouvait dépendre, pendant longtemps, la survie d’un homme accusé. Il pouvait être une preuve, en lui-même, de la culpabilité (1). Il pouvait également amener l’homme à reconnaître sa faute, tant la souffrance du corps peut affaiblir les convictions d’une personne (2).

1 - L’ORDALIE ET LE DUEL : LA PREUVE PAR LE CORPS

L’histoire de la justice criminelle permet de constater l’importance qui était octroyée au corps humain, véritable dispositif probatoire à l’époque franque et au moyen-âge. Le droit franc et l’ancien droit ont en effet recours à ce que l’on peut qualifier de « preuves irrationnelles », celles – ci faisant appel à Dieu et aux forces magiques. On distingue alors les ordalies, et le duel. Il s’agit de moyens de preuve, utilisés à partir de l’époque carolingienne, consistant à faire supporter une épreuve à l’accusé (ordalies simples) ou à plusieurs suspects (duel judiciaire), Dieu ou les « forces magiques » intervenant en faveur de celui qui dit la vérité.

L’ordalie suppose d’exposer le corps au feu, ou à l’eau le plus souvent. On cite souvent l’ordalie du feu, consistant à faire saisir un fer rouge à l’accusé, puis à recouvrir la main d’un pansement scellé. Au bout de 3 jours, on examine l’état de la main, et si celle-ci est en voie de guérison, l’accusé est déclaré innocent⁴⁷. Les ordalies doubles, ou duels, étaient à l’origine assez modérés (par volonté de l’église), la plus commune consistant à garder les bras en croix le plus longtemps, le premier à les décroiser étant déclaré coupable⁴⁸.

Les ordalies simples vont disparaître au XIIème siècle, face aux contestations univoques de l’Eglise et des juristes, dénonçant l’absence de valeur de telles preuves. Pourtant, le duel judiciaire, lui, reste la preuve privilégiée, lorsque les juges estiment ne pas avoir suffisamment de preuves rationnelles. Il peut intervenir à différentes phases du procès : au début, lorsque l’accusé répond à l’accusation par une formule de duel, ou en cours de procédure, pour empêcher à un témoin de s’exprimer par exemple. La noblesse ou la bourgeoisie combattra à cheval, le roturier, à pied, ce qui peut entraîner des inégalités. Cela est d’autant plus dangereux que, si lors d’un procès civil, le duel s’arrête dès la première blessure, il continuera jusqu’à la mort, ou la blessure mortelle, lors d’un procès pénal. L’Eglise, la bourgeoisie et l’Université (notamment les juristes, nourris de droit romain) vont

⁴⁷ L’expression « en mettre sa main au feu » étant issue de cette pratique.

⁴⁸ D’où l’expression « baisser les bras ».

demander l'interdiction de cette pratique⁴⁹, ce qui fût fait par une ordonnance de 1258. Le duel n'est alors plus un moyen de preuve, mais un crime.

Pendant des siècles, ce fût donc au corps de prouver l'innocence de la personne. Mais longtemps en France, il fût également utilisé afin d'obtenir la preuve suprême de la culpabilité : l'aveu.

2 - LA TORTURE : L'AVEU DU CORPS

Apparue à Rome, la torture redevient une pratique courante dans le système médiéval (à partir du XIIIème siècle), en raison de la modification du système de preuve liée à la disparition de l'ordalie et du duel. La preuve rationnelle est préférée. Le juge cherche alors à obtenir l'aveu, par tout moyen. Ce sont les tribunaux de l'inquisition qui amorcent cette pratique de la « question préparatoire ». La première référence textuelle à la torture dans un tribunal laïque apparaît en 1246. Cet usage devient une coutume. La législation royale règlemente par la suite cette pratique, dans une ordonnance de 1254 : « *on ne peut soumettre à la torture des personnes de bonne renommée que s'il y a de graves indices sur la personne* ». D'autres ordonnances vont par la suite poser des conditions, comme celle de 1315, qui impose que le crime pour lequel on recherche l'aveu soit puni de la peine de mort⁵⁰, qu'il existe déjà une preuve « semi pleine » (c'est-à-dire un commencement de preuve) et que le recours à la torture soit décidé lors d'un véritable jugement. Malgré ces conditions, la torture est, au XIVème siècle, fréquemment utilisée. Les méthodes vont différer selon les provinces, car elles sont apparues localement, d'après chaque coutume. Paris use de la question par l'eau (on fait boire à l'accusé de grandes quantités d'eau), la Bretagne a recours à la question par le feu. La plupart du temps, la torture conduit à l'aveu, de part sa cruauté, et sa répétition : si l'individu n'avoue pas, ou se rétracte, la procédure peut être répétée trois fois. Cela va changer avec l'ordonnance de Saint Germain en Laye, de 1670, sous l'impulsion de Colbert, qui va en limiter l'emploi. Les conditions d'utilisation sont plus strictement réglementées, et surtout, après un aveu sous la torture, l'accusé doit confirmer son aveu lors d'un interrogatoire. En cas de rétractation, il ne peut plus être soumis à la question préparatoire. Alors qu'au moyen-âge, les aveux étaient obtenus assez facilement, dès le XVIème siècle, avec le contrôle de la torture, l'aveu se fait de plus en plus rare (environs 8% des personnes soumises à la question). Le recours à ce procédé est donc moins fréquent, et fini par être interdit par une ordonnance de Louis XVI, en 1780. La question préalable, visant à faire

⁴⁹ Seule la noblesse souhaitait conserver ce mode de preuve, cela n'étonnant pas au regard de sa fonction première : le combat.

⁵⁰ Ce sera le cas, à l'époque, pour le meurtre bien sûr, mais aussi l'incendie, la trahison ou encore l'hérésie)

dénoncer les éventuels complices, avant l'exécution du condamné, est, quant à elle, interdite en 1788. Depuis lors, le recours à la torture, que ce soit pour obtenir l'aveu, exécuter une peine ou terroriser une population, est prohibé par le droit interne⁵¹ et par divers textes internationaux⁵².

Le corps a donc été, au fil de l'histoire, tant un mode de preuve de l'innocence, qu'un véritable intermédiaire pour aboutir à la condamnation de l'accusé. Aujourd'hui, le corps remplit toujours cette même fonction de fidèle serviteur de la justice, et ce parfois contre l'intérêt de la personne qui le détient.

B - La renaissance de l'atteinte au corps

La disparition de ces diverses atteintes physiques à la personne afin d'obtenir une « vérité » judiciaire n'a pas été sans affecter les moyens de preuves. Ceux-ci sont donc aujourd'hui différents, mais portent toujours une atteinte au corps, tout autre cependant, il faut bien en convenir. La science a été pour la recherche de la preuve d'un apport considérable (1), et les caractéristiques physiques de l'Homme constituent parfois un aveu du corps (2).

1 - LE CORPS HUMAIN COMME CHAMP D'INVESTIGATION SCIENTIFIQUE

Pour reprendre l'expression de Mme AMBROISE – CASTEROT, « *autrefois, on torturait le corps pour obtenir l'aveu, donné par la bouche. Aujourd'hui, on effleure la bouche d'un petit bâtonnet afin d'obtenir la vérité que contient le corps* ». ⁵³ Le corps humain est devenu le nouveau terrain des investigations pénales, en ce que la qualité des preuves qu'il délivre est indéniable. Bien que le juge n'y soit pas tenu, ces preuves corporelles jouissent d'un crédit irréfutable. Au 19^{ème} siècle, la rationalité scientifique l'emporte définitivement sur l'irrationnel et le religieux. Devant les différentes méthodes faisant leur entrée sur la scène judiciaire (empreintes génétiques, prises de sang, taux d'alcool dans l'air expiré, examen médical...), la doctrine, notamment MELLOR, MERLE, LARGUIER, s'interroge : alors que la justice a un pouvoir sur les biens de la personne (perquisitions, saisie...), elle « *ne peut rien sur son corps. Elle ne peut le frapper ; elle ne peut d'avantage lui extraire par effraction les*

⁵¹ Art 222-1 CP

⁵² PIDCP, 1966 ; Convention de Genève de 1949 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1984...

⁵³ AMBROISE-CASTEROT, « La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne », RDSS 2008,p.66

secrets que recèle sa constitution biologique »⁵⁴. Et pourtant, c'est ce que le Code de Procédure Pénale prévoit. Le progrès scientifique a ainsi développé de nouvelles méthodes d'investigations. Ainsi, l'air expiré, ou encore l'analyse du cheveu permettra de constater une consommation d'alcool, ou de stupéfiants. Le questionnement génétique, quant à lui, est inconnu de la justice jusqu'aux années 1990, et fait son apparition avec la loi du 29 juillet 1994 sur la bioéthique. Paradoxalement, c'est d'abord l'article 16-11 du Code Civil qui lui apporte une existence pénale, en offrant la possibilité de prélever les empreintes génétiques dans le cadre d'une information judiciaire. Le parlement adopte finalement une législation spécifique, avec la loi du 17 juin 1998, qui insère le prélèvement des empreintes génétiques dans le Code Pénal, dans la partie relative au fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG). Ce dernier est une véritable base de données permettant une identification génétique des individus condamnés, ou même soupçonnés, pour un nombre déterminé d'infractions. Cependant, cette liste est telle qu'elle vise la grande majorité des infractions existantes. Parmi les prélèvements que l'on peut qualifier d'internes, il existe également la prise de sang. Si celle-ci peut être refusée pour la plupart des infractions, elle ne peut l'être en cas d'infraction de nature sexuelle (le but étant de protéger la victime d'une éventuelle contamination). La question du consentement est centrale, en ce que la justice française reconnaît le droit de ne pas s'auto-incriminer, et le droit à l'intégrité corporelle, ceux-ci étant en contradiction avec l'impératif de recherche de la preuve nécessaire à la résolution de l'affaire. Ce difficile équilibre à prendre en considération explique la solution quelque peu artificielle qui a été adoptée : dans la majorité des cas (celui des infractions sexuelles mis à part), le consentement est nécessaire, l'individu est donc libre de consentir à de telles mesures d'investigations. Pourtant, cette liberté est toute relative, le refus étant pénalement sanctionné. A titre d'exemple, le refus de se prêter à une analyse d'haleine ou sanguine dans le cadre d'une infraction au code de la route est érigé en infraction pénale. De même, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende, au titre de l'article 55-1 CPP, le refus d'une personne soupçonnée de se soumettre aux prélèvements externes nécessaires. Concernant les empreintes génétiques, le législateur va plus loin : une personne condamnée à une peine d'au moins dix ans d'emprisonnement doit, sur l'autorisation du procureur, se soumettre au prélèvement biologique, sans pouvoir s'y opposer (quant aux suspects, ils peuvent toujours refuser, mais risquent ici aussi un an de prison et 15000€ d'amende⁵⁵). De ces diverses illustrations, il ressort que le corps peut être un véritable « traître » pour la personne qui l'habite, et une manne d'informations sans pareille pour la

⁵⁴ MERLE, *Le corps humain, la justice pénale et les experts*, JCP 1955. I. 1219, n° 4 et n° 6

⁵⁵ Art 706-56§2 CPP

justice. Alors que la jurisprudence prohibe le recours à l'hypnose pour obtenir l'aveu, car cette pratique consiste à extraire la vérité sans le consentement libre et éclairé de la personne suspectée, les méthodes de recherche scientifique parviennent à ce même résultat paradoxal : l'aveu corporel sans l'approbation de son auteur.

2 - LA RECHERCHE DE LA PREUVE PAR LE PHYSIQUE

La recherche de la preuve peut s'effectuer par le « physique », dans les deux sens du terme. En effet, d'une part, l'apparence physique va pouvoir confondre le suspect, et d'autre part, le contact physique pourra également apporter des éléments de preuve.

C'est tout d'abord l'anthropométrie (*du grec anthrôpos, Homme, et Metron, Mesure*) qui apparaît. Méthode d'identification la plus ancienne, fondée sur une étude de QUETELET, en 1870, reprise par BERTILLON, c'est une technique de mesure des particularités dimensionnelles de l'homme. Par ses premiers travaux, BERTILLON crée le « bureau d'identité », en 1882, à la préfecture de Police de Paris. L'année d'après, le service d'identité judiciaire naît, avec pour outil les données anthropométriques et les photographies. En 1894, le recours aux empreintes digitales intègre au processus d'identification judiciaire. Le corps de l'homme est donc devenu l'outil de la police.

Cette affirmation est d'autant plus vraie que le corps va pouvoir être « mis à nu » par la fouille corporelle afin qu'il révèle l'existence d'une infraction. Le terme « fouille » recouvre différentes hypothèses, plus ou moins attentatoires au corps. Si la fouille par palpation, n'impliquant aucun déshabillage, n'est que relativement attentatoire à l'intimité, il en va différemment de la fouille intégrale, et surtout des investigations corporelles internes⁵⁶. Ces fouilles vont pouvoir être pratiquées par la police, la gendarmerie, la douane, et surtout par l'administration pénitentiaire. Si l'on observe les différents fondements textuels consacrant ces méthodes, on constate qu'il existe une sorte de « chaos juridique ». En effet, alors qu'en droit pénitentiaire, la circulaire du 14 mai 1986 règlemente les fouilles par palpations et les fouilles intégrales, rien ne porte sur les investigations internes, pourtant utilisées en milieu carcéral, et plus attentatoires au corps. A l'inverse, dans la police, aucun texte ne vient fonder véritablement les fouilles intégrales, alors qu'une loi prévoit le

⁵⁶ L'expression juridique américaine « fouilles des cavités » traduisant mieux l'atteinte portée au corps.

déroulement des fouilles anales⁵⁷. Ce désordre textuel est d'autant plus dommageable que ces fouilles corporelles portent véritablement une atteinte au corps. Il était donc indispensable que la réglementation des fouilles corporelles internes, en milieu carcéral, soit établie, ce qui est désormais fait, avec l'article 24 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Celui-ci vient autoriser l'investigation corporelle interne lorsqu'elle pratiquée par un médecin requis par l'autorité judiciaire à cet effet (cela ne venant que sceller juridiquement une pratique déjà existante). Bien que la loi commence à régler cette pratique, elle n'en demeure pas moins attentatoire au corps. Si la fouille intégrale proscrit tout contact avec le corps, elle implique néanmoins une dénudation complète, ainsi que l'examen de la bouche, de la chevelure, et également de l'anus (la personne devant se pencher et tousser, pour vérifier qu'il n'y a rien dissimulé), examen qui doit être réalisé « minutieusement »⁵⁸. Si cette méthode conduit à une atteinte à la dignité et à l'intimité, les investigations corporelles internes, elles, constituent une véritable atteinte à l'intégrité. Malgré le refus (juridiquement fondé, de part l'absence de l'élément moral) de la cour de cassation⁵⁹ et de la CEDH⁶⁰, de considérer ces fouilles internes comme une agression sexuelle, il est vrai que, cette tâche, même pratiquée par un médecin, vient faire du corps un objet que l'on peut inspecter.

Il est désormais évident que le corps est devenu un outil de la répression. Mais il est également le moyen de cette répression, et ce depuis l'existence même de la justice, privée comme étatique.

II – LE CORPS, PERPETUEL OUTIL DE REPRESSION

Le lien entre l'esprit et le corps est tel que pour anéantir le premier, la destruction du second est inévitable. De ce fait, pendant longtemps, c'est par la mort ou la mutilation que la justice a répondu aux crimes les plus graves (A). Aujourd'hui, le corps ne subit plus de telles atteintes, mais demeure un élément central de la répression (B).

⁵⁷ Article 63-5 CPP issu de la loi du 15 juin 2000 : « Lorsqu'il est indispensable pour les nécessités de l'enquête de procéder à des investigations corporelles internes sur une personne gardée à vue, celles-ci ne peuvent être réalisées que par un médecin requis à cet effet »

⁵⁸ Art D294§2 CPP

⁵⁹ Crim,10/12/08

⁶⁰ KHIDER c. France, 09/07/09, CEDH. L'arrêt condamne cependant la France pour traitements dégradants, du fait de la répétition injustifiée des fouilles.

A – La disparition de la peine de mort et de la sanction par l’atteinte corporelle

L’atteinte au corps humain a longtemps servi de moyen de sanction à la justice. Cela pouvait consister en une atteinte à l’intégrité physique de la personne (1) ou à une atteinte à sa vie (2).

1 - LA SANCTION PAR LA MUTILATION DU CORPS

Comme toutes les expressions communément utilisées en langue française, les termes « œil pour œil, dent pour dent »⁶¹ trouvent tout leur sens lorsque l’on se réfère à leur origine historique. Celle-ci est, en l’occurrence, très ancienne. Le code d’Hammourabi, datant du 18^{ème} siècle avant Jésus Christ, est le premier à fixer des peines corporelles, avec la « loi du Talion ». Bien que cela mette fin à la justice privée, et introduise un début d’ordre dans la société, la loi du Talion s’apparente pourtant clairement à une vengeance. Il est porté au corps du coupable la même atteinte que celle dont il est à l’origine. Les 200 règles prévues par le Code d’Hammourabi sont fondées sur cette réciprocité de la peine. Malgré son ancienneté et la perception de pratique barbare que l’on en a aujourd’hui, la loi du Talion a connu de nombreuses résurrections : la Grèce archaïque, puis Rome ont toutes deux eu recours à cette réponse répressive, tout comme le peuple franc à l’époque mérovingienne, dès le V^{ème} siècle après Jésus Christ. De plus, la loi du Talion a connu de nombreuses déclinaisons. Entre autre, on va punir le coupable par la partie du corps avec laquelle il a pêché. La loi des Homérites⁶² prévoit, par exemple, au 1^{er} siècle après Jésus Christ, de couper la langue aux imposteurs et faux témoins, ou encore le sein gauche de la femme coupable d’adultère. Au Moyen-âge, c’est également pratique courante, le voleur se voyant ainsi privé de sa main, ou le violeur de son organe génital. Pendant longtemps, et il y a encore peu de temps, la « *fonction sociale de la peine [passait] par la sanction physique*⁶³ ». On peut alors considérer que les peines d’amende, et d’emprisonnement, étaient les premières peines alternatives. Les philosophes de Lumières, attachés aux droits fondamentaux de l’homme, ont été leurs fervents défenseurs, ce

⁶¹ Dans la législation biblique, la formule consacrée est la suivante : « *Tu ne jetteras aucun regard de pitié, œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied* », Deutéronome 19/21 (X^{ème}/VI^{ème} s. avant JC). Cette formule, reprise par la religion, apparaît dans les jurisprudences 196 et 200 du Code d’Hammourabi.

⁶² Nouvelle revue Historique de droit français et étranger, 1905, traduit par Dareste, Esmein, Appert, Fournier, Tardif et Prou.

⁶³ LAHALLE Thibault, Thèse, Droit privé, 2002, « la qualification juridique du corps humain ».

qui transparaît dans le code pénal de 1791. Pourtant, le marquage au fer rouge⁶⁴, ou l'amputation du poing⁶⁵ réapparaissent dans le Code Pénal de 1810. La sanction par le corps a donc été, de tout temps, un principe de répression reconnu et pratiqué, et ce jusqu'au traité de droit pénal de 1835, qui vient prohiber les sanctions corporelles⁶⁶. Cette interdiction est aujourd'hui affirmée par de nombreux textes internationaux, tels que l'article 5 de la DUDH, l'article 3 de la CEDH, la convention de NY contre la torture ou encore l'article 7 du PIDCP. C'est bien après l'interdiction de ces pratiques mutilantes et humiliantes qu'est proscrite une autre atteinte au corps, pourtant plus extrême : la peine de mort.

2 - LA SANCTION PAR LA MORT

Déterminer l'origine historique de la peine de mort n'est pas chose aisée, en ce que l'on peut considérer qu'elle précédait l'existence même de l'état de droit, en relevant d'une justice privée. Cette « vengeance » a peu à peu été règlementée, l'un des premiers textes étant la loi du Talion : qui donne la mort devra être tué. De même, les cas de recours à la peine de mort deviennent limitativement énumérés, bien que, dans l'Égypte pharaonique, par exemple, la liste soit longue : le fait de tuer un animal sacré, de recourir à la magie ou d'offenser une divinité est puni de la peine capitale...La Grèce antique, et le droit romain punissent également par la mort un certain nombre de crimes. Cependant, dans toutes ces périodes, la peine de mort répond à la fonction utilitariste de la peine, à savoir le besoin de protéger la société, et de dissuader la population de contrevenir aux règles établies. Cela va changer au Moyen-âge, où la peine de mort revêt alors une fonction expiatoire, punitive. Cela se traduit par la cruauté et diversité des châtiments : le bûcher pour les hérétiques, la pendaison pour les meurtriers, l'écartèlement pour les parricides, l'huile bouillante pour les faux monnayeurs, la roue pour les brigands, le démembrement du pénis pour les violeurs...La torture vient donc accompagner la mort, pour non seulement porter atteinte à la vie, mais également au corps. Avec la philosophie des Lumières, le rôle utilitariste de la peine est à nouveau mis en avant, et c'est finalement Cesare BECCARIA qui va, le premier, défendre l'abolition de la peine de mort, dans son ouvrage « Dei Delitti e delle pene »⁶⁷. En 1792, la sanction devient la même pour tous les condamnés à mort : la guillotine. Dès lors, les propositions de loi

⁶⁴ Article 20 CP de 1810

⁶⁵ Article 13 Cp de 1810

⁶⁶ A l'exception de la peine capitale, abolie bien plus tard.

⁶⁷ Beccaria, « Traité des délits et des peines », 1764, coll. Bibliothèque Nationale, p.237, §28 « Il me paraît absurde que les lois, qui sont l'expression de la volonté publique, qui détestent et punissent l'homicide, en commettent un elles-mêmes, et que pour éloigner les citoyens de l'assassinat, elles ordonnent un assassinat public.»

visant l'abolition de la peine capitale se multiplient : 91 propositions de lois échouent, la 92^{ème}, déposée par Robert BADINTER, alors ministre de la justice, vient abolir la peine de mort en France, le 10 octobre 1981. Le refus absolu de la peine de mort est finalement scellé par la constitutionnalisation récente de son interdiction, le 23 février 2007.

Si la peine de mort n'était pas indispensable au bon fonctionnement de la justice, certaines formes d'atteintes au corps, comme l'emprisonnement, sont à l'inverse inévitables pour assurer la protection de la société.

B - Les nouveaux modes de répression par le corps

Si, en France du moins, l'abolition de la peine de mort et l'interdiction de la torture retirent au corps un rôle qu'il n'aurait jamais du avoir, il n'en demeure pas moins que le système répressif actuel engage toujours le corps, d'une autre façon et dans un autre but. L'emprisonnement, hospitalisation d'office, ou encore la surveillance électronique de l'individu permet à la justice, via le corps humain, d'enfermer, ou de suivre le condamné. Mais c'est surtout depuis la loi du 17 juin 1998, relative à la prévention des infractions sexuelles, que l'on peut parler d'une réelle « coercition corporelle », avec la création du suivi socio judiciaire⁶⁸, et plus particulièrement de l'injonction de soins. Ce suivi peut être prononcé à titre de peine principale en matière correctionnelle, mais également en tant que peine complémentaire. Si l'on parle couramment « d'injonction » de soins, c'est davantage par référence à la pratique qu'à la théorie. En effet, le projet Toubon, prévoyant une indifférence au consentement du délinquant, n'a pas vu le jour, du fait de la dissolution de l'Assemblée Nationale. La loi de 1998, suivant finalement l'avis du Comité consultatif d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé, émis le 6 janvier 1997, pose alors que le consentement de l'intéressé aux soins qui doivent lui être prodigués est indispensable. Pourquoi dans ce cas parler d' « injonction » de soins ? Le terme est juste, que les soins soient imposés en milieu libre ou en milieu pénitentiaire. En milieu libre en effet, l'absence de soins, malgré une injonction en ce sens, sera sanctionnée par une privation de liberté, qu'il s'agisse d'une détention provisoire si l'obligation était issue d'un contrôle judiciaire, ou d'un emprisonnement s'il s'agit d'une défaillance à la mise à l'épreuve. En milieu carcéral, le caractère coercitif de l'obligation de soin est tout aussi évident. En effet, le refus de soins induit l'absence d' « efforts sérieux de réadaptation sociale », ce qui prive du bénéfice d'une éventuelle réduction de peine. La loi du 25 février 2008 vient, de plus, faire peser le risque

⁶⁸ Dénommé, dans un premier projet de loi, « peine de suivi thérapeutique » ou « suivi sociomédical », ce qui était plus explicite.

d'un placement en rétention de sûreté (risque que la récente loi sur la récidive criminelle, du 10 mars 2010, est venue confirmer). Peut-on alors vraiment parler de « consentement » libre et éclairé ? C'est d'avantage un consentement arraché, voire imposé. Mais, « *à défaut d'être libre, pour le moins le consentement est-il éclairé!* »⁶⁹ par les risques engendrés par l'absence de coopération. Outre les sanctions découlant du refus de se soigner, il existe des soins que la loi impose, indépendamment de toute approbation du condamné : il en est ainsi des soins concernant la prophylaxie de la tuberculose, des maladies vénériennes, mais également en cas de grève de la fin prolongée. Mais le suivi socio-judiciaire n'en est pas encore à ce degré de coercition, du moins pas pour l'instant. En effet, la castration chimique, qui est l'une des mesures qui peut être issue d'une injonction de soins, est revenue sur le devant de la scène, avec l'affaire Evrard, en 2007. Ce drame est à l'origine d'une proposition de loi déposée par le député B. DEBRE, prévoyant que la « castration chimique » ne serait non plus seulement possible, mais obligatoire, pour les personnes condamnées pour des infractions à caractère sexuel. Depuis peu, le caractère coercitif cette forme de castration a été conforté. En effet, la loi sur la récidive criminelle, adoptée le 10 mars 2010 renforce l'incitation à accepter un traitement anti – libido. En cas de refus de se soigner, l'aménagement de peine pourra être suspendu, le sursis révoqué, ou incarcération provisoire ordonnée. De même, si le traitement a été prescrit lors de la surveillance de sûreté, le refus de le commencer, ou de le continuer, peut entraîner la rétention de sûreté. Ainsi, si l'on ne peut de force administrer le traitement antihormonal, les conséquences d'un refus sont telles que la contrainte intellectuelle est presque aussi efficace que la contrainte physique. De plus, le médecin se voit désormais dans l'obligation de signaler le refus d'entamer ou de continuer le traitement. D'après les propos de la garde des sceaux, « *un délinquant sexuel pourra toujours refuser le suivi médical, mais, alors, il ne sortira pas de prison* ». ⁷⁰

La castration physique, quant à elle, a également été évoquée, mais d'avantage sous la forme d'un débat politique que d'un réel projet législatif. M. EVRARD, à la suite du viol du jeune Enis, avait demandé au président de la république d'autoriser une ablation de ses testicules, comme cela se fait au Canada ou en République tchèque. En France, la castration physique n'est possible qu'en cas de « lésions sérieuses de l'appareil génital » ou de volonté affirmée de changer de sexe. La castration physique n'est donc pas envisagée en tant que peine, ou mesure de sûreté, en France. Pourtant, l'actuelle garde des sceaux, Michèle Alliot-Marie a estimé que cela « *méritait une analyse et qu'aujourd'hui la question de la castration*

⁶⁹ CASTAIGNEDE Jocelyne, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », D, 1999,p.23

⁷⁰ Le Figaro Magazine, « Castration chimique, une loi avant la fin de l'année » 24 octobre 2009

physique peut se poser et être débattue, y compris au Parlement »⁷¹. Si une évolution législative dans ce sens est, pour le moment, improbable, car soulèverait la désapprobation d'un grand nombre de groupements protecteurs des droits de l'homme, ainsi que probablement, d'une grande partie de l'opinion publique, il n'en demeure pas moins que la question reste posée.

Il ressort de ces développements que le droit criminel n'envisage pas de façon homogène le corps humain. Si le droit substantiel semble s'en désintéresser, sauf à l'envisager ponctuellement pour la constitution et la répression de certaines infractions, la procédure pénale, elle, lui accorde un intérêt tout particulier. Cependant, ce n'est pas dans une optique protectrice qu'il est appréhendé, mais à travers une volonté utilitariste.

Le corps est, selon Saint Paul, « le temple de l'esprit ». Mais lorsqu'il n'a pas encore été investi par cette « force spirituelle », ou lorsque celle – ci l'a quitté, le corps existe, indépendamment de tout autre chose. Aussi, s'il ne jouit pas de la protection dont peut se prévaloir la personne, cela confirmerait ce qui a été constaté précédemment : le droit pénal protège le corps en tant que personne, mais pas en tant que tel. Il convient donc de se pencher sur la protection du corps humain lorsqu'il n'est pas le support d'une personnalité juridique.

CHAPITRE II – Le corps privé de personnalité juridique négligé

Seul le sujet de droit peut jouir de la personnalité juridique. Ni l'enfant à naître, ni le défunt ne sont considérés comme étant des « sujets de droit ». Ils ne sont pas encore, ou plus, une personne. Protéger le corps humain « dépersonnalisé » reviendrait donc à reconnaître sa valeur, en tant que tel. Or, les normes pénales et la construction jurisprudentielle qui en est issue n'apportent à l'enfant à naître aucune protection (section I). De même, le cadavre, en ce qu'il n'est plus une personne, a perdu de sa valeur, et par conséquent, de la protection dont il faisait auparavant l'objet (section II).

Section I – L'indifférence au corps en formation

L'assimilation du corps de l'enfant à naître à un corps « dépersonnalisé » tient au fait que c'est la position actuelle des juridictions françaises. Celles – ci tendent en effet à nier

⁷¹ Le figaro magazine, « Castration chimique, une loi avant la fin de l'année » 24 octobre 2009

toute existence juridique de l'embryon et du fœtus (I), au point d'en organiser l'utilisation ou la suppression (II)

I – L'ENFANT A NAITRE, UN INCONNU DU DROIT PENAL

L'analyse de la jurisprudence rendue, notamment, au regard de l'homicide involontaire d'un enfant à naître permet de constater que le droit pénal ne protège pas l'embryon ou le fœtus (A). Cette position ne peut être détachée de la législation sur l'IVG, qui est perçue comme entrant en contradiction avec la reconnaissance du statut de personne à l'enfant à naître (B). Il en résulte de nombreuses incohérences, tant au niveau du raisonnement qu'au regard des conséquences pratiques en découlant (C).

A - L' « infans conceptus » hors du champ pénal

Grâce à l'imagerie médicale, et aux recherches effectuées sur la psychologie de l'enfant à naître, on sait aujourd'hui qu'il a un corps et un esprit. Or, cet enfant est, au regard de la jurisprudence, ni une personne (1), ni une chose (2). En d'autres termes, il n'existe pas.

1 – L'ABSENCE DE RECONNAISSANCE EN TANT QUE PERSONNE

Si le législateur reste très silencieux quant au statut de l'enfant conçu, il suffit d'étudier la jurisprudence pour se convaincre que l'enfant à naître n'est pas considéré comme étant « autrui » au sens du droit pénal. La question du statut pénal de l'enfant à naître se pose lorsqu'il fait l'objet d'une atteinte involontaire (en cas d'atteinte volontaire, l'incrimination d'interruption illégale de grossesse est alors applicable). Pour qu'il y ait homicide involontaire, il faut la mort d'« autrui », ce qui suppose de reconnaître à l'être conçu une altérité avec sa mère, et donc, la qualité de « personne » à part entière. La qualification d'homicide involontaire a été pu être retenue, lorsque l'enfant naissait vivant puis décédait (voir ainsi : 14 juin 1957, chambre criminelle, ou encore 10 janvier 1959, CA Paris), mais également lorsqu'il n'avait jamais respiré (voir ainsi : 28 avril 1964, CA Amiens ; 2 juin 1987, CA Douai ; 3 février 2000, CA Reims ou encore 30 juin 1999, chambre criminelle de la Cour de cassation⁷²). Dans ces trois dernières affaires, c'est le critère de la viabilité qui avait

⁷² 30 juin 1999, ch.crim., D1999.710,note Vigneau ;D2000. Somm.27,obs.Mayaud; JCP 2000.II.10231,note FAURE ;Gaz.Pal,1999.2.676.note Bonneau, RSC1999.813.,obs.Mayaud

été retenu. L'enfant peut – être considéré comme « autrui » dès lors qu'il aurait pu vivre indépendamment de sa mère. Ce raisonnement pertinent permettait de protéger le fœtus en tant que personne. Comme le soulève le Professeur MAYAUD, « *il n'est plus pars viscerum matris* [un morceau des entrailles de la mère] *mais bien cet être humain que le droit pénal protège* »⁷³. Malgré l'intérêt que présentait ce critère de viabilité, il ne semble plus être appliqué aujourd'hui. En effet, le 3 septembre 1998, la Cour d'Appel de Metz vient énoncer qu' « *il ne peut y avoir homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré* »⁷⁴. Bien que quelques décisions fassent encore parfois référence au critère de viabilité, il semble établi que la jurisprudence est désormais celle –ci : les atteintes involontaires contre l'embryon ne peuvent faire l'objet d'aucune qualification pénale. Ainsi l'a décidé l'Assemblée Plénière (jouissant donc d'une grande légitimité), dans un arrêt rendu le 29 juin 2001⁷⁵ qui confirme la décision rendue le 3 septembre 1998 par la Cour d'appel de Metz. L'arrêt est fondé sur l'interprétation stricte de la loi, qui imposerait de ne pas considérer le fœtus comme « autrui », et s'appuie également sur l'existence de textes spéciaux propres à régir les situations relatives à l'enfant à naître. Cet arrêt a le mérite de poser clairement le principe selon lequel fœtus et embryons n'ont pas la qualité de personne. Cependant, il repose sur des fondements incertains, comme nous aurons l'occasion de le constater ci-après. Cette solution a été depuis confirmée, notamment par un arrêt rendu le 27 juin 2006 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, reprenant un attendu identique. Cette négation de la qualité de personne se retrouve dans les expressions employées par la Cour de cassation, qui énonce que le fœtus fait l'objet d'un « régime » particulier, alors que l'on parle de « statut » lorsqu'il s'agit d'une personne. Le terme « régime » évoque donc l'idée que l'on donne la qualité d' « objet » au fœtus, ce qui n'est pourtant pas le cas.

2 – L'ABSENCE DE RECONNAISSANCE EN TANT QUE CHOSE

Si l'enfant à naître n'est pas une personne, ipso jure, il se retrouve refoulé dans le domaine des choses, au regard de la *summa divisio* personne/chose. Pourtant, la Cour n'en tire pas toutes les conséquences. En effet, elle devrait dès lors considérer que le fœtus est une chose, donc, l'un des organes de la mère. Aussi, lorsque l'atteinte provoque la disparition de cet organe, la femme est victime d'une mutilation. Dès lors, la cour, dans son arrêt du 29 juin

⁷³ MAYAUD Yves, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », RCS 1999, p.813

⁷⁴ 3 septembre 1998, CA Metz, JCP 2000.II.10231,note Fauré

⁷⁵ 29 juin 2001, AP Ccass, D.2001.2917.note Mayaud ; JCP.2001.II.10569 note Rassat ;Gaz.Pal.2001.2.1456,Note Bonneau

2001 aurait du, comme le souligne Mme RASSAT⁷⁶, retenir non pas les blessures ayant entraîné une incapacité de travail de moins de trois mois, mais le délit de blessures ayant entraîné une interruption de travail de plus de trois mois (ceci d'autant plus qu'il n'y avait pas lieu à renvoi, grâce à la théorie de la peine justifiée, du fait de l'ivresse de l'auteur des faits). On peut également appliquer ce raisonnement en détachant l'enfant à naître de sa mère. En effet, jamais la jurisprudence n'a retenu la qualification de « destruction » issue de l'article 322-3 CP lorsque l'atteinte était volontaire. L'interruption illégale de grossesse, issue de l'article 223-10 CP est une incrimination qui n'aurait pas été nécessaire si le fœtus et l'embryon avaient réellement été des objets. On relèvera d'ailleurs que les peines prévues par les textes relatifs à la destruction volontaire et à l'interruption illégale de grossesse sont les mêmes : 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende (du fait de la circonstance aggravante liée à l'état de grossesse). Dès lors, si la jurisprudence semble opter pour une réification de l'embryon ou du fœtus, elle n'en tire pas les conséquences juridiques.

L'enfant à naître n'est donc ni une personne, ni une chose, on en conclut dès lors qu'il n'est rien. La jurisprudence avait d'ailleurs, il y a de cela plus d'un siècle, déjà affirmé que l'embryon était un « *produit innommé* », un « *être inorganisé* »⁷⁷. On perçoit de suite l'absence de cohérence d'une telle solution, qui se vérifie tant dans son raisonnement juridique que dans ses implications pratiques.

B – Un néant juridique inadapté

L'absence de protection, voire l'absence de reconnaissance du corps en devenir est une anomalie juridique, dissimulant mal une incohérence du raisonnement (1) et des conséquences concrètes insensées (2).

1 – L'INCOHERENCE DU RAISONNEMENT JURIDIQUE

Les différences entre les solutions de droit civil et de droit pénal sont créatrices d'incertitudes juridiques nuisibles à la clarté du droit. Or, le droit civil adopte une position différente quant au statut de l'enfant à naître (a). Le droit pénal, quant à lui, se satisfait d'une solution dont les incohérences sont nombreuses (b).

⁷⁶ RASSAT, « L'enfant à naître peut – il être victime d'un homicide involontaire ? L'assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », JCP 2001,p1432,n°29

⁷⁷ Crim. 7 août 1874, DP 1875. 1. 5, note Giboulot ; Poitiers, 3 déc. 1942, DA 1943. Somm. 12

a – Un droit civil protecteur

Aux termes de l'article 16 CC, la primauté de la personne est assurée, et le respect du corps humain garanti « dès le commencement de sa vie ». Plus qu'une déclaration d'intention du législateur, cette affirmation a pour écho des considérations concrètes pour l'enfant à naître. Ainsi, dès 1993, l'enfant mort-né fait l'objet d'un « acte d'enfant sans vie ». Cet acte sera inscrit sur les registres de décès (or, un décès suppose préalablement une vie). De plus, depuis un arrêté du 22 juillet 2002, il peut paraître sur le livret de famille. Egalement, les parents peuvent lui attribuer un prénom, depuis une circulaire du 30 juin 2006. Enfin, depuis le 9 janvier 2008, le père de l'enfant décédé a le droit à un congé paternité, au même titre que la mère. Il faut néanmoins préciser que, pour le moment, toutes ces dispositions sont soumises à une condition de viabilité, fixée à 22 semaines d'aménorrhée et à un poids de 500 grammes. En deçà, l'enfant n'est qu'une « pièce anatomique », ne faisant l'objet que d'une déclaration administrative. Cependant, l'état du droit en la matière pourrait évoluer, comme le traduit trois décisions rendues le même jour par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 6 janvier 2008. Elle énonce en effet que « *le code civil ne subordonne pas l'établissement d'un acte d'enfant sans vie au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse* ». Par conséquent, « *tout enfant né sans vie à la suite d'un accouchement peut être inscrit sur les registres de décès de l'état civil, quel que soit son niveau de développement.* » Le législateur est ainsi chaleureusement invité à se prononcer, en profitant par exemple de la loi bioéthique qui était prévue pour 2009.

b – Un droit pénal réducteur

Porté par un raisonnement juridique cohérent, une solution qui aurait des conséquences regrettables paraît plus légitime que lorsqu'elle est issue d'un cheminement intellectuel erroné. Or, les incohérences sont nombreuses en la matière. La décision du 29 juin 2001, privant l'enfant à naître de toute protection, n'est en effet pas intellectuellement satisfaisante. Le recours au principe d'interprétation stricte de la loi pénale n'était pas réellement opportun. Comme le souligne le Professeur MURAT⁷⁸, la première chose sur laquelle il convenait de se pencher était la question de savoir si l'enfant à naître pouvait être « autrui » au sens de l'article 221-6 CP. Si la réponse avait été positive, alors il y aurait eu une interprétation normale de cette disposition. Si à l'inverse elle avait été négative, il y aurait

⁷⁸ MURAT, « L'enfant à naître n'est pas autrui au sens du droit pénal », JCP 2002, p22, n°1

effectivement eu une interprétation extensive du texte. En posant directement l'existence d'une interprétation extensive du texte, la Cour part donc de ce postulat (qu'elle n'argumente pas) que l'enfant in utero était exclu de l'article 226-1 CP. Avant de pouvoir interpréter un texte, il faut en connaître la substance. Interprétation stricte d'un texte ne signifie pas interprétation restrictive. La Cour semble également avoir fait une application malheureuse du principe *specialia generalibus derogant*. En effet, du fait de l'existence de textes visant précisément l'embryon, la Cour va en déduire l'inapplication du droit commun. Or ce n'est pas car il existe des textes spéciaux que les textes généraux perdent toute vocation à s'appliquer. Ecarter les textes généraux en la matière reviendrait à laisser un vaste vide juridique, en ce que les textes spéciaux sont totalement inapplicables dans l'hypothèse de l'homicide involontaire : ils visent des situations spécifiques (IVG, devenir de l'embryon ex-utero...) et la valeur qu'ils protègent est la santé publique, et non la vie d'autrui. L'inopportune application de ces textes dits spéciaux est d'ailleurs implicitement avouée par l'arrêt de la Cour de cassation, qui ne fait aucun renvoi précis à l'un d'entre eux. De plus, on comprend mal pourquoi la vie du fœtus ne peut être protégée en cas d'homicide involontaire, dès lors qu'il a pu être reconnu qu'il pouvait être victime de blessures involontaires⁷⁹. Ces illustrations permettent de se convaincre de l'incohérence dont fait preuve ici le droit pénal. Il faut donc faire preuve de réalisme : cette solution n'a rien de juridique. Elle est en effet la réponse à des craintes spécifiques. Les obstétriciens ont en effet voulu éviter que leur responsabilité ne soit engagée au titre de l'homicide involontaire lorsque l'enfant décédait avant de naître. Or, cette crainte est infondée, en ce que, avec la causalité indirecte issue de la loi du 10 juillet 2000, le praticien, pour voir sa responsabilité engagée, devra avoir commis une faute qualifiée, et non une simple faute d'imprudence ou de négligence. L'autre pression exercée, cette fois beaucoup plus forte, est celle des associations pour l'avortement. Pourtant, il va être établi ci-après⁸⁰ que l'argument selon lequel reconnaître à l'enfant à naître la qualité de personne conduirait à l'interdiction de l'avortement est infondé.

De telles incohérences juridiques ne peuvent qu'introduire des conséquences pratiques incongrues.

2 – L'INCOHERENCE DES CONSEQUENCES PRATIQUES

La solution apportée par le droit pénal conduit, en pratique, à des aberrations que la doctrine ne se prive pas de soulever. Ainsi, mieux vaut involontairement tuer un enfant in

⁷⁹ 9 janv. 1992, C.crim Dr. pén. 1992, comm. p. 172, obs. M. Véron ; Rev. science crim. 1993, p. 328, obs. G. Levasseur

⁸⁰ Voir p.44

utero que simplement le blesser, s'il naît vivant : alors que dans la première hypothèse, aucune responsabilité pénale ne peut – être engagée, dans la seconde, la qualification de blessures involontaires est envisageable. De même, un médecin n'ayant aucun sens moral (ou une bonne connaissance du droit) à tout intérêt à ne pas tenter de sauver un fœtus (il n'encourt alors aucune sanction en le laissant mourir, en toute connaissance de cause). En effet, si, après une erreur médicale par exemple, le praticien essaie de sauver l'enfant et que celui-ci décède après être né, il encourt une sanction pénale. De même, s'il est vivant grâce à l'intervention du médecin, mais souffre d'un handicap, sa responsabilité pénale pourra être engagée⁸¹. A l'inverse, s'il ne fait rien pour le sauver, il n'y aura aucune poursuite pénale contre lui. Financièrement également, l'indemnisation des parents lorsque l'enfant est décédé sera bien moindre que lorsque l'enfant est handicapé, le préjudice moral lié à la perte de l'enfant étant moins évalué que le préjudice matériel lié à l'handicap de cet enfant. Cette solution était encore plus évidente sous l'égide de la jurisprudence Perruche⁸², n'excluant pas l'octroi d'une indemnisation à l'enfant, pour le préjudice d'être né, handicapé. Le législateur est venu contredire cette jurisprudence, il pourrait peut – être faire de même quant à l'homicide involontaire du fœtus ?

Les incohérences de cette jurisprudence sont telles que l'animal est davantage protégé que l'Homme en devenir. Ainsi, aux termes de l'article R653-1 CP, l'atteinte involontaire à la vie de l'animal domestique est sanctionnée pénalement (dès lors, la femme enceinte ayant perdu son enfant, et son chat, verra condamner le chauffard pour avoir tué son chat, mais pas son enfant...). De même, l'animal à naître peut être plus protégé que l'enfant à naître. En effet, l'article L415-3 du Code de l'environnement énonce que la destruction des œufs et des nids de certaines espèces non domestiques constitue un délit. En effet, pour reprendre la formule de l'avocat général à la Cour de cassation, Monsieur Jerry SAINTE-ROSE⁸³, *« contrarier par mégarde le « projet parental » d'un crapaud vert, d'une pie grièche, d'une couleuvre vipérine ou papillon vitrail, pour ne citer que ceux-là, est passable de six mois d'emprisonnement, tandis que causer la mort d'un fœtus, serait-il sur le point de naître et quelle que soit la gravité de la faute commise, ne relève que du droit commun de la responsabilité civile. Précisons que la sollicitude législative s'étend aux espèces végétales non cultivées qui entrent dans les prévisions pénales du texte précité ».*

⁸¹ Cela ne va pas sans rappeler l'arrêt rendu le 2 juin 2009 par le tribunal administratif de Nîmes, lequel a condamné l'hôpital pour s'être acharné à réanimer un bébé, qui est aujourd'hui handicapé.

⁸² Arrêt Perruche, 17 novembre 2000, AP

⁸³ Jerry SAINTE-ROSE, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine », janvier 2005

Les absurdités auxquelles mène la position de la Cour de cassation sont d'autant plus regrettables qu'elles ne sont liées à aucune considération juridique, mais relèvent d'une réflexion purement politique. Est en effet en cause la législation relative à l'IVG.

C – L'IGV, une fausse problématique

Le droit n'a pas pour habitude de s'installer dans l'incohérence lorsqu'il n'est porté que par les considérations juridiques. C'est alors aux préoccupations politiques que l'on doit cette solution jurisprudentielle. En effet, conférer à l'enfant in utero la qualité de personne irait contredire la législation relative à l'avortement, remettant en cause son existence même. Or, il n'en est rien. Quelque soit la nature de l'autorisation conférée par cette législation, fait justificatif (1) ou non, elle n'est en aucune manière dépendante des solutions applicables en matière d'homicide involontaire (2).

1 – L'IVG AUTORISEE, UN FAIT JUSTIFICATIF ?

Considérer l'autorisation de l'avortement comme étant un fait justificatif aurait pour conséquence d'assimiler l'atteinte à la vie de l'enfant in utero à un homicide, homicide qui, de part la disparition de l'élément légal en raison du fait justificatif, ne serait pas répréhensible. L'acte est contraire à la loi pénale, mais n'entraînera aucune condamnation. Or, cela reviendrait à reconnaître que l'enfant peut être victime de ce crime, donc, est une personne. Aucune contradiction entre ce statut de personne et la législation sur l'IVG n'existerait. En effet, la légitime défense, par exemple, permet de tuer un homme qui vous attaque, ce n'est pas pour autant que l'on nie au délinquant la qualité de personne. Il convient donc de savoir si l'autorisation de l'IVG peut être un fait justificatif. Plusieurs hypothèses sont envisageables.

L'autorisation d'avorter pourrait-elle être le fait de l'ordre de la loi ou du commandement de l'autorité légitime ? Cette hypothèse est assurément à écarter, en ce que la femme est libre d'avoir recours à la législation sur l'IVG, c'est elle qui prend la décision de mettre un terme à sa grossesse, et non la loi qui l'y contraint.

La légitime défense pourrait – elle expliquer l'autorisation de l'avortement ? L'article 122-5 CP exige l'existence d'une atteinte injustifiée envers la personne, qui peut alors se défendre contre celui-ci, lorsque les moyens sont proportionnés à l'attaque. La doctrine s'accorde à ne pas faire de cette disposition un fait justificatif de l'avortement, en ce que la présence in utero de l'enfant ne peut être considérée comme étant une atteinte injustifiée.

L'état de nécessité pourrait – il être davantage applicable ? L'article 122-7 CP exige la présence d'un danger actuel ou imminent, menaçant la personne, autrui ou un bien, qui nécessite l'accomplissement d'un acte indispensable à la sauvegarde de la personne, sans qu'il ne soit disproportionné par rapport à la menace en question. Concernant l'avortement pour situation de détresse, un parallèle évident peut être établi entre l'état de détresse et l'état de nécessité, qui peut conduire la personne à se mettre en danger. Néanmoins, la condition d'imminence du danger (peu compatible avec le délai de 12 semaines établi par la loi), ainsi que l'exigence d'une absence de disproportion entre la « menace » et la réponse ne semblent pas remplies. En revanche, l'état de nécessité peut éventuellement être un fait justificatif dans le cadre de l'IVG thérapeutique. En effet, un danger actuel ou imminent peut peser sur la vie de la femme enceinte (d'où l'absence de délai pour interrompre la grossesse), ne laissant d'autre alternative que la destruction de l'embryon ou du fœtus, ce qui serait proportionné au regard du risque encouru par la femme, qui peut être la mort.

L'autorisation de l'avortement pourrait donc être liée à l'existence d'un fait justificatif lorsqu'il s'agit d'un avortement thérapeutique. Cela laisse donc à penser qu'en dehors de ce fait justificatif, le meurtre existerait, donc, l'enfant à naître serait une personne. Si le droit positif ne suit pas ce raisonnement, il n'est pas pour autant juridiquement infondé. Hormis cette éventualité au regard de l'IVG thérapeutique, le fait justificatif n'est pas à l'origine de l'autorisation de l'avortement, dans son application générale. Dès lors, doit-on voir entre la reconnaissance en tant que personne de l'enfant in utero et la législation sur l'IVG une incompatibilité ?

2 – L'IVG ET LE STATUT DE PERSONNE, UNE INCOMPATIBILITE ?

Un amalgame semble être à l'origine du malaise qu'éprouvent les juridictions françaises lorsqu'il s'agit de la mort d'un enfant à naître. En effet, on ne peut comparer la situation où une femme ressent personnellement de besoin de mettre fin à sa grossesse et celle où elle perd cet enfant qu'elle désire par la faute d'un tiers. Pour éviter d'appliquer le droit commun, et ainsi de reconnaître la qualité de personne à l'enfant, le législateur se satisfait des règles de droit existantes. Or, l'assimilation de l'homicide involontaire et de l'interruption illégale de grossesse est une erreur. En effet, l'interruption illégale de grossesse protège la femme, ce qui transparaît par la place attribuée à cet article dans le Code Pénal : l'article 223-10 se trouve dans un chapitre intitulé : « de la mise en danger d'autrui ». Cela laisse donc toute sa place à la qualification d'homicide involontaire, qui protège une valeur différente, celle de l'enfant. La législation sur l'avortement ne fait finalement que faire un choix entre la

personne de la mère et celle de l'enfant à naître, en ce que les avortements clandestins entraînaient souvent le décès de celle –ci, et a fortiori de l'enfant. Le législateur a donc préféré sacrifier l'un des deux plutôt que les deux. Il ne nie donc en rien la qualité de « personne » du fœtus et de l'embryon, bien au contraire. L'article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 énonce que « *la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie* ». La réticence des juridictions repose sur un « *syllogisme inexact* », comme le souligne le Professeur RASSAT⁸⁴. Pour celles-ci en effet, le droit pénal interdit de tuer les personnes. Cependant, il permet de tuer le fœtus. Donc, le fœtus n'est pas une personne. Or, pour rompre avec ce raisonnement, il lui suffirait d'adopter un nouveau raisonnement, selon lequel en principe, le droit pénal interdit de tuer les personnes. Cependant, il permet parfois de tuer l'enfant à naître. Donc, le droit pénal admet que l'on puisse tuer certaines personnes. Ce syllogisme est, lui, exact. La preuve en est que l'on pose des conditions très strictes pour que l'avortement puisse avoir lieu. Si le droit peut admettre que l'on tue certaines personnes, c'est car il a règlementé très strictement cette pratique. Or, si le fœtus n'était pas une personne, à quoi servirait toutes ces précautions, et notamment la fixation un délai ?

L'IVG n'entre donc pas en contradiction avec le fait que l'enfant à naître pourrait avoir la qualité de personne. Pourtant, cette personnalisation de l'embryon ou du fœtus viendrait contrarier certaines pratiques. En effet, cet être peut représenter une opportunité scientifique, ou parfois également un élément inutile, voire embarrassant.

II – L'ETRE EN DEVENIR, ENTRE AUBAINE ET EMBARRAS

L'arrêt rendu le 29 juin 2001 par la Cour de cassation fait référence aux textes spéciaux régissant l'embryon et le fœtus. Ceux-ci ne seraient en effet « protégés » par le droit qu'à ce titre. C'est une protection somme toute relative, qui fait de l'entant à naître, soit un instrument au service de la médecine (A), soit un élément inutile que l'on peut supprimer (B).

A – L'enfant à naître : un outil utile

Le corps n'est pas, en droit pénal, une valeur protégée mais il peut être instrumentalisé. Ces réflexions générales développées précédemment trouvent également un écho en ce qui

⁸⁴ RASSAT, « L'enfant à naître peut – il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », JCP 2001, p1432

concerne l'enfant à naître. En effet, ne jouissant ni de la qualité de personne, ni de celle de chose, il n'est pas protégé, mais instrumentalisé, que ce soit pour la médecine (1) ou pour autrui (2).

1 – UN INSTRUMENT DE RECHERCHE

Le principe de respect de la vie humaine dès son commencement subit une nouvelle transgression par les recherches qui peuvent être menées sur l'embryon. La loi bioéthique du 29 juillet 1994 proscrivait de telles recherches, ne laissant place qu'à la possibilité d'« étudier » l'embryon, impliquant que celui – ci ne subira pas d'atteinte. La brèche ouverte par cette notion d'« étude », peu différente finalement de celle de « recherche », s'est étendue avec la loi bioéthique du 6 août 2004. Si elle pose une interdiction de principe quant à la recherche sur l'embryon, elle l'écarte aussitôt pour lui laisser une place, dans des conditions précises. Cela se traduit par la rédaction de l'article 511-19 CP, selon lequel *« le fait de procéder à une étude ou une recherche sur l'embryon humain : sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation [...] et sans se conformer aux prescriptions législatives et réglementaires [...] est puni de sept ans et 100 000 € d'amende. »* L'autorisation de ces recherches est donc le principe, l'interdiction n'intervient que si toutes les conditions ne sont pas remplies. Pour être permise, la recherche doit avoir pour but de réaliser des « progrès thérapeutiques majeurs ». En outre, elle ne peut en aucun cas permettre la constitution d'embryon aux seules fins de recherches. Si ce procédé est permis pour l'assistance médicale à la procréation (AMP), car l'embryon est alors un moyen, mais qui a une fin (sa naissance), il ne peut être toléré lorsque l'embryon n'est qu'un moyen sans fin, si ce n'est une contribution à la science en général. La recherche sur l'embryon répond en effet à des considérations utilitaristes, qui mènent à la négation de toute qualité d'« être humain ». Pourtant, elle est nécessaire aux progrès de la médecine. La science n'est pas la seule à pouvoir tirer un intérêt de ces éléments inclassables que sont les embryons. En effet, ils peuvent permettre de sauver un être qui, lui, vit déjà.

2 - UN INSTRUMENT DE SURVIE

Le mécanisme du « bébé-médicament » est issu d'un amendement parlementaire déposé in extremis, intégrant ce procédé dans la loi du 6 août 2004 (contre l'avis du ministre de la santé, M. MATTEI). Il consiste à « fabriquer » un enfant afin de guérir son aîné qui est atteint d'une maladie permettant le recours à cette pratique. Le recours à deux procédés est

requis : l'AMP, permettant la fabrication des embryons ; et le diagnostic préimplantatoire (DPI), couplé d'une HLA (« antigène d'histocompatibilité lymphocytaire », pour vérifier la compatibilité), afin de choisir celui qui sera le plus à même de guérir l'enfant malade. C'est, comme le soulève M. ARDUIN⁸⁵, une « *pratique [dont la législation] est doublement dérogatoire* ». En effet, le décret d'application publié le 23 décembre 2006 prévoit qu'il ne peut être envisagé qu'« à titre expérimental » et « par dérogation au diagnostic préimplantatoire ». Or, ce DPI avait lui-même été légalisé par la loi bioéthique de 1994 qu'à « titre exceptionnel ». Ainsi, le recours au « bébé-médicament » peut n'être qu'« exceptionnellement » admis, et en plus implique un dispositif qui n'est qu'« exceptionnellement » toléré. La légitimité du procédé est donc discutable. Ceci est d'autant plus vrai que l'on sait, en recourant à ce procédé, que les embryons inutiles car non compatibles seront éliminés. Contrairement à l'AMP, qui prévoit la création d'embryons qui feront l'objet, en théorie, d'un projet parental (par les parents biologiques ou non), la fabrication des embryons dans le cadre du processus de « bébé-médicament » entraîne la destruction des embryons que l'on a créé en sachant pertinemment quel sera leur sort. Pourquoi interdire alors la construction d'embryons voués à disparaître pour la recherche, alors que cela est permis pour ce procédé du bébé dit médicament ? En effet, pour un embryon sain et compatible, ce serait 30 embryons qui seraient supprimés environ. Aujourd'hui, cinq « bébés médicaments » seraient nés, et 195 embryons « assassinés », si l'on peut emprunter ce vocabulaire juridique aux atteintes à la vie des « personnes ». Dès lors, la compatibilité d'un embryon est doublement utile à la survie : à la sienne d'une part, et à celle de l'enfant malade d'autre part. Cette « instrumentalisation » de l'enfant à naître n'a pas échappé au Conseil d'Etat qui, dans une étude publiée le 6 mai 2009⁸⁶, préconise, après une prorogation du dispositif pour cinq ans de plus, de décider de son maintien ou de sa suppression. Il estime en effet que « *l'enfant doit venir au monde d'abord pour lui-même* ».

L'instrumentalisation de l'enfant à naître, s'il nie sa qualité d'être humain, permet donc d'aider la médecine, et surtout parfois, de « sauver une fratrie ». C'est en réalité au regard de sa finalité que le sort d'un embryon se joue, et non au regard de sa nature. En effet, s'il n'a aucune utilité et ne peut prétendre faire l'objet d'un projet parental, il sera détruit.

⁸⁵ ARDUIN Pierre-Olivier, « Bébé-médicament ou bébé-instrument ? », dans « Liberté Politique », 1^{er} octobre 2009

⁸⁶ « La révision des lois bioéthiques » dans « Les études du Conseil d'Etat », 6 mai 2009, étude de l'Assemblée générale plénière

B – L'enfant à naître : un élément encombrant

L'embryon peut perdre toute prétention à naître lorsque la médecine l'a « fabriqué » à tort (1), ou lorsqu'il ne répond pas à certains critères de normalité (2). Le droit pénal ne sanctionne pas la destruction de cet être qui n'aurait pas du être « construit ».

1 – LA DESTRUCTION DES EMBRYONS SURNUMÉRAIRES

L'embryon est, pour le droit positif, ni une chose ni une personne. C'est donc en toute légitimité que le Code de la santé publique, en son article L2141-4, prévoit la destruction des embryons surnuméraires. Plus exactement, il prévoit qu'à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du jour où le couple avait consenti au recours à l'AMP, il sera « mis fin à la conservation de ces embryons ». De nombreuses hypothèses mènent à la destruction d'embryons surnuméraires. Entre autre, l'abandon d'un projet parental, les nombreux embryons incompatibles créés dans le cadre du mécanisme du « bébé-médicament » ou encore les embryons servant à la recherche ne sont plus aucune utilité. De même, l'embryon peut être supprimé alors même qu'il avait été implanté au sein de la mère. En effet, lorsque l'on a recours à l'AMP, afin de multiplier les chances d'avoir un enfant, il est d'usage d'implanter plusieurs embryons dans le corps de la femme. Or, si ceux – ci se développent tous, cela représente un danger tant pour la femme que pour eux. Dès lors, la destruction de certains d'entre eux est nécessaire, mais ne répond pas aux conditions liées à l'avortement. Les hypothèses de destruction d'embryons sont donc très fréquentes. Pour cette raison peut – être, le Conseil Constitutionnel a cru bon d'affirmer, dans une décision « lois bioéthiques⁸⁷ » rendue en 1994, que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie n'était pas méconnu lorsqu'il s'agissait de la destruction d'un embryon. Le droit pénal ne vient pas non plus au soutien de celui-ci, en ce qu'il ne prévoit aucune sanction en cas de destruction irrégulière d'un embryon (par exemple, avant le délai imparti de cinq ans). En effet, aucune disposition pénale ne fait écho à l'article 2141-4 CSP, c'est à l'inverse la conservation injustifiée de cellules embryonnaires qui est susceptible d'entraîner une condamnation pénale (articles 511-19-1 et suivants CP), et non leur destruction. Selon les derniers chiffres⁸⁸ disponibles, il y avait 176 523 embryons congelés en 2006, dont la grande majorité est vouée à la destruction.

⁸⁷ Décision « Lois bioéthiques », 27 juillet 1994, Conseil Constitutionnel

⁸⁸ Le Figaro « Vers un moratoire des embryons congelés », Mme De Mallevoüe, 12 mai 2009

Les embryons surnuméraires ne sont pas les seuls à avoir été conçus pour finalement être supprimés. En fait, les progrès de la médecine permettent aujourd'hui de vérifier l'état de santé d'un enfant à naître afin d'éviter qu'il ne naisse s'il présente certaines anomalies.

2 – LE DEVENIR DES EMBRYONS ANORMAUX

Si la destruction des embryons in vitro atteints d'une maladie (le DPI étant écarté en cas de développement in utero de l'embryon) avait été le but même du DPI, et non son résultat, on aurait alors volontiers parlé d'eugénisme. Mais ce diagnostic est appréhendé autrement par le droit. Aux termes de l'article 214-1 CP, « *le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 € d'amende.* » Or, l'embryon n'étant pas considéré comme une personne, le DPI ne peut être visé par ce texte. Pourtant, il s'agit bien d'une sélection de personnes « futures », en ce qu'il permet de ne sélectionner, en vue d'une implantation in utero, qu'un embryon qui ne sera pas atteint d'une maladie génétique incurable. Ce procédé n'est ouvert qu'aux couples ayant une forte probabilité de donner naissance à un enfant souffrant d'un tel handicap. Il est donc très strictement encadré, et le législateur a prévu des sanctions pénales en cas de méconnaissance des obligations issues du Code de la santé publique (article 511-21 CP, prévoyant une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende). Faute d'avoir un objectif d'« organisation de la sélection de personnes », on ne peut envisager le DPI comme étant une pratique eugéniste, sauf à considérer qu'il existe un « bon eugénisme ».

L'être en devenir peut donc disparaître avant même d'être né. Paradoxe de notre législation, alors que l'enfant à naître, qui a la vie, ne jouit que d'une très infime protection, celui qui l'a déjà perdu dispose d'une meilleure protection, sans pour autant qu'elle ne soit être exemplaire.

Section II – Le délaissement du corps abandonné

Si le droit pénal assurait une protection effective du corps humain, celui-ci serait toujours considéré de la même façon, qu'il soit porteur de la vie ou non. L'adoption de dispositions spécifiquement attachées au cadavre laisse à penser qu'il jouit d'une protection

satisfaisante (I). Néanmoins, certains textes, et surtout l'application qui en est faite, illustre une tendance inverse (II).

I – L'APPARENTE PROTECTION DU CORPS SANS VIE

En raison du statut particulier qui est conféré au cadavre, le droit commun ne lui est pas applicable (A). Aussi le législateur a-t-il envisagé spécifiquement le corps sans vie, permettant, par la généralité de ses termes, d'en assurer la protection effective (B).

A/ L'inapplicabilité du droit commun au cadavre

Le Code pénal, en ses livres second et troisième, assure une protection effective des personnes, ainsi que des biens. Or, le cadavre ne recouvre réellement ni l'une ni l'autre de ses catégories. Est-ce à dire qu'il ne lui est apporté aucune protection ?

Le cadavre n'est plus une personne. Jurisprudence et doctrine sont unanimes, le corollaire à la disparition de la personnalité juridique est la perte de la qualité de « personne » à laquelle pouvait prétendre l'Homme en vie. Dès lors, les dispositions liées aux crimes et délits contre les personnes ne sont pas applicables. Pourtant, le doute est permis. En effet, les dispositions relatives au cadavre apparaissent dans le titre II du livre deuxième, à savoir « *des atteintes à la personne humaine* ». De même, la jurisprudence a elle aussi été source d'incertitudes, dans l'arrêt *Perdereau*, rendu par la Cour de cassation le 16 janvier 1986. En reconnaissant un homme coupable de tentative de meurtre sur un cadavre, elle laisse entendre que l'article 221-1 CP peut trouver à s'appliquer au corps sans vie, ceci en contradiction totale avec le principe de légalité. De même, l'arrêt *Milhaud*, rendu le 2 juillet 1993 par le Conseil d'Etat, a eu l'occasion d'affirmer, au sujet d'une expérimentation médicale pratiquée sur un défunt, que « *les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la 'personne' humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci* ». Il ne faut pourtant pas s'appuyer sur de telles décisions pour reconnaître au défunt la qualité de personne. Ainsi, le meurtre, les violences, les tortures, le viol... posent tous, dans le texte d'incrimination, l'existence d'« autrui », ou d'une « personne ». Au même titre que l'enfant à naître, le cadavre ne peut revêtir cette qualité. Ainsi, la chambre d'accusation de la Cour d'Appel d'Amiens, dans un arrêt rendu le 26 novembre 1996, a-t-elle pu estimer qu'il ne pouvait y avoir coups et blessures volontaires si la victime était un cadavre.

Faute d'être protégé en tant que personne, le cadavre peut – il l'être en tant que bien ? Si la doctrine s'entend aujourd'hui relativement bien à considérer le cadavre comme une chose, la nature même de cette chose porte davantage à discussion. Est – ce une chose « commune », une chose « sacrée », une chose appartenant au « domaine public » ? La question n'a pas qu'un intérêt doctrinal. En effet, de celle – ci dépend la question de savoir si le cadavre est une chose pouvant faire l'objet d'une appropriation privée. Il est avéré que le corps sans vie ne peut faire l'objet d'un droit de propriété, au regard du principe d'indisponibilité du corps humain. Pourtant, au civil, certaines décisions admettent l'application des règles de droit relatives aux biens. Notamment, par un arrêt rendu le 17 juillet 1991, la Cour de cassation a pu estimer que le corps du défunt pouvait faire l'objet d'un contrat de dépôt, au sens de l'article 1918 CC. De même, le Code pénal, en son article 434-7, évoque le « recel » de cadavre, terme habituellement appliqué aux biens appropriables. Pourtant, le droit pénal se refuse à appliquer les règles de droit relatives aux biens. On ne peut, ainsi, parler de « dégradation » ou de « destruction » en cas d'atteinte au cadavre. De même, de nombreuses incriminations protégeant le droit de propriété ne peuvent être invoquées. Ainsi, on ne peut poursuivre pour « vol » le prélèvement d'organes sur le corps d'un Homme décédé⁸⁹, ceux – ci n'étant pas la « chose d'autrui », comme le requiert l'article 311-1 CP. En revanche, l'hypothèse est différente lorsque le corps du défunt n'existe plus en tant que tel, les cendres pouvant alors, au regard de la jurisprudence, faire l'objet d'un droit de copropriété. Il a été jugé également que les choses appartenant au défunt, et ensevelies avec lui, peuvent faire l'objet d'un vol⁹⁰ (ceci car ce n'est ici pas le corps lui – même qui est atteint). Faut – il déduire de l'inapplicabilité des normes de droit commun une absence totale de protection du corps sans vie ? Le législateur est intervenu afin d'éviter l'existence d'un tel vide juridique.

B/ Des dispositions spécifiques au corps du défunt

Dans l'ancien Code pénal, seule l'infraction de violation de tombeaux et de sépultures, issue de l'article 360, existait. C'est à travers une interprétation extensive de ce texte que le juge sanctionnait les atteintes portées au corps du défunt. La dépouille mortelle destinée à être ensevelie, et préparée pour cette occasion constituait une sépulture au sens que lui donnait le

⁸⁹ 26 novembre 1996, Chambre d'Accusation de la CA d'Amiens, concernant le prélèvement, notamment, des « yeux » du défunt

⁹⁰ 25 octobre 2000, C.cass, concernant le vol de bijoux et de dents en or. L'arrêt n'explique cependant pas en quoi ces choses appartenaient – elles à autrui : était – ce la propriété des héritiers ? de l'état ? ou encore un droit de propriété post mortem reconnu au défunt ?

juge pénal. En revanche, l'atteinte au corps sans vie avant les préparatifs funéraires ne pouvaient être punissables. Dès lors, l'interprétation extensive faite des textes, et le vide juridique persistant malgré celle-ci avait rendu l'intervention du législateur indispensable. Ceci est d'autant plus vrai que le droit civil semblait, quant à lui, accorder une certaine importance au respect du cadavre. En effet, l'article 16-3 CC énonce qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du « corps humain », et non de la « personne ». Ainsi, en 1994, l'article 225-17 est introduit dans le nouveau Code pénal. Il énonce, en son alinéa 1^{er}, que « *toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende* ». Par l'expression « atteinte à l'intégrité » utilisée par le législateur, la ratio legis de l'incrimination est clairement la protection du corps humain lui – même. L'initiative prise par le législateur est donc bienheureuse, tant dans son principe que dans l'utilisation d'une formule suffisamment large pour envisager des atteintes au corps très diverses. Ainsi, ce que l'on qualifie de viol pour les personnes, supposant donc une victime vivante, peut être puni en vertu de l'article 225-17 CP, qui considère la nécrophilie comme une atteinte à l'intégrité du cadavre (hypothèse visée, dans les travaux préparatoires, par M. KIEFMAN). De même, le fait de prendre des photos d'un corps sans vie, après l'avoir déshabillé et déplacé ses jambes, entraîne l'application de cette même disposition (voir ainsi un arrêt du TGI d'Arras, rendu le 27 octobre 1998⁹¹). Egalement, la nécrophagie, ou encore l'accélération de la décomposition d'un cadavre peuvent être sanctionnés au titre de l'article 225-17 CP. La protection du cadavre est donc assurée par la formule large utilisée par le texte d'incrimination. Cependant, cette disposition fait l'objet d'un certain nombre de dérogations, et souffre également parfois de n'être pas appliquée alors que cela serait opportun.

II – L'EDIFIANT CONSTAT D'UN CADAVRE DESAVOUE

Nombreuses sont les situations dans lesquelles la protection attribuée par l'article 225-17 CP ne trouve pas à s'appliquer (A). Parfois également, l'atteinte au cadavre n'a pas été sanctionnée, alors que les faits se prêtaient au recours à cette incrimination (B).

⁹¹ 27 octobre 1998, TGI Arras, D1999.511, note Labbé

A – L'existence d'atteintes justifiées

Le cadavre peut faire l'objet d'atteintes, ou du moins peut ne pas être préservé, tant pour les besoins d'une bonne justice (1) que pour l'intérêt thérapeutique d'autrui (2).

1 – L'ATTEINTE AU CADAVRE DANS L'INTERET DE LA JUSTICE

Il peut parfois être nécessaire de porter une atteinte à l'intégrité physique du cadavre. En effet, la justice, par exemple, peut, dans le cadre d'une enquête ou sur l'ordre du juge d'instruction, demander à ce qu'il soit procédé à une autopsie judiciaire afin de déterminer les circonstances de la mort. Dans ce cadre, il existe un vide juridique, dénoncé par le médiateur de la République. En effet, alors que, dans le cadre des autopsies médicales (c'est-à-dire le prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques ou scientifiques), l'article 1232-5 CSP impose au médecin « *de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps* », aucune disposition similaire n'existe concernant l'autopsie judiciaire, ni dans le Code de la santé publique, ni dans le Code de procédure pénale. La pratique révèle alors que dans la plupart des cas, les cadavres sont restitués dans un état déplorable, sans même avoir été recousu, et ne peuvent parfois même plus faire l'objet d'une reconnaissance par les proches. De même, aucun délai de restitution du corps n'est posé, et le devenir des organes prélevés n'est pas règlementé. Comme le soulève M. RICOUR, directeur du pôle de santé et sécurité des soins, *"l'autopsie est déjà une atteinte à l'intégrité du cadavre, on ne peut pas ajouter de l'insulte à la blessure"*⁹².

La justice interdit même parfois la préservation de l'intégrité corporelle du cadavre. Ce n'est plus elle qui y porte atteinte, mais elle empêche que celui-ci soit conservé de façon à ne pas se dégrader. Ainsi, indirectement le Code pénal vient – il sanctionner la pratique de la cryogénéisation des corps. En effet, aux termes de l'article 433-21-1 CP, « *toute personne qui donne aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à une décision judiciaire, volonté ou décision dont elle a connaissance, sera puni de 6 mois d'emprisonnement et de 7500€ d'amende* ». Ainsi, si une décision de justice est rendue concernant la cryogénéisation d'un cadavre (interdite en France), et qu'elle est outrepassée, une sanction pénale est encourue. La préservation de l'ordre public prime alors sur la

⁹² Le Monde, « Le vide juridique des autopsies judiciaires », Pascal Santi, 5 août 2009

protection du cadavre et la liberté des personnes de choisir leur mode de sépulture, protégée par l'article 9 de la CEDH⁹³.

Enfin, l'article 434-7 CP, sanctionnant le fait de « receler ou de cacher le cadavre d'une personne » n'apporte pas une protection supplémentaire au corps sans vie. En effet, il a pour objet de permettre l'action de la justice, et ne vise donc pas à empêcher une atteinte au corps humain.

2 – L'ATTEINTE AU CADAVRE DANS L'INTERET DU TIERS

L'intervention du législateur peut parfois suffire à résoudre, ou du moins contribuer à la résolution d'un problème de société. Les progrès de la médecine ont permis aux malades de profiter de greffes, indispensables à leur survie. La demande est cependant beaucoup plus élevée que l'offre, sachant que l'immense majorité des organes prélevés (95 %) proviennent de personnes décédées. Or, au regard des principes d'indisponibilité et d'inviolabilité du corps humain, le transfert d'organes d'un corps à un autre ne va pas sans soulever de difficultés. En 1968, M. SAVATIER René affirmait déjà que « *ce n'est pas manquer de respect à un cadavre, que d'en relativiser des éléments, en les greffant sur un homme à sauver. Car dans la hiérarchie des valeurs, celles que l'on sauve sur l'homme vivant, personnifiant l'esprit, priment sur celles du cadavre qui, déserté par l'esprit, va retourner à la poussière* »⁹⁴. Ainsi, dès 1976, la loi Caillavet institue une présomption de consentement au prélèvement d'organes sur le cadavre d'une personne majeure et capable : « *des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement.* » Ce principe est repris par la loi du 29 juillet 1994, selon laquelle « *ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement* ». Une différence est cependant apparue en ce que les lois bioéthiques ont accordé un certain pouvoir à la famille (dans la loi de 1994) et désormais, aux « proches » du défunt (dans la loi de 2004), qui peuvent confirmer ou infirmer la présomption de consentement. Aujourd'hui, cette formule apparaît donc à l'article 1232-1 CSP. L'adage *noli me tangere* est écarté de droit, sauf à ce que le défunt ait exprimé son opposition au prélèvement de ses organes, en s'inscrivant dans le registre national des refus. Dans ce cadre, le prélèvement d'organes ne peut donner lieu qu'à de rares poursuites pénales, sauf à ce que le refus inscrit dans le registre national ait été outrepassé. L'article 511-7 CP prévoit une sanction spécifique lorsque l'établissement ayant effectué le prélèvement n'y était pas habilité. L'article 511-5-1 CP protégeant de façon plus

⁹³ Voir à ce sujet l'arrêt Martinot, rendu le 6 janvier 2006 par le Conseil d'Etat

⁹⁴ SAVATIER René, JCP, 1969.I.2247, n°5

générale le corps sur lequel seront effectués des prélèvements à des fins scientifiques ne peut trouver à s'appliquer, en ce qu'il ne s'agit pas ici de prélèvement ayant une visée « thérapeutique ». Ainsi, seul l'article 225-17 CP trouve à s'appliquer, de façon générale, en ce qu'il y a une atteinte à l'intégrité du cadavre, qui ne rentre pas dans le cadre de la permission de la loi. Il est à noter que l'article L1121-14 CSP, autorisant que soient effectuées des recherches biomédicales sur le corps d'un défunt lorsque celui – ci, ou son entourage, y avait consenti, écarte expressément l'application de l'article 225-17 CP (« *les dispositions de l'article 225-17 du code pénal ne sont pas applicables à ces recherches*»). Ceci est regrettable car la permission de la loi permettait d'autoriser de telles recherches, sans qu'il ne soit utile d'écarter la protection issue de l'article 225-17 CP, qui ne peut donc jouer en cas de méconnaissance des obligations liées aux recherches biomédicales.

Le corps du défunt ne bénéficie pas d'une protection aussi générale que pouvait le laisser penser l'adoption de l'article 225-17 CP. Ceci est d'autant plus vrai que certaines atteintes au corps humain ne sont pas sanctionnées, alors même que les dispositions pénales pouvaient trouver à s'appliquer.

B – La désacralisation illégitime du corps sans vie

Le respect dû au mort n'est plus immuable. Comme la plupart des principes fondamentaux, il subit l'évolution de la société, qui va jusqu'à accepter que des cadavres soient « plastinés » (pour éviter leur putréfaction) pour être exposés, mis en scène à faire du vélo, du tir à l'arc ou encore jouer aux échecs. Deux associations de lutte pour la défense des droits de l'Homme ont demandé au juge des référés l'interdiction de cette exposition. Malgré que celle-ci ait été prononcée, cette affaire soulève de nombreuses interrogations, notamment au regard de l'absence de poursuites pénales. Par un arrêt rendu le 21 avril 2009 par le tribunal de grande instance de Paris, l'interdiction de cette exposition macabre est prononcée. Le juge des référés s'appuie sur l'inviolabilité du corps humain et le respect qui lui est dû, au regard des articles 16 et suivant du Code civil. L'atteinte au corps humain peut – être légitimée dans certains cas, mais en l'espèce, en l'absence d'intérêt scientifique (comme le prétendait l'organisateur de l'exposition) et alors même que l'intérêt pédagogique ne constitue pas une permission de la loi, l'illégalité d'une telle manifestation était avérée. Cette exposition, entraînant une commercialisation du corps contraire au principe de sa non-patrimonialité, ne pouvait être tolérée. Le juge avait ici fait une juste application du droit. L'arrêt rendu le 30 avril 2009 par la Cour d'appel de Paris, si elle maintient cette interdiction, adopte un raisonnement bien moins porteur de vérité juridique. En effet, l'interprétation a

contrario de la décision conduit à retirer au cadavre tout caractère sacré, et à lui conférer une valeur commerciale. La Cour d'appel ne s'est penchée que sur la provenance douteuse des cadavres, et sur l'absence probable de consentement des défunts ou de leur famille. Ce n'est donc pas sur le principe même de l'exposition que porte la décision, mais sur ses modalités. Ainsi, si le consentement préalable des personnes et leur origine précise sont connus, la justice ne voit rien à redire au fait d'exposer en public des cadavres mutilés et dépecés. Cependant, au-delà du raisonnement regrettable adopté par la Cour d'appel, c'est l'absence de poursuites pénales qui est réellement significatif du désintérêt que l'on porte au corps du déchu. En effet, il existait indubitablement une réelle atteinte à l'intégrité du corps humain, celui-ci étant découpé, démembré, vidé, reconstruit, plastiné et exhibé. L'incrimination issue de l'article 255-17 CP trouvait donc à s'appliquer. Or, ni le ministère public, ni le préfet de Police (qui pourtant en avait l'obligation en vertu de l'article 40 du CPP), n'ont engagé des poursuites pénales contre les organisateurs de cette manifestation. Pourtant, l'action aurait été fondée. Si les exposants se défendaient en affirmant que les corps avaient fait l'objet d'un don pour la science, encore fallait-il établir en quoi l'exposition de ces corps au grand public allait – elle permettre un quelconque progrès scientifique. En plus de la simple interdiction de cette exposition, ce sont des poursuites pénales qui auraient donc dû être amorcées. La raison de cet immobilisme tient vraisemblablement au fait que certains corps sont, depuis longtemps, exposés dans les musées. Les momies présentes au Louvre auraient – elles été menacées d'expropriation en cas de condamnation pénales ? Rien n'est moins sûr. En effet, leur caractère historique, et le fait qu'elles n'aient fait l'objet d'aucune atteinte corporelle (la volonté de les conserver dans un état intact illustrant au contraire l'attention qui leur est portée) ne peut laisser présager une application de l'article 225-17 CP. Ainsi, c'est davantage pour adapter la justice à l'évolution, même regrettable, de la société que pour protéger le patrimoine historique que les juridictions pénales n'ont pas été saisies.

Le corps dépersonnalisé, en ce qu'il ne porte la vie que depuis peu, en ce qu'il l'a perdu ou en ce qu'il ne représente aucune valeur à protéger pour le droit, se trouve donc hors du champ pénal, sauf les hypothèses où il peut lui être utile. Le corps en tant que support d'une personne, quant à lui, fait l'objet d'une approche juridique dichotomique, en ce qu'il peut être soustrait totalement à la volonté de la personne, tout comme il peut en être dangereusement dépendant.

DEUXIEME PARTIE : LE CORPS HABITE

« *Mon corps est un jardin, ma volonté est son jardinier* ». William Shakespeare, avait déjà, à travers cette formule, pointé du doigt la relation d'intime dépendance qui lie la personne et son corps. Pourtant, la volonté n'est pas la seule référence à laquelle il faut se vouer. En effet, la nature particulière du corps humain, entre personne et chose sacrée, ne confère pas à l'Homme le droit d'en faire ce que bon lui semble. Il s'agit du principe d'indisponibilité et d'inviolabilité du corps humain, qui trouve une illustration à travers le droit pénal (chapitre 1^{er}). Pourtant, la volonté et le consentement conservent un large pouvoir sur le corps humain. Aussi le principe de libre disposition du corps humain est- il également transposée au droit pénal (chapitre 2nd). Indisponibilité et libre disposition étant inconciliable, le droit pénal souffre de cette même contradiction qui alimente les débats en droit civil.

CHAPITRE I – L'inné de l'indisponibilité corporelle

Le code civil, en ses articles 16 et suivants, affirme l'indisponibilité, l'inviolabilité et la non patrimonialité du corps humain. Le code pénal, dans un souci de cohérence, en a dégagé certaines incriminations, qui protègent le corps contre l'existence d'une sorte de « droit de propriété » utilisé à mauvais escient par son titulaire. Il s'agit en effet de protéger l'Homme contre les tiers, mais également contre lui-même (section I). Le droit pénal se veut alors être un corollaire au droit civil, permettant l'application et le respect des principes qu'il édicte. Cette cohérence est réciproquement assurée par le droit civil, qui attribue à ces dispositions un caractère impératif en dérogation avec l'esprit traditionnel des règles civilistes. Cette harmonie juridique permet au droit pénal de contribuer au débat civiliste quant à la place du corps humain au sein de la *summa divisio* personne/chose (section II).

Section I – L’existence d’un ordre public corporel

L’absence d’une rémunération, ou encore l’existence d’un consentement, devraient, au regard des libertés individuelles, permettre de faire échec à la répression lorsqu’il est porté atteinte au corps humain. Pour autant, certaines incriminations tendent à développer une idée d’« ordre public corporel » : ni le consentement, ni l’absence de rémunération ne viennent entraver la répression, que l’acte soit commis par la personne sur son propre corps (I) ou par autrui (II).

I – LA LIMITATION DES DROITS SUBJECTIFS DE LA PERSONNE SUR SON PROPRE CORPS

Est – ce l’idée de protéger la personne contre elle-même, la volonté de réprimer ce qui choque la morale, ou d’autres considérations qui viennent justifier les différentes interdictions liées à l’utilisation de son propre corps posées par le droit pénal ? Il semble exister, en ce domaine, autant de ratio legis que d’interdictions posées, qu’il s’agisse du prêt de son corps (A), de sa vente (B), ou encore de sa mise en danger (C).

A – Le prêt de son corps

C’est par la pratique de la « gestation pour autrui » (ci-après GPA) que s’illustre le mieux le prêt de son corps. Méthode de lutte contre l’infertilité la plus ancienne, la GPA est une pratique qui remonte à l’ancien testament⁹⁵. L’évolution de la science aujourd’hui permet de résoudre certains problèmes d’infertilité, en recourant par exemple à l’assistance médicale à la procréation, qui vise, selon l’article L152-2 CSP, à « *remédier à l’infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué* », cela n’étant envisageable que pour les couples formés d’un homme et d’une femme, vivants, en âge de procréer, mariés ou apportant la preuve d’une vie commune d’au moins deux ans. Or, toutes les femmes ne peuvent bénéficier de ce procédé (par exemple, les femmes présentant une infertilité utérine), d’où le recours, encore aujourd’hui, par 300 à 400 couples⁹⁶ par an, en France, à une « mère porteuse ». Pourtant, le droit, dans toutes ses branches, prohibe cette pratique, tant en vertu du

⁹⁵ Abraham et Sarah, n’arrivant pas à avoir d’enfant, avaient demandé à Hagar de porter l’enfant, qui deviendra Ismael.

⁹⁶ SERIAUX, « Maternités pour le compte d’autrui : la mainlevée de l’interdit ? », D.2009, p.1215

principe d'indisponibilité du corps humain qu'au regard de la protection de la filiation. Ainsi, l'article 227-12 CP, en son alinéa 3^{ème}, ajouté par la loi bioéthique de 1994, dispose qu'est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000€ d'amende le fait « *de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre.* » Par une interprétation littérale de cette disposition, on constate que, comme sur le modèle du proxénétisme ou du dopage⁹⁷, la femme enceinte, ainsi que le couple « receveur » échappent à toute répression. Il serait néanmoins possible de condamner pour complicité, la mère porteuse ainsi que le couple, car ceux – ci sont les clients de l'entremetteur. Or, en France, dans la pratique, le plus souvent, il n'y a aucun intermédiaire, la mère porteuse et le couple désireux d'enfant se connaissant déjà, ou encore utilisant l'Internet⁹⁸. Il convient alors d'analyser s'il a existé, pour le législateur, une telle volonté de ne pas sanctionner ceux qui sont finalement les deux protagonistes du recours à ce procédé illégal. Peut-on estimer que le couple puisse se voir appliquer l'alinéa 1^{er} de l'article 227-12 CP, aux termes duquel « *le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesses, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de 6 mois d'emprisonnement et de 7500€ d'amende* » ? En l'absence de contrepartie offerte par le couple, cet article semble inapplicable, et même dans l'hypothèse d'un don, la jurisprudence n'a jamais fait application de cette disposition pour condamner le couple commanditaire. En outre, on ne pourra opposer à la mère porteuse ni l'abandon de famille (celle - ci, n'ayant jamais déclaré l'enfant, n'a jamais été légalement sa mère) ni le délaissement de mineur (les circonstances du délaissement ayant permis vraisemblablement d'assurer la santé et la sécurité de l'enfant). C'est finalement seulement par le truchement de l'article 227-13 CP que, de part son imprécision, le couple et la mère porteuse pourront être incriminés, celui – ci disposant en effet que la « *substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000€ d'amende* ». On observe alors clairement, par cette référence à l'« *atteinte à l'état civil* », que c'est d'avantage la filiation qui est protégée que le corps de la femme, bien que, conséquemment, cela contribue à rendre indisponible le corps humain (d'autant que l'interdiction de la gestation pour autrui, en droit civil, relève, quant à elle, uniquement de la volonté de protéger le corps).

⁹⁷ Le sportif dopé ne risquant aujourd'hui qu'une mesure disciplinaire, et non une sanction pénale

⁹⁸ Sauf à voir dans l'utilisation d'un site Internet la possibilité de faire jouer la responsabilité en cascade, ce qui rendrait la complicité possible...

B – La vente de son corps

Il semble loin le temps où, par une loi du 14 avril 1954, la réquisition du sang des classes 1944 et 1945 était autorisée, parce qu'elles n'avaient pas « versé » leur sang pour la patrie. Pourtant, nous ne sommes qu'à un demi-siècle de cela. Aujourd'hui, le consentement est une donnée primordiale, qui peut même parfois faire échec à une indisponibilité absolue du corps humain. Cependant, le consentement n'est pas le seul élément à prendre en considération : l'absence de rémunération en contrepartie d'une atteinte corporelle est également nécessaire. En effet, corollaire au principe d'indisponibilité du corps humain, celui de la non patrimonialité revêt une place tout aussi importante dans notre arsenal pénal. Les articles 511-2, 511-4 et 511-9 du Code pénal en sont une illustration, énonçant successivement que « *le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de 7 ans d'emprisonnement et de 100 000€ d'amende* », que « *le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000€ d'amende* » et que « *le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme [...] est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende* ». Il s'agit ici d'incriminer le trafic d'organes, de gamètes et de produits du corps humain. Il va sans dire que le consentement et l'absence de rémunération ne suffisent pas à autoriser la circulation des éléments du corps humain, le Code de la Santé Publique posant des conditions strictes, notamment en exigeant un but thérapeutique ou scientifique. Il est des articles, comme ceux – ci, qui ne trouvent pas souvent à être invoqués devant les cours françaises. Pourtant, dans d'autres états, c'est davantage l'absence d'application de ces dispositions qui retient l'attention. En Chine par exemple, le trafic d'organe est interdit (seulement depuis le 1^{er} juillet 2006). Or, dès 1998, le parlement européen a dénoncé, par une résolution, la transplantation d'organes de condamnés à mort, en se basant sur le rapport de l'organisation « China Watch ». En effet, c'est 40 000 condamnés à mort⁹⁹ qui auraient servis de « distributeurs d'organes » depuis 1998, cela étant parallèlement une opération juteuse pour le régime chinois. Ce qui se passe à l'étranger ne peut plus nous être, aujourd'hui, inconnu, en ce que les nouvelles technologies ignorent ces frontières géographiques. Aussi découvre-t-on, en Septembre 2009, un rein humain à vendre sur Ebay¹⁰⁰, l'enchère ayant

⁹⁹ MATAS et KILGOUR, « Rapport sur les allégations sur les prélèvements d'organes de pratiquants de Falun Gong en chine », 6 juillet 2006

¹⁰⁰ « Rein humain fonctionnel à vendre. Vous pouvez choisir n'importe lequel des deux. L'acheteur assumera tous les coûts médicaux et de transplantation. Évidemment, un seul rein est à vendre car j'ai besoin de l'autre pour survivre. Offre sérieuses seulement ».

atteint 5,7 millions de dollars. De même, il est aujourd'hui aisé de trouver sur de nombreux sites des ovules à vendre. La loi pénale française existe, mais le principe de territorialité exige qu'elle ne s'applique qu'en France uniquement (à défaut de réciprocité d'incrimination dans le pays étranger, comme aux Etats-Unis notamment, au regard de la vente de gamètes, licite là bas, la règle de la personnalité active ne peut être invoquée, car le trafic d'organe est un délit et non un crime). La non patrimonialité du corps humain est donc préservée par le droit français, mais certaines circonstances font échec à son application.

C – La mise en danger de son corps

La main mise de l'état sur le corps est telle que la personne qui souhaite se mettre en danger, en toute connaissance de cause, peut rapidement se situer hors la loi. Ainsi en est – il du sportif dopé ou, plus généralement, du consommateur de stupéfiants. Autant la répression du dopage s'inscrit alors davantage dans des considérations d'éthiques sportives et de protection de l'ordre public par le droit pénal, autant l'incrimination de l'usage de stupéfiants relève d'une réelle politique répressive autonome. L'ordre public est en effet déjà protégé par la répression du trafic de stupéfiant, visant la production, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession... des substances stupéfiantes. La répression de l'usage même de ces substances relève donc d'une volonté autre, qui renvoie davantage à la protection du corps qu'à celle de la société. Cela est d'ailleurs illustré par le fait que, contrairement aux incriminations de trafics de stupéfiants, qui relèvent des articles 222-34 et suivants du Code pénal, l'usage de stupéfiants est visé à l'article 3421-1 CSP. Aux termes de cette disposition, « *l'usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants est puni d'un an d'emprisonnement et de 3750€ d'amende* ». Ainsi, malgré l'absence de trouble causé à la société et l'existence d'un consentement (sauf à estimer, comme le soulève Melle COTZA¹⁰¹, que le consentement est considéré comme anéanti du fait de l'état de dépendance, ce qui semble somme toute juridiquement sujet à débat), le droit pénal intervient dans les rapports qu'entretient la personne avec son corps. Néanmoins, il est vrai que le mode de répression de l'usage de stupéfiants nuance quelque peu cette interférence du droit dans la vie privée de la personne. En effet, bien qu'une peine de privation de liberté maximale soit fixée, celle – ci n'est prononcée qu'à titre exceptionnel, l'article 3423-1 CSP énonçant que « *l'action publique n'est pas exercée à l'égard des personnes qui se conforment*

2 COTZA « Le corps en droit pénal », Mémoire, 2004

au traitement médical qui leur est prescrit et le suivent jusqu'à son terme. » Il s'agit donc ici davantage d'une réponse curative que répressive, ce qui illustre bien l'attachement que porte ici le législateur au corps. Pourtant, certains relèvent, à l'instar de Mme CABBILLAU¹⁰², que malgré les innombrables circulaires « *rappelant aux tribunaux les aspects curatifs de la loi et leur demandant de se limiter à l'application de ce volet curatif* », la pratique est bien souvent différente, les juridictions ayant tendance à retenir le concours idéal de qualification. Ainsi, le consommateur est également un acquiescent et un détenteur, or, la solution d'un tel conflit étant de retenir la réponse pénale la plus sévère, l'acquisition et la détention « absorbent » la consommation, ce qui fait passer la répression maximale d'un an à dix ans d'emprisonnement (cette pratique étant, de plus, critiquable, car la règle selon laquelle le spécial déroge au général devrait trouver à s'appliquer). Il s'en suit qu'en 2007, ils étaient 2083 simples usagers de stupéfiants à être derrière les barreaux.¹⁰³ Si cela n'était vraisemblablement pas l'intention première du législateur, il n'en demeure pas moins que l'on peut y voir une réelle consécration de l'indisponibilité du corps humain, à tel point que pour satisfaire cet impératif, il sera parfois privé de sa liberté d'aller et venir.

Si le corps est ainsi protégé de la personne dont il est le « support » physique, et l'est d'autant plus quand l'atteinte provient de l'extérieur, même lorsque la violation du corps est consentie.

II – LA PROHIBITION DES ATTEINTES SUR LE CORPS D'AUTRUI

Si l'homme ne peut agir comme il le souhaite sur son propre corps, a fortiori, autrui ne peut détenir un quelconque droit sur ce corps, fût – ce avec le consentement de l'intéressé. Cette restriction des droits du tiers est omniprésente dans le livre second du Code pénal relatif aux atteintes à la personne, réprimant notamment le meurtre, les violences, l'agression sexuelle... mais certaines infractions revêtent une dimension corporelle spécifique, entraînant une appropriation du corps (A), une mutilation de celui – ci (B), ou encore, sa disparition (C).

¹⁰² CABBILLAU, « L'usage de stupéfiants, entre répression excessive et dépénalisation problématique », santé publique et droit pénal, 2003

¹⁰³ Sources : Ministère de l'Intérieur

A – L'appropriation du corps

L'expression « appropriation », lorsqu'elle est adjointe au terme « corps », octroie à ce dernier une définition réificatrice, que le droit pénal s'efforce, par le biais de différentes incriminations, d'écarter. Ainsi, la répression de l'esclavage ou du proxénétisme participent de cette volonté de ne pas assimiler le corps humain à une chose, tout comme l'interdiction de déposer un brevet sur un élément du corps humain, - qui ne fera cependant pas l'objet de développement ici, en l'absence d'incrimination par le droit pénal (la protection se réalisant à priori, lors de la demande de brevet).

1 - LA REPRESSION DE L'ESCLAVAGE

L'existence d'un « droit de propriété » sur son propre corps fait déjà l'objet de nombreux désaccords doctrinaux; avancer l'idée qu'il puisse exister un « droit de propriété » sur le corps d'autrui serait alors aller au devant d'innombrables objections. Parmi celles-ci viendrait bien sûr en premier lieu les quelques dispositions juridiques réprimant l'esclavage. Aboli une première fois le 16 pluviôse an II par les députés de la convention, l'esclavage fut rétabli par Napoléon Bonaparte le 20 mai 1802, avant d'être définitivement prohibé le 27 avril 1948, par la publication des décrets d'abolition dans toutes les colonies françaises. Mais l'esclavage dont on parlait il y a plusieurs siècles n'est plus le même aujourd'hui, il n'est plus officiel et juridiquement fondé sur un droit de propriété. Pourtant il existe toujours, illégalement : l'esclavage, que l'on appelle esclavage moderne, fait, selon le Comité d'Esclavage Moderne, 300 nouvelles victimes chaque année. Il s'agit le plus souvent de jeunes filles africaines « accueillies » dans un foyer français, à qui l'on retire les papiers d'identité, les contraignant ainsi à effectuer diverses tâches sans rémunération. Le corps de la victime n'a pas nécessairement à être physiquement atteint. Dès lors que l'on peut considérer qu'il fait l'objet d'une appropriation par ses « employeurs », on peut parler d'esclavagisme. Par une loi du 21 mai 2001, la France est venue reconnaître l'esclavage en tant que crime contre l'humanité. Or, aussi paradoxal que cela puisse paraître, l'esclavage n'est pas incriminé en tant que tel dans notre droit pénal. Notre arsenal juridique réprime l'esclavage, mais par le truchement de trois articles distincts, sans que le terme « esclavage » ne soit employé à aucun moment. Ainsi, les articles 225-13 et 225-14 CP sanctionnent le « *fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans*

rapport avec l'importance du travail accompli » ainsi que le « *fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine* ». De même, l'article 225-4-1 CP dispose que « *la traite des êtres humains est le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit.* » Or, aux yeux de la CEDH, ces textes ne suffisent pas à remplir l'obligation de la France de se munir de dispositions à même d'éviter la violation de l'article 4 de la convention, portant sur l'interdiction de l'esclavage¹⁰⁴. Diverses propositions de loi venant faire de l'esclavage une incrimination autonome ont depuis lors été déposées, mais ont soit été rejetées (proposition de Mme GAUTIER, novembre 2005, rejetée par la commission des lois du Sénat) soit n'ont pas encore été étudiées (proposition de M. LUCA, mai 2006). Il reste que dans son principe, l'état de soumission, ou l'appropriation d'une personne par autrui est réprimé par le Code Pénal, bien que l'on puisse regretter cette législation éparse et incomplète.

2 – L'INCRIMINATION DE L'EXPLOITATION SEXUELLE

Contrairement à ce qui apparaît au regard de la répression de l'esclavagisme, celle du proxénétisme ne souffre pas d'incomplétude, bien au contraire. Pourtant, on peut assimiler certaines formes de proxénétisme à un esclavage moderne, en ce qu'elles permettent de tirer profit de l'utilisation du corps d'autrui. L'incrimination du proxénétisme est aussi large qu'elle est imprécise, tant et si bien qu'elle semble répondre à la protection de différentes valeurs protégées, parmi lesquelles il y aurait le corps humain d'autrui. L'article 225-5 CP permet déjà une acception large du proxénétisme, en incriminant le fait d'embaucher ou de faire pression sur une prostituée, de tirer profit de ses activités rémunérées, mais également de simplement aider, assister ou protéger la prostitution d'autrui. L'article 225-6 CP quant à lui, élargi encore davantage le champ d'application de cette incrimination, en visant le fait d'être un intermédiaire entre le proxénète et la prostituée, de faciliter la justification de ressources du proxénète, de ne pouvoir justifier de ses ressources au regard du train de vie mené, ou encore

¹⁰⁴ Siliadin contre France, CEDH, 26 juillet 2005, CEDH

d'entraver les actions de prévention, contrôle, assistance... de certains organismes. Le proxénète n'est donc pas seulement celui qui « embauche » des prostituées, afin d'en tirer profit, sous la contrainte, la violence, tromperie ou tout autre moyen, il peut également être celui qui tolère les actes de prostitution par exemple. L'incrimination est donc très étendue. On peut alors soulever un paradoxe lié au caractère absolu de l'interdiction du proxénétisme, alors que la prostitution en elle-même n'est pas illégale. Si l'incrimination de proxénétisme tend à protéger le corps humain, et éviter toute « appropriation », ou « marchandisation » de celui-ci, elle risque pourtant parfois de faire contre – emploi. En effet, par l'absence de condition de profit lorsque le proxénétisme se définit par une aide apportée, l'entraide entre prostituées elles-mêmes conduit parfois à l'arrestation de l'une d'elle (à titre d'illustration : 12 octobre 1994, chambre criminelle : pour une prostituée ayant accueilli dans son véhicule une autre prostituée pour lui permettre d'exercer son activité). Ainsi, en empêchant toute forme de solidarité ou d'organisation des personnes se prostituant, celles – ci sont privées de défendre ensemble leurs droits et intérêts, alors même que cette activité peut mettre en danger leur intégrité corporelle.

De plus, autour de l'exercice de la prostitution, légale, gravitent un certain nombre d'infractions, sans qu'il ne faille sans tenir qu'au proxénétisme. En effet, l'article 225-12-1 CP vient réprimer l'exploitation plus concrète, physique et ponctuelle, d'une personne mineure ou vulnérable, se prostituant : *« est puni des mêmes peines [3 ans d'emprisonnement et 45000€ d'amende] le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations sexuelles de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse »*. Le fait d'être « client » d'une personne prostituée n'entraîne pas, ipso facto, la répression. Depuis la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, c'est donc au regard de l'âge ou du caractère vulnérable de la personne prostituée que l'indisponibilité du corps sera affirmée par le droit pénal. Or, l'extension de cette disposition à la vulnérabilité (l'article 225-12-1 CP visant déjà, auparavant, le client d'une prostituée mineure) peut parfois sembler délicate, en ce sens que, si le fait de se prostituer est, pour la grande majorité de ces personnes, une « obligation » ; pour certaines d'entre elles, il s'agit d'un choix de vie. Or, lorsque la prostituée vulnérable est soumise à l'emprise d'un proxénète, elle est déjà protégée, l'article 225-7 CP posant une circonstance aggravante lorsque le proxénète commet cette infraction alors que la personne se prostituant est vulnérable. A l'inverse, lorsque son activité

est librement choisie et exercée, l'article 225-12-1 CP entrave son exercice, en venant réprimer le client de cette prostituée. Le droit n'instaurerait – il pas là une discrimination dans l'exercice d'une activité, du fait d'un handicap, d'un état de grossesse, d'une maladie, sous couvert de réprimer la violation d'un ordre « moral », davantage que l'atteinte à l'intégrité du corps humain ? L'état de grossesse ou la maladie emporterait alors de fait une présomption de « fragilité » du consentement¹⁰⁵ ? L'indisponibilité du corps humain fragile n'est –il pas poussé à son extrême, jusqu'à en devenir un handicap pour la personne incarnée dans ce corps ? Si moralement la protection de la prostituée vulnérable est souhaitable, sur le plan juridique, cela est plus contestable, du fait de la légalité de la prostitution.

La répression du racolage, quant à elle, offre au corps humain une nouvelle protection, tenant à la prohibition de son « exposition » ou de sa « marchandisation ». L'article 225-10-1 CP, depuis la loi du 18 mars 2003, incrimine le fait, par une attitude active ou passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse en ce sens. Ici, ce n'est plus, ni l'intermédiaire, ni le client, qui est visé, mais la personne se prostituant, car si les relations sexuelles rémunérées sont légales, les « actes préparatoires » à celles – ci ne le sont parfois pas. Qui plus est, la tentative de ce délit étant incriminée par l'article 225-11 CP, les « actes préparatoires » à ces « actes préparatoires » sont également réprimés. Reste encore à savoir ce qu'ils revêtent... On l'observe donc, l'indisponibilité du corps humain est particulièrement affirmée au regard du proxénétisme et des infractions qui s'y rattachent, quand paradoxalement l'atteinte directe portée au corps se situe hors du champ pénal, si l'on s'attache à la légalité de la prostitution.

B – La mutilation du corps

Toute atteinte corporelle exercée par autrui est réprimée par le droit pénal, en vertu des articles 222-1 et suivants du Code pénal relatifs aux tortures, et des articles 222-7 et suivants de ce même code, au regard des violences. Si toutes ces dispositions contribuent à la protection pénale du corps humain, il est une dimension autre qu'il faut prendre en considération, lorsque le dommage ne relève pas d'une volonté attentatoire, mais du respect de traditions ou religions. C'est au regard de l'excision que se pose tout particulièrement la question de la supériorité du principe d'indisponibilité face aux pratiques coutumières. La

¹⁰⁵ Idée soulevée par M.PY, « prostitution, proxénétisme, racolage », mai 2006, répertoire de droit pénal et de procédure pénale

conciliation entre droit et traditions ne va pas toujours en faveur de l'institution judiciaire¹⁰⁶, mais l'impératif de protection du corps humain a fait de l'excision une pratique poursuivie et réprimée. Il est vrai qu'il n'existe aucune incrimination spécifique de l'excision, et cela car les textes existants suffisent semble – t'il à réprimer cette pratique. En effet, ce sont les incriminations de violences volontaires ayant entraîné une mutilation (sur mineur de quinze ans le plus souvent) ou de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner qui sont généralement invoquées. Parfois même c'est la qualification de tortures qui est retenue, ce qui peut sembler étrange en ce sens que, pour qu'il y ait torture, il faut une volonté de faire souffrir, et de nier la qualité d'être humain à la victime, ce qui n'est pas le cas lorsque l'on pratique l'excision. La matière fait également parfois l'objet d'une correctionnalisation par le parquet, qui retient parfois, en particulier quand la jeune victime vient à décéder, l'infraction de non assistance à personne en danger. On le constate donc, nombreuses sont les qualifications susceptibles ici d'être retenues. Pourtant, la spécificité de l'excision et la volonté de trouver une réponse pénale appropriée ont incité le législateur à poser des règles particulières en la matière.

Ainsi, par la loi du 4 avril 2006, différents aménagements sont créés, pour répondre plus précisément à ce fléau. La prescription de ces faits ne peut intervenir que vingt ans après la majorité de la victime, ce qui est une modification essentielle en ce que la pression parentale est dans ce cadre souvent très forte. En outre, est instituée une obligation de lever le secret professionnel en cas de mutilation sexuelle sur mineure. Enfin, l'article 222-16-2 CP vient instaurer une dérogation aux règles d'application de la loi française dans l'espace. En effet, aux termes de l'article 113-7 de ce code, lorsque la victime est de nationalité française, la loi française s'applique, même si l'infraction a eu lieu à l'étranger. Or, il arrive souvent que les jeunes victimes, bien que résidant habituellement en France, ne soient pas françaises. Dans un tel cas, la loi française ne pouvait trouver à s'appliquer. La loi du 4 avril 2006 vient donc permettre l'application des dispositions françaises. De même, elle fait exception à ce que, contrairement à ce que prévoit l'article 113-8 CP, une plainte de la victime ou une dénonciation officielle du pays où le fait a été commis soit exigé en matière délictuelle, ce qui aurait vraisemblablement empêché toute poursuite. Même en l'absence d'incrimination spécifique de l'excision, la France s'est donc doté d'un arsenal de règles permettant de réprimer efficacement cette pratique. Pourtant, la question du consentement de la victime peut parfois conduire à quelques paradoxes, surtout lorsque, comme c'est le cas ici, la plainte de la

¹⁰⁶ Voir par exemple le droit de correction parentale, la corrida telle qu'elle est pratiquée en France, les rites religieux d'abatages d'animaux...

victime n'est pas nécessaire. En effet, le degré d'atteinte au corps, ou plutôt la partie du corps qui est atteinte va en quelque sorte dicter la réponse pénale du législateur. Alors que le fait de se faire tatouer, en y consentant, ne peut être poursuivi, le fait de se faire exciser, malgré le consentement, est réprimé. Comment cela peut – il juridiquement se concevoir ? Sauf à estimer que l'atteinte au corps n'est permise que lorsqu'elle ne touche pas une partie « intime » de celui-ci, il apparaît plus opportun de se pencher sur la nature du consentement. En effet, on peut considérer que celui – ci est vicié par la pression ou, à défaut d'une telle influence, fragilisé par la pratique coutumière ou la religion. Il n'en demeure pas moins que cela reste un acte consenti sur son corps, que l'on réprime en vertu du principe d'indifférence au consentement en droit pénal. C'est sur cette difficulté que se penche aujourd'hui le législateur Suisse, qui étudie une loi déposée en 2005 incriminant spécifiquement l'excision, en posant une exception dans l'hypothèse où la mutilation, sur une personne majeure, serait consentie. La population suisse est très divisée sur la question, tant l'excision est une pratique inhumaine, mais il est vrai qu'une telle loi permettrait d'instaurer davantage de cohérence face à d'autres pratiques qui elles, ne font pas l'objet de poursuites, tout particulièrement vis-à-vis du tatouage, du piercing, ou encore de la chirurgie esthétique. Il est à noter cependant qu'il risque alors de se développer un « tourisme de l'excision » en Suisse, comme cela existe déjà pour le suicide assisté.

C – La disparition du corps

Si l'expression « tentative de suicide », vraisemblablement empruntée à un fondement juridique ancien, est couramment utilisée, elle n'en demeure pas moins erronée en droit. En effet, il ne peut exister de tentative là où il n'existe pas d'infraction, or, le suicide n'est plus incriminé en droit pénal. Pourtant, le fait de se donner la mort volontairement n'est pas pour autant écarté du champ pénal, dès lors où ce n'est pas l'intéressé lui-même qui va matériellement s'anéantir, mais un tiers qui va l'y aider. Appelée simultanément euthanasie active, passive, indirecte, aide au suicide, suicide assisté, selon le degré d'implication du tiers et l'autonomie de la « victime », cette pratique emporte le décès de celle – ci grâce, ou à cause, du fait d'autrui. Il apparaît alors clairement qu'il s'agit de « donner volontairement la mort à autrui », définition recoupant celle de l'article 221-1 CP, incriminant le meurtre. Plus précisément, c'est l'article 221-3 de ce code qui trouvera la plupart du temps à s'appliquer, en ce qu'il vient sanctionner l'assassinat (car il est hautement probable que les faits reprochés avaient été réfléchis et préparés à l'avance, dans un tel contexte). En outre, la non assistance à personne en danger peut être également invoquée, ou encore la provocation au suicide.

Parallèlement à ces diverses incriminations, illustrant la capacité du droit à s'appliquer pour une situation si spécifique, une « *faillite juridique*¹⁰⁷ » permet à l'inverse d'appréhender l'euthanasie sous l'angle de l'impunité. En effet, si l'on considère cet acte comme une complicité (ce qui, au regard de l'intention de son auteur, ne peut se concevoir que comme cela), il ne peut y avoir de répression, en l'absence de fait principal punissable. Admettre cela serait consacrer le principe de libre disposition du corps humain, le nier est au contraire renforcer celui de son indisponibilité. La CEDH, qui a dégagé la notion d'autonomie personnelle, énonce : « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne* »¹⁰⁸. Pourtant, cette même cour estime ensuite que l'article 2 Conv.EDH, portant sur le droit à la vie, ne saurait offrir au citoyen européen un droit à la mort, devant être garanti par l'état¹⁰⁹. Le problème est là, droit interne comme externe peinent à trouver un juste équilibre entre « *le modèle autonome, que l'on rattache souvent à la tradition de l'individualisme anglo-saxon telle qu'issue de la pensée de Locke ou de Mill, et un modèle plus protecteur, voire paternaliste, que l'on prête à la conception continentale* »¹¹⁰. L'hésitation se traduit jusque dans la pratique judiciaire, qui, tout en réprimant et poursuivant (parfois) les auteurs de tels actes, abrège la procédure prématurément, en rendant une ordonnance de non lieu, relaxant, ou condamnant à une peine symbolique. Ce constat a incité le législateur à intervenir.

L'indisponibilité du corps humain reste le principe, mais il a été atténué par la loi Leonetti du 22 avril 2005, interdisant l'acharnement thérapeutique ou, autrement dit, instaurant un droit au « laisser mourir ». Cette loi ne fait cependant finalement que confirmer cette suprématie du corps sur la personne elle – même. En effet, le consentement de la « victime » a, pour le législateur, un rôle moindre que celui du corps, tant qu'il parvient à survivre. Ce n'est que lorsqu'on le laisse mourir que le législateur permet l'absence de poursuite, et non quand on le tue. La personne est donc dépendante de l'évolution de son état de santé. Le principe d'indisponibilité du corps humain protège donc le corps de celui qui le détient, et non la volonté individuelle, d'autant plus que celui-ci est, dans de telles hypothèses, vulnérable. Aussi affirmée soit – elle dans le cas de l'euthanasie, cette indisponibilité est mise à mal par le fait même que la question de la légalisation de cette forme de suicide fasse l'objet

¹⁰⁷ DUNET – LAROUSSE, « L'euthanasie, signification et qualification au regard du droit pénal », RDSS, 1998 p.265

¹⁰⁸ Pretty contre Royaume Uni, CEDH, 29 avril 2002 (pour l'euthanasie), et K.A et A.D contre Belgique, CEDH, 17 février 2005 (pour les pratiques sadomasochistes)

¹⁰⁹ Pretty contre Royaume – uni, CEDH, 29 avril 2002

¹¹⁰ ROMAN, « A corps défendant », D.2007.1284

de nombreux débats, sans cesse ravivés par des faits divers tragiques tels l'affaire Humbert ou encore Sébire. La France se refuse à légiférer sur la question (rejet par exemple, le 24 novembre 2009, de la proposition de loi déposée par Ayrault), attendant avant tout l'évaluation de l'application de la loi du 22 avril 2005. Il y a fort à penser que l'état du droit restera celui-ci pendant longtemps encore, par crainte de ne voir s'effondrer l'un des derniers bastions qu'il reste encore du principe d'indisponibilité du corps humain.

Cette indisponibilité du corps, si elle n'est plus que partiellement affirmée, a le mérite de rassembler le droit civil et le droit pénal, qui vont de concert, permettant ainsi d'affirmer les grands principes, et de sanctionner leur violation. Cette cohérence permet d'afficher clairement la volonté du législateur de ne considérer le corps qu'à travers la personne et le respect qui lui est dû.

Section II - Une harmonie juridique protectrice

Le droit pénal apporte un double appui au droit civil, à travers les incriminations touchant au corps humain. En effet, il permet de sanctionner l'irrespect des principes issus du droit civil (I), mais également de contribuer au débat de droit civil portant sur le statut du corps humain (II).

I – UN DROIT PENAL SANCTIONNATEUR

L'existence de dispositions pénales attribuant au corps un caractère d'indisponibilité est un acquis qui permet déjà d'octroyer au corps une dimension sacrée et intouchable. Mais c'est le parallélisme existant avec le droit civil qui vient agrémenter cette protection, en lui conférant la cohérence nécessaire à l'existence d'une philosophie générale de sacralisation du corps humain. Cette cohérence existe tant sur la substance des dispositions civiles et pénales (A) que sur leur valeur (B).

A – Une cohérence substantielle : la convergence du pénal vers le civil

Code civil et Code pénal sont sur de nombreux points en accord quant au caractère indisponible du corps humain. On peut néanmoins constater que la protection civile du corps humain est beaucoup plus générale, et plus clairement affirmée. Elle apparaît dès le titre 1^{er} du livre 1^{er} CC, dans un chapitre II intitulé : « du respect du corps humain ». Dix articles y sont compris, protégeant de façon plus ou moins générale le corps humain. Sur ce point, le Code pénal ne peut prétendre à une telle clarté, le corps humain faisant l'objet de dispositions éparpillées, la section II du titre 1^{er} du livre 5^{ème} relatif aux « autres crimes et délits », intitulée « de la protection du corps humain » n'envisageant en effet ici que l'aspect bioéthique de ce dernier. Sur la clarté et la place accordée au corps dans ces deux codes, l'harmonie n'est pas frappante. C'est sur la substance de leurs dispositions qu'il faut alors s'attarder. Aux termes de l'article 16-1 CC, « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ». L'affirmation générale posée par ce texte confère déjà à toutes les incriminations étudiées précédemment un appui incontestable. Mais plus précisément encore, certaines infractions trouvent une cohérence toute particulière avec cette disposition, tel le trafic d'organes, le proxénétisme ou encore l'esclavagisme (au regard de l'alinéa 3^{ème} de cet article, prohibant l'existence d'un « droit patrimonial » sur les éléments du corps ou le corps humain lui – même). Dans ces incriminations en effet, un droit patrimonial émerge, comme étant la conséquence de l'infraction (trafic d'organe et proxénétisme) ou la constitution de l'infraction elle-même (esclavagisme). L'interdiction de breveter un élément du corps humain s'inscrit dans la même démarche. Cette cohérence résulte principalement du fait que la loi bioéthique du 29 juillet 1994 prévoyait des dispositions d'ordre civiles comme pénales. Ainsi, l'article 16-1 CC a pour corollaire les articles 511-2 et 511-4 CP, relatifs au trafic d'organes et de tissus, car ils ont été introduits par la même loi. En revanche, concernant la répression de l'esclavagisme, l'article 225-4-1 CP avait déjà été introduit par la loi du 16 décembre 1992, prévoyant également l'infraction de proxénétisme. La cohérence entre le droit civil et le droit pénal ne s'en tient pas à l'article 16-1 CC. En effet, une harmonie similaire résulte de l'article 16-3 CC. Issu de la loi du 6 août 2004, il énonce : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui [...]* ». Si toutes les infractions relatives aux violences ou atteintes volontaires à la vie trouvent ici une réponse d'ordre civile, notre intérêt peut tout

particulièrement se porter sur l'excision ou l'euthanasie. On peut considérer que ces comportements étaient réprimés dès le code de 1810, au titre des violences volontaires ayant entraîné une mutilation et de l'assassinat. Le code civil se fait donc l'écho de cette répression, la « nécessité médicale » n'étant pas entendue de façon suffisamment large par le juge pour y voir une nécessité d'ordre religieuse, pour l'excision, ou morale, pour l'euthanasie. Il est un autre article du Code civil qui illustre ce parallélisme instauré entre ces deux branches du droit. En effet, l'article 16-7 CC dispose : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Cette disposition est issue de la loi du 29 juillet 1994, qui ajoute dans un même temps à l'article 227-12 CP un alinéa sanctionnant (bien qu'indirectement) cette pratique qu'est la gestation pour autrui. La jurisprudence participe également de cette cohérence, en prohibant l'adoption d'un enfant lorsque ce procédé est l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil dans la famille d'un enfant ayant fait l'objet d'une convention de gestation pour autrui, cela « *portant atteinte aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes* »¹¹¹. Outre ce principe d'indisponibilité, le caractère non patrimonial du corps humain est souligné par le Code civil, qui dispose, en son article 16-5, qu' « *aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'élément de son corps ou à la collecte des produits de celui-ci* ». Cela vise donc à nouveau le trafic marchand des éléments du corps humain, incriminé aux articles 511-2, 511-4, 511-9 du code pénal. Enfin, participant moins de l'indisponibilité du corps humain que du respect de l'intimité du donneur ou du receveur, il faut tout de même soulever la similitude des articles 16-8 CC et 511-10 CP, sanctionnant tous deux la divulgation d'éléments permettant d'identifier le donneur ou receveur de produits du corps humain, plus particulièrement, en ce qui est de la disposition pénale, des gamètes. Le mérite de la loi bioéthique de 1994, ici encore à l'origine de ces deux dispositions, a été d'instaurer une concordance entre les branches pénales et civiles du droit, parallélisme existant également avec les dispositions du Code de la santé publique. Cette harmonie juridique s'observe pareillement quant à la valeur des dispositions civiles et pénales.

B – Une cohérence de portée : la convergence du civil vers le pénal

L'une des grandes différences que l'on peut faire entre la norme civile et la norme pénale tient au fait que la première laisse, en général, une place importante à la volonté

¹¹¹ AP, 31 mai 1991

individuelle des parties, alors que le droit pénal édicte par essence des normes d'ordre public. Ainsi, aux termes de l'article 1134 CC, « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». On y trouve une application beaucoup plus personnalisée du droit, avec une part importante laissée aux volontés individuelles. Cela ne se retrouve pas en droit pénal, qui édicte des normes applicables à tous et indifférentes à la volonté individuelle. Il ressort donc des dispositions pénales un caractère d'ordre public, que l'on ne retrouve pas en droit civil. Il découle du caractère d'ordre public des lois des conséquences importantes. En effet, il est impossible de déroger aux dispositions d'ordre public par des conventions particulières. On ne peut en effet s'exonérer par contrat de sa responsabilité. En outre, en principe, le consentement de la victime n'élide ni la constitution de l'infraction, ni sa répression (à l'inverse, l'accord des deux parties, au civil, tient lieu de loi pour celles - ci). Droit civil et droit pénal ne répondent donc pas à une philosophie commune.

Pourtant, dans certains domaines, le droit civil se rapproche du droit pénal, en ce qu'il édicte des normes qu'il qualifie expressément de dispositions « d'ordre public ». L'article 6 CC précise alors que l' « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »¹¹². Or, le législateur a semble – t'il voulu octroyer cette protection « supérieure » au corps humain, car l'article 16-9 CC dispose que « *les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ». Cela vise toutes les dispositions relatives au corps humain, de l'article 16 à l'article 16-8 CC. Cette spécificité accordée au corps humain¹¹³ par le droit civil est un rapprochement incontestable des conceptions de l'indisponibilité du corps humain entre civil et pénal. L'absence d'autonomie fonctionnelle, et conceptuelle du droit pénal au regard du droit civil est un indice frappant de la volonté de « personnification » du corps humain que l'on peut déduire de cette double affirmation de l'indisponibilité du corps de l'Homme.

Cette référence à la « personne » que traduit le principe d'indisponibilité du corps permet d'alimenter le débat civiliste quant au statut du corps humain, débat auquel le droit pénal peut apporter une contribution.

¹¹² L'existence même de cette précision confirme le fait que le caractère d'ordre public des dispositions civiles n'est pas le principe, mais une exception, expressément envisagée.

¹¹³ Mais pas seulement : au civil, d'autres dispositions bénéficient de ce caractère d'ordre public : article 2372-5 (sur la cession de propriété à titre de garantie), article 763 (sur l'occupation du logement après le décès du conjoint), et plus généralement les dispositions relatives à l'état et la capacité des personnes...

II – UN DROIT PENAL REVELATEUR

Par son approche du corps humain similaire à celle du droit civil, le droit pénal peut venir alimenter le sempiternel débat opposant les défenseurs d'une conception moniste du corps humain à ceux qui l'envisagent de façon dualiste. A-t-on un corps ou est – on un corps¹¹⁴ ? La question doit être posée en ces termes, sans qu'une réponse ne puisse être infaillible, qu'elle soit philosophique ou juridique. Pourtant, les développements précédemment formulés nous invitent à tirer du droit pénal des enseignements qui peuvent apporter au droit civil une pierre à l'édification entreprise du statut juridique du corps humain. A la lecture de l'article 16 CC, l'édification d'un tel statut peut en effet être considérée comme déjà entreprise. Celui-ci, ouvrant le chapitre 2nd relatif au « respect du corps humain », énonce : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle – ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Nulle référence n'est ici faite au corps humain, qui est pourtant précisément l'objet du chapitre 2nd du livre 1^{er} du Code civil. Plutôt que d'assurer la primauté du corps humain, la loi assure la primauté de la « personne ». La conception moniste du corps qui l'assimile à la personne même trouve donc un appui considérable par la formulation de cette disposition, qui a, par ailleurs, fait l'objet de nombreuses modifications rédactionnelles. Le Code pénal, quant à lui, traduit une orientation similaire. La place qu'occupe la section relative à la « protection du corps humain » est symptomatique de la pertinence du débat qui existe en droit civil. En effet, ce n'est ni dans le livre deuxième portant sur les crimes et délits contre les personnes, ni dans le livre 3^{ème} relatif aux crimes et délits contre les biens que figure cette section, mais dans le livre 5^{ème}, qui a trait aux « autres crimes et délits ». Le corps humain n'est donc ni personne ni chose, selon le droit pénal ? Rien n'est moins sûr. En effet, le corps humain existe en filigrane dans tout le titre relatif aux atteintes à la personne humaine ; il n'est pas l'apanage de la section relative à la protection du corps humain, qui n'envisage que son aspect « bioéthique ». Ainsi, la traite des êtres humains, les atteintes à l'intégrité physique, le proxénétisme, ou encore le bizutage figurent parmi les atteintes à la personne, alors que ces infractions ont un lien indéniable avec le corps humain. On voit alors ici un appui supplémentaire à la conception moniste du corps. L'incrimination du bizutage révèle bien cette assimilation du corps et de la personne, qui passe par le concept de « dignité », d'ailleurs envisagé par

¹¹⁴ Expression issue des écrits de C.labrusse-Riou : il faut assurer le respect « tant du corps que l'on est que du corps que l'on a », « La maîtrise du vivant, matière à procès », pouvoirs, n°56, 1991,p.87-107, reprod. dans les Ecrits de bioéthiques, PUF, 2007,p126-153

l'article 16 CC. Aux termes de l'article 225-16-1 CP, « *hors des cas de violences, de menaces ou d'atteintes sexuelles, le fait pour une personne d'amener autrui, contre son gré ou non, à subir ou à commettre des actes humiliants ou dégradants lors de manifestations ou de réunions liées aux milieux scolaire et socio-éducatif est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500€ d'amende* ». L'infraction est aggravée lorsque la victime est une personne vulnérable, de part son âge, une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique ou un état de grossesse. Les actes humiliants ou dégradants trouvent bien souvent leur concrétisation par une atteinte 'forcée' au corps humain de la victime. C'est alors par le truchement de la dignité que, de l'atteinte au corps, on va aboutir à une atteinte à la personne elle – même. Ce rôle de passerelle que joue la dignité n'est rien d'autre que la reconnaissance juridique de l'interdépendance entre la personne et son corps, qui ne font qu'un. On ne peut dissocier le corps humain et le sujet de droit. Ce constat peut conduire à l'application de la règle de l'accessoire, qui permet au corps d'adopter le régime juridique de la personne, selon GOUBEAUX¹¹⁵. Partant de là, le respect et la protection de la personne humaine, incontestablement affirmé en droit pénal, conduit à la reconnaissance de l'indisponibilité du corps humain. Il ne saurait en être autrement, la dégradation du corps, permise par sa libre disposition, étant une atteinte à la personne elle – même, ce qui est sanctionné en droit pénal. L'affirmation de l'indisponibilité du corps humain, au civil comme au pénal, est donc la consécration d'une conception moniste du corps humain, corroborant donc l'affirmation du Professeur CARBONNIER selon lequel « *le corps humain fait la personne* », ou encore l'idée plus directe que « *le corps n'est pas un tas de viande ou l'équivalent d'une somme d'argent* ». ¹¹⁶ Pourtant, aussi dégradante puisse – t'elle paraître, cette idée n'a pas été émise sans être guidée par une vision éclairée de l'évolution de la société. Le droit se voulant être adapté à la société, il a nécessairement du évoluer dans le même sens.

CHAPITRE II – LA PERCEE DE LA REIFICATION CHARNELLE

Si le terme est maladroit, c'est pourtant un réel « droit de propriété » que l'on voit émerger, dont la personne est le titulaire et le corps est l'objet (section I). Face à des principes de droit civil immuables, le droit pénal, guidé par sa nécessaire adaptation à la société et, notamment, au progrès scientifique, ne s'inscrit plus dans une harmonie avec le droit civil (section II).

¹¹⁵ Goubeaux, « La règle de l'accessoire en droit civil », thèse Nancy, LGDJ 1969 préface Tallon.

¹¹⁶ FENOUILLET, JCP, fasc10, « respect et protection du corps humain », n°50

Section I – Le relai de la patrimonialité

Le mouvement de réification du corps que l'on peut observer permet l'utilisation d'un vocabulaire juridique traditionnellement réservé aux biens. Ainsi, si les « actes conservatoires » (I) et les « actes d'administration et de disposition » (II) relèvent du droit des biens, leur emploi concernant le corps humain, s'il est juridiquement inexact, donne une illustration de la réification du corps.

I – LES ACTES CONSERVATOIRES SUR LE CORPS D'AUTRUI

L'acte « conservatoire » désigne l'acte qui permet « l'entretien courant » d'un bien. Appliqué au corps humain, on peut considérer qu'il s'agit de l'acte par lequel l'Homme prend soin de son corps, veille à sa bonne forme. C'est généralement pour son intérêt personnel que l'Homme intervient sur son corps (A), mais il arrive parfois que seul l'intérêt général soit à l'origine de cette « atteinte » portée au corps (B).

A – L'intervention du droit à l'appui d'un intérêt personnel

Malgré l'aspect péjoratif que recouvre bien souvent le terme d'« atteinte » au corps, il se peut parfois qu'il revêt une dimension bienfaitrice : la guérison. L'action du praticien relève d'une atteinte, en ce que juridiquement, elle est susceptible de constituer une violence volontaire. Pourtant, on retrouve ici cet effet permissif du consentement, et cette prise en compte des mobiles, en ce que le droit ne peut entraver des considérations évidentes de protection de la santé de l'individu. Si la jurisprudence relative aux actions engagées par les médecins est essentiellement administrative¹¹⁷, son étude n'est pas dénuée d'intérêt, en ce que les questions soulevées devant les juridictions administratives et le raisonnement que celles-ci tiennent peuvent tout à fait se transposer aux juridictions répressives. Or, on s'aperçoit que, malgré une législation aujourd'hui clarifiée, la jurisprudence est instable, faisant du corps parfois l'« objet » du médecin (1), parfois celui du patient (2).

¹¹⁷ En ce que les actions sont le plus souvent engagées contre l'établissement hospitalier, relevant de l'état, et non contre le médecin, dans un souci de réparation effective et d'une volonté de ne pas s'engager dans le processus répressif.

1 – LE CORPS, OBJET DU MEDECIN

Il ressort de l'article 16-3 CC que l'intervention du médecin est soumise à deux impératifs : l'existence d'une nécessité médicale et le consentement du patient. Ainsi, ce principe préserve cette dimension humaine du corps, qui ne peut devenir un terrain d'expérimentation pour le médecin. A l'inverse pourtant, l'inertie du médecin pourrait fort bien engager sa responsabilité pour omission de porter secours à personne en danger. Ainsi, l'équilibre doit être trouvé. Il semble avoir longtemps permis au médecin de se faire juge de la conduite à tenir, et ainsi de s'« approprier » le devenir du corps. Pour des considérations légitimes, les deux impératifs posés font donc l'objet de nombreuses exceptions, qu'il convient d'envisager.

Il existe des limites à l'existence d'une nécessité thérapeutique. L'acceptation du patient porte parfois sur un acte qu'il propose lui-même. La nécessité est alors perçue comme médicale pour le patient, ce qui génère une nécessité thérapeutique d'artifice, par exemple, du fait d'un mal être psychologique de la personne. Ces hypothèses relèvent le plus souvent des questions relatives de la chirurgie esthétique¹¹⁸. De même, l'intervention médicale peut-être envisagée alors même qu'il n'y a aucune nécessité médicale personnelle, à travers le don d'organe par exemple¹¹⁹.

Des limites à la nécessité d'un consentement existent également. C'est ici que la dimension personnelle du corps peut – être remise en cause. En effet, dans différentes hypothèses, le consentement du patient sera outrepassé. D'une part, c'est le cas lorsque le sujet est dans l'impossibilité matérielle de donner son accord, il est hors d'état de manifester sa volonté. Dans un tel cas, l'article 1111-4 alinéa 4 CSP prévoit que dans l'urgence ou en cas d'impossibilité, le consentement du sujet ne sera pas recueilli. L'acte médical est alors imposé à l'intéressé, le médecin se faisant juge de son propre intérêt. D'autre part, outre ces hypothèses d'urgence, il se peut également que le consentement du patient n'ait pas été recueilli, faute pour celui – ci d'avoir consenti à l'acte. Les multiples affaires liées aux témoins de Jéhovah, refusant les transfusions sanguines, ont permis à la jurisprudence de dégager certains principes. Notamment, la Cour Administrative d'Appel de Paris avait eu l'occasion de préciser, dans un arrêt rendu le 9 juin 1998¹²⁰ (aujourd'hui remis en cause, voir page 79) que l'engagement du pronostic vital pouvait légitimer une transfusion sanguine

¹¹⁸ Voir ci-après : « La personnalisation de son corps », p.92

¹¹⁹ Voir ci-après : « La libre exploitation des éléments de son corps », p.103

¹²⁰ Mme Senanayake, CAA Paris, 9 juin 1998, petites affiches, 23 av. 99 p.10

forcée, lorsque il n'existe pas d'alternative thérapeutique et lorsque cela est indispensable à la survie du patient. La solution est la même concernant le détenu gréviste de la faim, que l'on peut forcer à s'alimenter. Enfin, le refus d'un patient peut – être considéré comme inopérant, en ce que le praticien peut estimer que le discernement du patient est altéré du fait de sa maladie, et dispose ainsi d'une certaine latitude (exemple de la personne anorexique, que l'on pourrait donc alimenter de force). Il faut également préciser que pour les mineurs et les personnes sous tutelle, la liberté du médecin est entière, celui – ci pouvant outrepasser le refus des personnes ayant l'autorité parentale ou du tuteur lorsqu'il existe un risque pour la santé de l'intéressé.

Dans toutes ces hypothèses d'intervention médicale, le médecin, pendant longtemps, n'a pas vu sa responsabilité engagée. La nature de cette irresponsabilité a été discutée : il semble que ce soit l'état de nécessité qui dicte cette réponse pénale, davantage que l'effet permissif du consentement du patient, l'ordre de la loi¹²¹ ou la permission de celle –ci¹²².

Cette relative liberté du médecin, si elle est nécessaire à l'intérêt, même renié, d'autrui, retire au corps une partie de sa dimension personnelle, humaine. Cela est cependant limité par un nouveau mouvement jurisprudentiel et législatif, qui tend à faire du corps non plus l'objet du médecin, mais celui du patient. Si l'identité des protagonistes n'est plus la même, la réification du corps, elle, est une donnée commune à ces deux tendances inverses du droit.

2 – LE CORPS, OBJET DU PATIENT

L'évolution tendant à faire du corps non plus l' « objet » du médecin, mais celui du patient peut sembler rassurant. Pourtant, il n'en est rien, en ce que ce dernier est guidé par des considérations personnelles, et non plus médicales. Une évolution jurisprudentielle et infra – législative avait ouvert la voie à la loi du 2 mars 2004. En effet, alors que l'art 7 du code de déontologie médicale de 1979 affirmait que l'on ne devait respecter la volonté du patient que « dans la mesure du possible », l'article 36 de ce même code (aujourd'hui article R4127-36 CSP) énonce, depuis le décret du 6 septembre 1995, que « le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas.

¹²¹ L'ordre de la loi serait en effet à exclure car subordonnerai l'intervention médicale à un péril imminent, or, la majorité des interventions ne répond pas à cette exigence.

¹²² La permission de la loi comme cause d'irresponsabilité aurait de contestable qu'elle justifierait la commission d'une infraction pénale par un texte civil, ce qui va contre l'autonomie du droit pénal.

Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposé, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. » La jurisprudence allait également parfois en ce sens, en conférant au patient le droit de refuser un traitement et en garantissant au médecin l'absence de poursuites pour omission de porter secours dans de telles hypothèses¹²³. C'est ainsi, suivant ce même raisonnement, que fut rendu la jurisprudence Senanayake, le 26 octobre 2001, par le Conseil d'Etat : en ayant voulu « *faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade* », la Cour Administrative d'Appel de Paris a « *commis une erreur de droit justifiant l'annulation de son arrêt* ». En outre, il a été précisé qu'il n'existe pas de refus fautif des soins, le malade ne pouvant être tenu pour responsable si son état s'aggrave alors qu'il avait refusé d'être soigné¹²⁴.

La consécration législative de cette jurisprudence intervient par la loi dite Kouchner, le 4 mars 2002, selon laquelle le médecin « *doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables* » (L 1111-4 al 2 CSP) et « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* » (Article L1111-4 al3 CSP). Au-delà de l'apport de cette loi, ce sont les débats qui ont entouré son adoption qui sont intéressants. En effet, à la question de savoir ce qu'il fallait faire en cas de refus de transfusion sanguine, M. Kouchner a répondu : « *il n'y a pas question de transfuser quelqu'un qui le refuse, pour quelque raison que ce soit. Cela ne devient possible que lorsque la vie du patient est en danger, et qu'il ne peut ni refuser, ni consentir* »¹²⁵. On comprend dès lors que, malgré la clarté du texte législatif, celui – ci ait rencontré bon nombre de réticences médicales et jurisprudentielles, les premiers refusant de laisser leur patient courir un risque malgré la volonté contraire du malade, et les seconds omettant bien souvent de reconnaître la responsabilité pénale du médecin lorsque le pronostic vital était engagé et que les transfusions sanguines (en l'espèce) étaient indispensables¹²⁶. Or, la sauvegarde de la vie du malade ne figure en rien dans la loi du 4 mars 2002. Pour cette raison peut – être, seulement quelques jours après, dans une affaire similaire car portant sur la transfusion sanguine d'un témoin de Jéhovah, la solution rendue était toute autre. Il fut fait injonction à un établissement hospitalier, sans qu'aucune limite ne soit posée, de ne procéder

¹²³ Voir ainsi 3 janvier 1973, c.crim, D75 p591 et 13 mai 1981, TGI Paris

¹²⁴ Voir ainsi 3 mai 2006, RDSS, 2006.745, Note Hennion-Jacquet

¹²⁵ Extrait de l'intervention de Maître PONTIER au colloque organisé par l'Ordre des Avocats au barreau de Marseille, le 8 avril 2004

¹²⁶ Mmes Valérie et Isabelle FEUILLATEY, 16 aout 2002, CE.

en aucun cas à l'administration forcée de transfusion sanguine sur l'intéressée¹²⁷. De même, indirectement, car ayant trait aux malades en fin de vie uniquement, la loi du 22 avril 2005 conforte cette tendance jurisprudentielle en accordant expressément un droit au refus de soins, même si celui-ci conduit à la mort du patient. Il faut cependant préciser qu'elle ne consacre pas un droit absolu au refus de soins, en ce qu'elle s'applique exclusivement aux personnes en fin de vie atteintes d'une maladie incurable. Cependant, peut – être a t'elle ouvert une brèche déjà fissurée par la loi du 4 mars 2002 et la jurisprudence (rare cependant) allant en ce sens. Le Professeur LAUDE Anne constate une « *évolution de la relation médicale d'un principe de bienveillance du médecin vers un principe d'autonomie du patient* »¹²⁸.

Au regard de l'état actuel du droit, on ne peut affirmer si le corps est toujours laissé aux mains du médecin, ou s'il est mis en danger par les convictions du patient. Mais il y a une certitude cependant : qu'elle que soit la solution que l'on retiendra, cela reviendra toujours à faire du corps une chose que l'un peut manipuler sans le consentement du sujet, ou que l'autre peut mettre en péril malgré l'avertissement du médecin. Ce mouvement de réification du corps trouve sa légitimité dans le fait qu'il vient à l'appui de l'intérêt personnel de la personne. Il revêt une dimension davantage contestable lorsqu'il est une réponse à des considérations d'intérêt général.

B – L'intervention du droit à l'appui de l'intérêt général

Dans le cadre de la politique de santé publique menée par l'Etat, plusieurs obligations ont pu être imposées aux citoyens, dans l'intérêt de tous. Celles – ci relèvent de degrés de contrainte différents, qu'il nous faut envisager, à travers l'exemple de l'obligation vaccinale (1) et la prise en charge du trouble mental (2).

1 – L'OBLIGATION VACCINALE

L'obligation vaccinale existe en France depuis 1902, concernant le vaccin antivariolique (obligation supprimée en 1979). Il y a aujourd'hui trois vaccins obligatoires : vaccination antidiphthérique, depuis 1938, tétanos depuis 1939, et poliomyélite, depuis 1964 (la vaccination contre la tuberculose, longtemps imposée, ne l'est plus depuis un décret du 17 juillet 2007). La France se distingue de la majorité des pays européens par cette politique

¹²⁷ Ordonnance de référé, 25 août 2002, TA Lille

¹²⁸ LAUDE Anne, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », D.2007 p.1151

volontariste, le Royaume – Uni, par exemple, ayant fini par abandonner le caractère contraignant de la vaccination. Au-delà de l'intérêt incontestable que présente la vaccination obligatoire pour la santé publique, il est vrai qu'elle entre en contradiction avec un certain nombre de principes. L'obligation, posée par les articles L3111-2 et L3111-3 CSP, est sanctionnée par de interdictions pratiques (interdiction d'inscriptions à la crèche, refus à l'embauche...) mais également par l'engagement de la responsabilité pénale. En effet, aux termes de l'article 3116-4 CSP, « *le refus de se soumettre ou de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale ou dont on assure la tutelle aux obligations de vaccination [...] ou la volonté d'en entraver l'exécution sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750€ d'amende.* » Cette disposition est issue de la loi du 5 mars 2007, procédant à une correctionnalisation législative ascendante, en ce que le refus de procéder à la vaccination contre la « DTPolio » passe de la contravention de 5^{ème} classe au délit. On observe donc un récent durcissement de la répression, alors même que cette obligation pourrait paraître contraire au principe d'indisponibilité du corps humain. Elle n'a pourtant pas été déclarée inconstitutionnelle lors de l'arrêt rendu le 26 novembre 2001 par le Conseil d'Etat, selon lequel : les vaccinations obligatoires « *ont pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain invoqués par les requérants, elles sont mises en œuvre dans le but d'assurer la protection de la santé, qui est un principe garanti par le préambule de la Constitution de 1946 [...], et sont proportionnées à cet objectif ; que dès lors, elles ne méconnaissent pas le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* ». Une telle affirmation, confrontée à d'autres textes, peut surprendre.

En effet, aux termes de l'article R 4127-36 CSP, « *lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences.* » De même, la jurisprudence de la CEDH semble vouloir protéger le libre choix du patient, dans un arrêt rendu le 9 juillet 2002¹²⁹, en considérant qu'une vaccination volontaire constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée reconnu par l'article 8 de la Conv.EDH. La Cour de cassation a elle même soulevé le problème posé par cette obligation corporelle, en rendant deux arrêts, dans lesquels elle affirme que l'obligation d'« *information faite au médecin a pour but de permettre au patient de refuser la vaccination proposée en estimant que les risques sont supérieurs aux bénéfices escomptés* ». C'est dans ce sens que semble aller la loi du 4 mars 2002, qui, modifiant l'article 1111-4 CSP, indique qu'« *aucun acte médical ni aucun traitement ne peuvent être pratiqués sans le consentement libre et éclairé de la*

¹²⁹ Salvetti contre Italie, 9 juillet 2002, CEDH, section 1

personne ». Différents textes, de même valeur, semblent donc se contredire. Cette incohérence textuelle est bienheureusement nuancée par le fait qu'en pratique, depuis la mise en œuvre de la première obligation de vaccination, aucune sanction pénale n'a été prononcée. L'état de droit en matière d'obligation vaccinale est bel et bien symptomatique d'impératifs étatiques (la santé publique) et personnels (l'indisponibilité du corps humain) qu'il est difficile de concilier sans que l'un de ceux – ci n'en ressorte amoindri.

2 - LA PRISE EN CHARGE DU TROUBLE MENTAL

Les troubles mentaux peuvent constituer un risque pour la société et les patients eux-mêmes. Il en découle une nécessaire prise en charge des personnes souffrant de telles pathologies. Cependant, celle – ci se révèle parfois attentatoire, non seulement à la liberté d'aller et venir, mais également au corps. L'internement des malades mentaux a été réglementé dès 1838, par la loi Esquirol. Le 27 juin 1990, elle est rénovée par la loi Evin, bannissant le terme d' « asile » et la dimension avilissante de l'hospitalisation psychiatrique. Elle est complétée par la loi du 4 mars 2002. Malgré la réglementation mise en place, la pratique médicale, rendue nécessaire au regard de la particularité de la maladie psychique, conduit à une réelle atteinte au corps. En effet, les perfusions, les administrations intramusculaires de sédatifs, les contentions pharmacologiques et physiques (fixations) sont autant de contraintes corporelles rendues nécessaires par la dangerosité du patient pour le personnel soignant ou lui-même. Si ces procédés sont parfois indispensables, il semblerait que dans la pratique, ils soient largement utilisés, dans des hypothèses où le principe même de l'hospitalisation ferait l'objet d'interrogations. Le plan gouvernemental de psychiatrie et santé mentale dressé entre 2005 et 2008 estime à 13 000 le nombre d'hospitalisations psychiatriques inadaptées, pour lesquels une simple prise en charge extrahospitalière serait suffisante. Ce constat est d'autant plus troublant que le régime juridique de l'hospitalisation psychiatrique mériterait d'être réformé. Trois types d'hospitalisations psychiatriques existent aujourd'hui : l'hospitalisation libre, l'hospitalisation à la demande d'un tiers (« HDT », nécessitant une demande écrite et deux certificats médicaux) et l'hospitalisation d'office (« HO », sur arrêté préfectoral, au vu d'un certificat médical d'un médecin non rattaché à l'établissement d'accueil). Cependant, en cas d'urgence, dans le cadre des hospitalisations non consenties (HDT et HO), le simple avis d'un médecin suffit pour que l'administration puisse prendre une décision d'hospitalisation. Or, statistiquement, toutes les sources concluent à une augmentation de cette hospitalisation sans consentement en urgence. Cela semble tenir d'un détournement de procédure par l'administration, consistant à se passer d'un certificat

médical du médecin extérieur à l'établissement d'accueil, sous prétexte d'une urgence¹³⁰. De plus, la loi du 27 juin 1990 avait créé les Commissions Départementales des Hospitalisations Psychiatriques (CDHP), chargées de contrôler les internements sans consentement. Or, depuis leur création, aucune hospitalisation n'a été déclarée arbitraire ou abusive. Cela reflète –il avec exactitude la situation actuelle, ou cela est –il plutôt dû au manque d'indépendance de ces organismes, dont le siège, qui se situe à la préfecture et le secrétariat, est tenu par la Direction Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales (DDASS) ? Le doute est permis. Enfin, la procédure d'hospitalisation ne fait l'objet que d'un contrôle a posteriori du JLD, s'il est saisi par le patient. Or, il y a fort à penser que celui-ci, surtout s'il est admis en urgence dans l'établissement psychiatrique, ne fera pas cette démarche de lui-même. De ce fait, une judiciarisation de la procédure serait très opportune, afin de soumettre la procédure, dès la décision d'hospitalisation, à l'autorité d'un magistrat. Les propositions émises par le Conseil de l'Europe, dans l'article 20 de la recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres¹³¹, appelant de ses vœux cette judiciarisation de la procédure, sont, encore aujourd'hui, restées lettre morte. Une évolution du droit serait donc souhaitable en ce domaine.

Le législateur est en revanche intervenu concernant la stérilisation de ces personnes dont l'état mental est altéré. La stérilisation est, en soi, un acte chirurgical grave, impliquant l'incision de la paroi abdominale et une ligature des trompes. L'article 2123-1 CSP, issu de la loi du 4 juillet 2001, admet cette pratique dans un but contraceptif, lorsque la personne majeure a exprimé la volonté libre et éclairée d'y avoir recours. De suite, on perçoit la difficulté lorsque la personne est atteinte d'un handicap mental, celle – ci ne pouvant pas toujours valablement consentir à cet acte. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs estimé que l'absence de consentement n'était pas une entrave à la conformité de la stérilisation des personnes handicapées aux conventions européennes et internationales¹³². L'article 2123-2 CSP « légalise » donc une pratique souterraine qui a longtemps existé : la stérilisation des personnes étant atteintes d'une altération de leurs facultés mentales. Cette légalisation s'est accompagnée d'une réglementation stricte, instaurant deux conditions à l'intervention chirurgicale : elle doit être pratiquée sur une « *personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle* », si seulement « *il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement.* » Dans ce cadre, la stérilisation des malades mentaux est justifiée, du fait de l'autorisation de la loi. Le Conseil

¹³⁰ COELHO José, « Hospitalisations d'offices sous contrainte, plaidoyer pour une réforme », RDSS 2006, p.249

¹³¹ Adoptée le 22/09/2004

¹³² CE, 26 septembre 2005,

d'Etat, par un arrêt rendu le 26 septembre 2005, à la suite d'une requête introduite par une association contre l'handiphobie a estimé que cette législation ne contrevenait pas au droit de fonder une famille, issu de l'article 8 de la CEDH relatif à la protection de la vie privée. Une telle solution peut être admise en ce que la stérilisation n'est permise par la loi que de façon subsidiaire, en ultime recours face à l'impossibilité de recourir aux méthodes de contraception classiques. Cependant, malgré l'intervention du législateur, il reste difficile de se prémunir de dérives dans l'application de cette disposition, qui entraîneraient une remise en cause de l'inviolabilité du corps humain. Il arrivait fréquemment avant la loi du 4 juillet 2001 que l'entrée d'un malade dans un établissement social était subordonnée à sa stérilisation. Faute de ne pouvoir placer leur proche dans un centre adapté, les familles n'avaient donc d'autre choix. Alors que de telles stérilisations constituaient un crime auparavant, aujourd'hui, ce n'est plus le cas si le juge estime que les conditions légales étaient réunies. De plus, comme le soulève M. MAJSTER, « *est-il du domaine du droit de venir sélectionner celles qui peuvent enfanter et les autres*¹³³ ? ».

L'interrogation est légitime, tant la stérilisation de cette population peut être assimilée à de l'eugénisme, soumettant le devenir du corps d'autrui à un utilitarisme collectif, qui consisterait à n'accepter, dans la société que ceux qui peuvent lui être utile. Pour certains, la stérilisation des malades mentaux permettrait de sauvegarder leur liberté sexuelle. Or, l'idée consistant à sacrifier le droit à l'inviolabilité du corps humain pour conserver la liberté sexuelle revient à imposer un choix qui ne devrait pas avoir lieu d'être. Une intervention législative précisant la situation applicable aux malades mentaux était nécessaire, car les priver du bénéfice de la stérilisation aurait été également source d'inégalité. Le problème est qu'aucune définition n'a été apportée afin de préciser exactement qu'elles étaient ces personnes « dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap ». En effet, le terme est vaste, il peut recouvrir tant des troubles sévères que secondaires, liés par exemple à une inadaptation sociale de l'individu, provisoire. Il y a donc un flou quant à la population visée : une personne atteinte d'une débilité légère est – il un handicapé ? L'alcoolique, le dépressif, pourrait – il également avoir atteint un stade tel que l'altération de ses facultés mentales constituerait un handicap ? De plus, la référence au placement sous tutelle ou curatelle semble inopportune, en ce que ce sont des mesures qui sont prises exclusivement dans le but de préserver le patrimoine de ces personnes. Attribuer à des mesures d'ordre civil, ayant trait à des considérations patrimoniales, des conséquences corporelles aussi graves n'était pas souhaitable. Si la législation mise en place était donc opportune dans son principe, elle laisse

¹³³ MAJSTER Nathanaël, « la stérilisation des handicapés mentaux consacrée par l'Assemblée Nationale », 28/05/2001, Association Lacanienne Internationale.

subsister quelques imprécisions, qui ne devraient pas exister dans un domaine aussi sensible que celui-ci. La stérilisation est une atteinte définitive au corps, avec, pour corollaire, des conséquences psychologiques non négligeables. Comme le soulignait Jean FOYER, il faut donc prendre bien garde à ne pas laisser prospérer un procédé « *qui eut empêché Beethoven de naître* ».

Que l'intervention du législateur intervienne dans un souci d'intérêt général ou personnel, elle est, dans les différentes hypothèses développées ci-dessus, toujours nécessaire. Cependant, il existe d'autres procédés qui s'inscrivent dans un processus beaucoup plus facultatif, ce qui est d'autant plus regrettable qu'ils portent parfois une atteinte grave au corps humain.

II – LES ACTES D'ADMINISTRATION ET DE DISPOSITION SUR SON PROPRE CORPS

Le mouvement de réification dont fait l'objet le corps humain est tel qu'il n'est plus inconcevable d'emprunter au vocabulaire civil certains termes qui sont d'ordinaire assimilés aux biens. Ainsi, ce n'est plus seulement à des actes conservatoires que peut être soumis le corps, mais également à ce que l'on pourrait qualifier d'actes d'administration (A) et de disposition (B).

A – La libre administration de son corps

L'acception civiliste de la propriété pourrait aujourd'hui être transposée aux relations qu'entretient la personne avec son corps. En effet, l'« administration » de celui-ci peut relever de l'usus et du fructus, qui sont deux attributs classiques de la propriété. Ainsi, la personne est aujourd'hui libre de pouvoir tirer des fruits de son corps (1), tout comme elle peut le modifier afin de le personnaliser (2)

1 – LA FRUCTIFICATION DE SON CORPS

La considération de son corps par la personne varie selon chacun. Si la plupart perçoit dans son corps le reflet de lui-même, d'autres l'assimilent à un potentiel moyen de subsistance, distinct de leur personnalité. Le corps est, certes, un outil à l'enrichissement, en

ce qu'il permet d'exploiter sa force de travail ou encore son image. Mais il peut également être l'objet de l'enrichissement, lorsque la personne le prête afin d'en retirer de l'argent, comme c'est le cas pour la prostitution (a), les expérimentations médicales (b) ou encore ce que l'on pourrait appeler le « corps-spectacle » (c). Ainsi, dans de telles hypothèses, le corps devient directement une source de revenus, ce qui suppose alors une estime amoindrie de celui-ci.

a - La prostitution

Le problème soulevé par la prostitution n'est pas nouveau. Les réponses qui y ont été apportées sont nombreuses. Si l'on remonte au XVI^{ème} siècle, la prostitution était organisée comme un service public. Cependant, avec la propagation de la Syphilis, cette pratique fut interdite, « *la prostituée, virtuelle vénérienne, contaminatrice en puissance [étant] en état de perpétuel délit* »¹³⁴. Sous la révolution, la prostitution n'a plus fait l'objet d'aucune réglementation. Au début du XX^{ème} siècle, des « maisons closes » furent ouvertes afin de contrôler ce phénomène, en instaurant des visites médicales obligatoires, des contrôles périodiques...C'est une reconnaissance légale de la prostitution, prévoyant néanmoins une protection du corps que l'on ne retrouve plus aujourd'hui. Ce système, qui avait le mérite, sinon d'abolir cette pratique (ce qui est impossible), au moins d'en protéger les acteurs, a disparu, avec la loi dite Marthe Richard du 13 avril 1946. Aujourd'hui, la loi n'incriminant pas la prostitution, le principe de légalité veut que tout ce qui n'est pas interdit échappe à la sanction pénale. La prostitution n'a donc aucune définition légale en France, elle n'est envisagée que par la jurisprudence, depuis un arrêt rendu le 27 mars 1996 par la Cour de cassation, comme étant un comportement vénal nécessitant un contact physique de quelque nature qu'il soit. Le rapport sexuel n'a donc pas l'exclusivité de la prostitution. L'absence d'incrimination de la prostitution, si elle est contraire à l'inviolabilité du corps humain, répond cependant à des considérations juridiques pertinentes. En effet, interdire la prostitution serait atteindre à la liberté sexuelle du majeur. Dans le même sens, cela irait contre le principe d'autonomie de la personne, qui ne doit être dépossédée de son corps. Ce principe est aujourd'hui entendu comme octroyant à l'individu le droit de faire tout ce qu'il veut pour lui-même, y compris si cela porte atteinte à son corps. Au nom de cette liberté, on a aujourd'hui le droit de la perdre et de s'aliéner. Enfin, le droit n'a pas une finalité moralisatrice, il ne doit exister dans le seul dessein de protéger la morale. Pour ces différentes raisons, les principes d'inviolabilité et de non-patrimonialité sont écartés. Si le corps n'est

¹³⁴ RENAUT Marie-Hélène, « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire est un perpétuel recommencement », RSC 2006,p.293

donc protégé par aucune incrimination, l'ordre public et les bonnes mœurs sont, eux, préservés par l'interdiction du racolage passif comme actif, et du proxénétisme¹³⁵.

La mésestime du corps à laquelle conduit la prostitution semble légitimée par l'état, en ce qu'il tend à en faire une profession à part entière. En effet, en 1979, le Conseil d'Etat affirme que les revenus des prostituées sont imposables. De même, le 16 mai 2003, la Cour d'Appel de Paris énonce que les prostituées sont soumises au paiement des cotisations sociales. En contrecourant de ce mouvement d'« institutionnalisation », l'Organisation des Nations Unies, elle, assimile la prostitution à l'esclavage dans la résolution 83-30 de 1993. Ainsi, la prostitution soulève tant de problèmes éthiques, auxquels le droit ne peut répondre faute d'atteindre aux libertés individuelles de chacun, qu'aucune attitude n'a été unanimement préconisée, que ce soit dans le temps ou dans l'espace. La raison à cela tient à la force attribuée au consentement de la personne. En effet, dans le cadre de la prostitution, objectivement, le consentement s'exerce à l'état pur : on négocie les tarifs, on choisit les clients, on délimite ce que l'on va faire¹³⁶... Pourtant, la clarté de ce consentement, dans sa substance, est beaucoup moins évidente. En effet, dans la majeure partie des cas, le comportement adopté ne l'est pas par choix, mais par l'emprise d'une organisation, la dépendance à certains produits ou tout simplement le besoin d'argent pour survivre. Parfait dans son expression, le consentement n'est donc que très relatif dans sa substance. Il ne dépend que d'intérêts pécuniaires. Or, c'est cette dimension « rentable » du corps qui entraîne son objectivisation. Même sans contrepartie financière, le rapport sexuel peut ne pas être le résultat d'un désir charnel effectif. Il ne sera pas alors instrumentalisé, car on peut consentir à l'acte sexuel pour d'autres raisons que le désir, ne serait-ce que pour avoir des enfants, dans le cadre d'une routine installée, ou encore pour un certain sens du devoir de la femme mariée. Dans toutes ces hypothèses, le corps ne subit pas une atteinte telle que celle à laquelle conduit la prostitution, qui attribue une dimension patrimoniale au corps.

La prostitution, cela est souvent affirmé, serait un « mal nécessaire », pour limiter le nombre de viol. Or, au regard de la nature, toute relative, de ce consentement, l'atteinte portée au corps n'est pas très différente de celle qui est issue d'un viol. On pourrait presque assimiler la prostitution à un viol collectif consenti, bien que cela soit juridiquement erroné. Ainsi, s'est développée une nouvelle conception du corps, que l'on pourrait qualifier d'utilitarisme collectif du corps. Cela est vrai pour la société, qui voit dans la prostitution une alternative au

¹³⁵ Voir ci-dessus p.65

¹³⁶ IACUB Marcela, « Propriété de soi et prostitution », Le Monde, 17 octobre 2006

viol de ses concitoyens(nes), mais également pour les clients, qui, comme ils le disent souvent, peuvent faire à une prostituée ce qu'ils ne feraient jamais à leur femme, car ils la respectent. Le corps de la prostituée est donc « objectivée », à tel point qu'il n'est plus digne du respect que l'on porte à la personne. Personne et corps sont donc détachés.

Cette patrimonialité du corps humain connaît une dimension nouvelle depuis peu, avec l'utilisation de l'outil internet. En effet, un phénomène nouveau s'est développé sur la toile : la vente de sa virginité. L'usage d'internet facilite cette pratique, pour des personnes qui bien souvent n'en auraient pas été capables s'il avait fallu aguicher les clients dans la rue. La situation est dédramatisée et mieux acceptée. Ainsi, Raffaella Fico, 20 ans, avait vendu sa virginité sur un site d'enchère, pour 1 million d'euros, tout comme Alina Percea, 18 ans, qui eu son premier rapport sexuel avec un homme d'une quarantaine d'années en échange de 10 050 euros, afin de payer ses études. Les exemples ne manquent pas, les quelques dizaines d'affaires médiatisées n'étant que le reflet d'une pratique bien plus répandue. Prostitution traditionnelle ou moderne, elle n'est en tout les cas jamais virtuelle : l'acte est le même. Le corps reste cette manne d'argent potentielle lorsque l'on se détache d'une conception « unitaire » de sa personne, pour en privilégier l'acceptation « utilitaire ».

b - L'expérimentation médicale

Dans des circonstances bien différentes, la recherche médicale peut également conduire à faire du corps une source de profit. Son inscription dans le temps traduit la nécessité de ce procédé, dans une société où le progrès scientifique rallonge sans cesse l'espérance de vie humaine. Des crânes datant de l'époque néolithique ont été retrouvés, avec des orifices forés de façon artificielle, ce qui laisse à penser que déjà, l'Homme avait la curiosité d'apprendre sur son corps. Dans la Perse ancienne, ce sont les criminels qui étaient dans l'obligation de se prêter aux expériences scientifiques. Au XVIII^{ème} siècle, ce sont des expériences faites sur l'Homme vivant qui ont permis de prouver que le sang circule au travers du cœur et des poumons. Les vaccins, notamment le vaccin antirabique développé par Pasteur, ont du, après avoir été testés sur les animaux, être expérimentés sur l'Homme. Si l'Homme a besoin de la médecine pour vivre, la médecine est dépendante de l'Homme pour évoluer. Ce lien inextricable doit cependant être règlementé, pour éviter que ne se reproduisent les abominations perpétrées à l'époque nazie. La loi Huriet, datant du 20 décembre 1988, modifiée par la loi du 6 août 2004, donne à l'expérimentation médicale un cadre juridique. L'article 223-8 CP énonce en effet que pratiquer une expérimentation médicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des

titulaires de l'autorité parentale, du tuteur ou, depuis la loi de 2004, d'autres personnes, autorités ou organes désignées pour cela est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000€ d'amende. Cette intervention législative était indispensable. En effet, en l'absence de celle – ci, c'est le droit commun qui s'appliquait. Or, faute d'intérêt thérapeutique et au regard de l'absence d'effet justificatif du consentement, le médecin était coupable de violences volontaires lorsqu'il pratiquait une expérimentation médicale. Pourtant, ces essais sur l'homme sont obligatoires, depuis une directive européenne du 20 juillet 1975. Ainsi, le médecin pouvait être poursuivi devant les juridictions pénales pour avoir commis un acte obligatoire¹³⁷...

Cette loi, au-delà des conditions qu'elle pose, vient déjà autoriser le principe de telles expérimentations dès lors qu'il y a consentement. Or, celles – ci font l'objet « d'indemnités », qui peuvent être conséquentes (3000€ environ pour quinze jours d'hospitalisation), le montant variant selon le risque encouru. Selon l'article L1121-11 CSP, « *la recherche biomédicale ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais exposés et, le cas échéant, l'indemnité en compensation des contraintes subies versée par le promoteur.* » Cette formule semble n'exister que pour éviter que l'expérimentation médicale ne heurte trop directement l'article 16-6 CC, aux termes duquel : « *Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne [...]* ». « Indemnité » ne signifiant pas « rémunération », l'honneur est sauf...

Le problème relève donc des mêmes termes que celui de la prostitution : il s'agit de rémunérer, ou plutôt « d'indemniser » une atteinte au corps consentie, avec pour seule différence une légitimité légale et morale plus évidente. Légitimité légale car la loi elle-même prévoit ce procédé, légitimité morale car, aussi immorales soient – elles, ces expérimentations sont nécessaires. Il convient cependant de veiller à ne pas céder à la tentation, profitable à la recherche médicale, de faciliter ces expérimentations, quitte à sacrifier la protection de la personne. Or, une proposition de loi, « aux recherches sur la personne¹³⁸ », a été adoptée en première lecture par l'Assemblée Nationale, visant à simplifier considérablement la procédure

¹³⁷ Idée développée par VOILQUE Patrice, « L'expérimentation médicale sur l'Homme », 22 avril 1989, rentrée solennelle de la conférence du stage

¹³⁸ Proposition n°1372, 12 janvier 2009. A noter que cette proposition s'intitule « aux recherches sur la personne », alors que la loi Huriet était la « loi relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales ». La formulation de ces deux intitulés laisse entrevoir la priorité que l'on souhaite accorder, à la personne pour la loi de 1988, et à la recherche pour celle de 2009...

pour certaines recherches biomédicales. Le sénat semblerait vouloir y apporter un certain nombre de correctifs, ce qui serait opportun.

c - Le « corps-spectacle »

L'utilisation du corps à des fins pécuniaires s'est tellement développée que son exposition au public s'est banalisée. Ainsi peut – on aujourd'hui parler de « corps-spectacle », le corps exhibé et agressé sans que la société ne s'en offusque. La multiplication des lieux de « strip-tease », la prolifération des photos indécentes sur Internet, ou encore la nouvelle mode des « call-girls » illustrent cette exposition permanente du corps. Il convient de se pencher plus précisément, dans la logique des développements précédents, sur la pornographie et les manifestations de divertissement qui peuvent avoir lieu (tels le « lancé de nain »). Ces deux pratiques ont en commun d'être rémunérées, par l'organe qui expose le corps à la vue du public, qui en fait donc un « spectacle ».

La pornographie est une activité interdite par le Code pénal, dans deux hypothèses. D'une part, l'article 227-23 CP incrimine le fait de faire participer un mineur à une image ou une représentation qui présente un caractère pornographique, en vue de sa diffusion¹³⁹. D'autre part, c'est la possibilité d'accès, par un mineur, à un message pornographique qui est incriminé, par l'article 227-24 CP. La pornographie n'est donc pas prohibée en tant qu'elle est une atteinte au corps et à la dignité, en dehors des hypothèses de minorité de l'acteur ou du spectateur. Elle relève donc juridiquement du même principe que celui de la prostitution, à la différence près que la dignité du corps est d'autant plus atteinte que l'« œuvre » cinématographique ou photographique est rendue publique et durablement exploitée. De même, la rémunération ne provient pas du partenaire sexuel, mais en règle générale, de l'organisateur du « tournage ». La rémunération est, encore ici, la raison d'être de cette exploitation médiatique du corps.

Il est un autre phénomène qui a transformé le corps en objet de curiosité et de divertissement : la pratique du « lancé de nain », très médiatisée. Elle n'est pas la seule à avoir utilisé une particularité physique, ou tout simplement le corps¹⁴⁰, à des fins financières ; mais la jurisprudence administrative qui a été rendue sur cette affaire permet une intéressante comparaison entre la protection accordée par le droit administratif et par le droit pénal. Le

¹³⁹ On peut se demander pourquoi cette condition de finalité, liée à une diffusion future, a été prévue par l'incrimination. En effet, cela révèle la volonté du législateur de protéger davantage la dignité du mineur que l'utilisation de son corps dénudé.

¹⁴⁰ Voir également la pratique de l'« homme-obus » consistant à utiliser l'homme comme un projectile

« lancé de nain » est un « spectacle » consistant à projeter une personne de petite taille, revêtue d'un costume adéquat, le plus loin possible. Ce spectacle développé aux Etats-Unis et en Australie est arrivée en France dans les années 90, dans les discothèques. Les maires de deux communes, Morsang-sur-Orge et Aix-en-Provence ont interdit cette pratique, en ce qu'elle portait atteinte à la dignité humaine. L'organisateur de la manifestation, ainsi que le nain, consentant et rémunéré, ont attaqué les deux arrêtés municipaux, devant le tribunal administratif, qui leur donna gain de cause. Le Conseil d'Etat, par deux arrêts rendus le 27 octobre 1995, annule ces jugements, estimant que cette attraction est contraire à la dignité de la personne humaine, faisant ainsi de ce principe la cinquième composante de l'ordre public¹⁴¹. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement, Patrick FRYDMAN, avait énoncé que la personne humaine « *se trouv[ait ...] traitée comme un simple projectile, c'est – à – dire rabaissée au rang d'objet* ». Il semble intéressant de se demander, alors, si cette solution, rendue en droit administratif, aurait été la même si l'affaire avait été menée devant les juridictions pénales. Il s'agirait, juridiquement, de violences volontaires. Or, la victime de ces faits étant consentante, malgré le principe d'indifférence du droit pénal au consentement, il semblerait, aux vues de la jurisprudence européenne, que l'infraction ne pourrait être constituée. En effet, le 17 février 2005¹⁴², la CEDH, concernant une affaire de sadomasochisme, vient énoncer que, même si ces pratiques relèvent de la vie privée et sont donc admises au regard du principe d'autonomie personnelle, elles peuvent être condamnées lorsque la victime, consentante au début des faits, ne l'était plus à la fin, et avait demandé que les violences cessent. Si l'on procède à une interprétation a contrario de cette décision, cela revient à dire que les violences consenties sont autorisées. Ainsi, appliqué au « lancé de nain », cette jurisprudence a pour conséquence de prendre le contrepied de la position du Conseil d'Etat, en faisant de cette attraction une activité légale. Le droit administratif serait donc plus protecteur de la personne humaine que le droit pénal... On pourrait cependant, comme le soulève Melle COTZA¹⁴³, tenter de trouver fonder la répression sur le seul critère de la dignité, « *ce qui soulèverait néanmoins le problème de la qualification juridique à retenir* » (et reviendrait donc pas à protéger proprement dit le corps humain). L'article 225-14 CP pourrait alors être invoqué, en ce qu'il incrimine le fait de « *soumettre une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents [...] à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine* ». Encore faudrait-il établir que la personne naine soit, du seul fait de cet état, vulnérable. On le constate donc, le droit pénal ne

¹⁴¹ Arrêts « Commune de Morsang-sur-Orge » et « Ville d'Aix-en-Provence », CE, 27 octobre 1995, ADJA, p.878

¹⁴² K.A et A.D contre Belgique, CEDH, 17/02/2005

¹⁴³ COTZA Céline, « Le corps en droit pénal », droit pénal, 2004

semble donc pas s'insurger contre cette instrumentalisation financière du corps humain, qu'il peinerait même à protéger sur le fondement de la dignité humaine.

2- LA PERSONNALISATION DE SON CORPS

Contrairement à ce que peut laisser entendre le terme de « personnalisation », cette idée ne confère pas au corps la qualité de personne, mais illustre bien l'accentuation du mouvement de réification du corps humain. En effet, la personne va transformer son corps en ce qu'elle souhaite laisser paraître, fût-ce en y portant atteinte. Les mécanismes de personnalisation du corps sont divers. Il convient de se pencher plus particulièrement sur le regard que porte le droit pénal sur le transsexualisme (a) puis la chirurgie esthétique (b), en ce que ces procédés portent une atteinte grave au corps humain.

a – Le transsexualisme

Le phénomène de transsexualisme relève d'un processus psychologique complexe. Il s'agit, pour une personne, d'avoir la conviction d'appartenir au sexe opposé. Son mal être conduit de plus en plus fréquemment à l'intervention médicale, visant à transformer son corps, afin qu'il soit en adéquation avec son esprit. Le transsexualisme soulève de nombreuses interrogations au regard du droit civil (quant à l'état civil, à l'établissement de la filiation...), mais fait l'objet de peu de développements en droit pénal. Pourtant, le transsexualisme ne se situe pas hors du champ pénal. L'intervention chirurgicale et le traitement pharmaceutique sont des atteintes aux corps. Ainsi, l'article 316 de l'ancien Code pénal incriminait l'intervention sur le transsexuel, au titre de la castration physique. Aujourd'hui, ce texte n'existe plus. Cependant, des poursuites restent envisageables, sur le fondement des violences volontaires ayant entraîné une mutilation lorsqu'il s'agit d'une intervention chirurgicale, et, éventuellement, au titre de l'administration de substance nuisible en cas de castration chimique (mais il faudrait alors établir que le consentement de la victime est inopérant, comme pour les violences volontaires, même si elle connaissait le caractère nuisible du produit). Pourtant, force est de constater que rares sont les poursuites (et, à fortiori, les condamnations) ayant trait aux actes de réassignation sexuelle. Différentes explications, qui ne tiennent pas à l'inexistence de fondements textuels, peuvent être formulées. D'une part, cette rareté jurisprudentielle peut –être due à la tendance consistant à attribuer au consentement un caractère permissif, tendance qui s'inscrit en contre-courant des principes du droit pénal, mais qui pourtant, cela a été envisagé à plusieurs reprises, semble se pérenniser. Ainsi, le transsexuel, d'autant plus consentant qu'il est lui-même à l'initiative de l'intervention, ne pourrait se prévaloir d'une atteinte corporelle. Si, en pratique, il est

raisonnable de penser qu'il n'agira effectivement pas devant les juridictions pénales, en théorie pourtant, son action ne serait pas irrecevable. En effet, se pose la question de savoir si le consentement donné, au moment des actes, serait de nature à entraîner la relaxe du praticien, le patient étant à l'initiative de l'acte de réassignation sexuelle ? La jurisprudence y a déjà apporté une réponse négative, notamment dans un arrêt rendu le 23 avril 1990 par la Cour d'appel d'Aix¹⁴⁴, condamnant trois chirurgiens à de lourdes peines, alors que c'est le transsexuel qui avait été demandeur de cette opération. Ainsi, en ce domaine, il semblerait que le consentement ne soit pas de nature à écarter la responsabilité du praticien. Il faut alors envisager la législation relative aux actes médicaux, qui autorise l'intervention lorsqu'elle relève d'une nécessité thérapeutique. Or, la réassignation sexuelle peut revêtir ce caractère nécessaire, au regard de la santé mentale du patient. Pourtant, récemment, depuis un décret du 8 février 2010, le transsexualisme n'est plus considéré en France comme étant une maladie mentale. Dès lors, peut-on toujours parler de nécessité médicale ? La réponse peut être tirée de l'article 16-3 CC, au regard de la modification qui est intervenue par la loi du 27 juillet 1999. En effet, alors que le texte initial énonçait qu' « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne* », la loi de 1999 a remplacé l'expression « *nécessité thérapeutique* » par l'expression « *nécessité médicale* ». Or, selon la définition du Littré, le terme « *médical* » s'applique « *aux objets généraux de la science* », ce qui est une notion très élastique, alors que les dictionnaires scientifiques définissent tous le terme « *thérapeutique* » comme étant la partie de la « *médecine* » qui a pour objet le traitement personnalisé des « *maladies* ». Le transsexualisme n'étant plus considéré comme une maladie depuis 2010, en l'absence de modification textuelle de la loi, l'opération de réassignation sexuelle n'aurait pu entrer dans le cadre de l'article 16-3 CC. C'est donc grâce à l'intervention législative, et à l'interprétation très extensive de la nécessité « *médicale* » que semblent être tolérées de telles opérations. La question qui peut alors se poser est celle de savoir si cette acception large de la nécessité médicale, conduisant à l'autorisation des opérations liées au transsexualisme, pourrait également être appliquée à la chirurgie esthétique ?

b – La chirurgie esthétique

Hors l'hypothèse où l'opération de chirurgie esthétique est un échec, cette pratique n'est pas réprimée par la loi, alors qu'elle constitue une atteinte corporelle. C'est toujours cette notion de « *nécessité médicale* » qui semble guider cette solution juridique. Or, seule

¹⁴⁴ 23 avril 1990, CA Aix, concernant le suicide d'un transsexuel auquel avait été retiré le pénis et « fabriquer » un néo-vagin. La condamnation était intervenue en vertu de l'article 316 de l'ancien Code pénal, mais la solution n'aurait probablement pas été différente si elle avait été rendue après la réforme du Code Pénal.

une conception in abstracto, subjective, de cette nécessité permettra un tel raisonnement juridique. En effet, c'est en réalité une nécessité simplement ressentie comme médicale par le patient. L'article 16-3 CC, en exigeant une nécessité médicale « *pour la personne* » peut appuyer cette conception subjective selon la lecture que l'on en a. Cependant, c'est à travers une interprétation téléologique qu'il convient d'appréhender cette disposition : du point de vue de celui qui se prévaut de l'absence de responsabilité pénale, il n'y avait aucune nécessité médicale (mise à part l'hypothèse de la chirurgie réparatrice). C'est dans son acception objective, in concreto, que la nécessité médicale doit être entendue. D'ailleurs, la nécessité thérapeutique est une cause objective d'irresponsabilité, en ce qu'elle est un fait justificatif tiré de l'autorisation de la loi. Or, si on estime que la nécessité médicale peut relever d'une seule nécessité d'ordre psychologique, pour le patient, alors il n'y a plus lieu d'interdire l'euthanasie active, qui relève, dans une proportion toute autre cependant, du même procédé intellectuel : la nécessité médicale, si elle peut être uniquement liée aux convenances personnelles, légitimerait l'acte d'euthanasie. Par cet exemple tiré du suicide assisté, on peut alors émettre l'idée que ce n'est, ici, pas la « nécessité médicale » qui joue, mais bien, contrairement à ce que l'on a pu constater concernant l'intervention de réassignation sexuelle, un certain caractère permissif du consentement.

On retrouve ce même raisonnement concernant les pratiques de « piercing » ou de tatouage. Le rôle du consentement est essentiel. Néanmoins, s'il semble légitimer, dans les faits, l'action en elle-même, il n'entraîne pas le même effet quant aux suites potentielles données à l'acte. En effet, le mouvement de réification du corps humain n'a pas atteint l'extrême hypothèse où la propriété artistique prendrait le pas sur la protection du corps humain, en France du moins. Au Luxembourg, un accord a été conclu, le 1^{er} septembre 2008, portant sur la cession, par un jeune homme, du tatouage qui a été tatoué sur son dos par l'artiste belge Wim Delvoye, à un collectionneur allemand. Ce dernier disposera de l'œuvre, sur son porteur, trois fois par an pour l'exposer, et pourra également la revendre ou la léguer. Au décès du jeune homme, la surface de peau tatouée sera détachée et remise au propriétaire allemand. La réification du corps, par ce procédé, en arrive donc à son paroxysme. En France, une convention avait également été conclue entre une actrice mineure, qui devait se faire tatouer les fesses, et ses cocontractants, prévoyant qu' « *une fois ôté de votre corps, [le tatouage] restera notre propriété pleine et entière.* » Bien que les juridictions françaises aient annulé cet accord (par un jugement rendu en 1969, confirmé par la CA en 1970 puis par la cour de cassation en 1972), le fait qu'elles aient eu à se prononcer dans une telle affaire est inquiétant.

Cette évolution du regard que l'on porte sur le corps humain est d'autant plus grave qu'elle porte parfois sur des actes qui ne font pas qu'en modifier l'apparence, mais qui conduisent également à sa dégradation, à sa dénaturation, voire à sa destruction. Il n'y a donc pas que la forme qui pâti de l'évolution sociétale et juridique actuelle, il y a également la substance même du corps, à travers des actes que l'on pourrait qualifier d' « actes de disposition ».

B – La libre disposition de son corps

Après avoir assimilé les actes portant sur le corps à des actes d'administration, ou encore à ce que l'usus et le fructus représentent au regard de la propriété, on peut aller jusqu'à envisager le troisième attribut de celle – ci, l'abusus. Il renvoi aux actes de disposition, que l'on peut, appliqués au corps, définir comme ceux qui entraînent des conséquences irrémédiables sur celui-ci, tels que sa dénaturation (1), sa destruction (2) ou son exploitation (3), qu'elle soit altruiste ou non.

1 – LA DENATURATION DE SON CORPS

L'une des premières fonctions de corps est de procréer. Or, l'évolution des mœurs, la perte de vitesse de la religion et l'indépendance professionnelle et familiale acquise par les femmes ont entraîné une adaptation de la loi. Le corps peut aujourd'hui, au moyen des instruments scientifiques et légaux, ne plus procréer. On peut alors parler de « dénaturation » du corps lorsque le procédé est irréversible (que l'on ne retrouve pas dans la contraception médicamenteuse). Cette dénaturation se vérifie, a priori, avec la stérilisation (a), et a posteriori, par l'interruption volontaire de grossesse (b).

a - La stérilisation

Par son caractère définitif, la stérilisation contraceptive constitue une atteinte grave au corps (la stérilisation thérapeutique étant, elle, un acte chirurgical dont la nécessité médicale est reconnue). Pour cette raison, le droit a longtemps prohibé cette pratique, à travers les qualifications de castration (article 316 de l'ancien CP) ou de violences (article 311 de ce même code). Ainsi, l'affaire des « stérilisés de Bordeaux », dont la solution a été rendue le 1^{er} juillet 1937 par la chambre criminelle, a retenu la responsabilité pénale de personnes (n'étant pas tous médecins) qui avaient, à la demande des victimes, procédé à une stérilisation

contraceptive. Cette jurisprudence fut par la suite confirmée par la rédaction de l'article 16-3 CC, telle qu'elle existait dans la loi du 29 juillet 1994, qui autorise l'atteinte au corps en cas de nécessité « thérapeutique », ce qui exclu donc la stérilisation contraceptive, qui n'est pas une réponse à une affection médicale. De même, par un avis rendu le 6 juillet 1998, la Cour de cassation affirme qu'une « *atteinte à l'intégrité du corps, telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique et à des fins strictement contraceptive, est prohibée [...]* ». Malgré cette constante jurisprudentielle, le Conseil de l'Europe a, en 1975, voté une résolution afin de reconnaître la stérilisation en tant que méthode contraceptive. L'évolution de la loi s'amorce en 1999, implicitement, puis officiellement en 2001. La loi du 27 juillet 1999 opère en effet, comme nous avons pu l'envisager précédemment, une substitution des termes « nécessité thérapeutique » aux termes « nécessité médicale », la stérilisation pouvant alors relever d'une nécessité médicale sans avoir forcément un objectif thérapeutique. Explicitement, c'est la loi du 4 juillet 2001, à l'origine de l'article L2123-1 CSP, qui légalise cette pratique, lorsqu'elle vise une personne consentante majeure. Cette intervention législative a le mérite de clarifier la situation juridique relative à la stérilisation, faisant obstacle à toute condamnation pénale pour violences volontaires, du fait de l'autorisation de la loi, lorsque les dispositions législatives ont été respectées. En pratique, son intérêt est moindre en ce que les condamnations en la matière étaient rares. En effet, la Cour de cassation semble indifférente à l'existence d'un consentement ou d'une nécessité thérapeutique même, en ce qu'elle se fonde davantage sur l'absence d'élément intentionnel pour prononcer la relaxe. Par un arrêt rendu le 6 février 2001, la chambre criminelle ne retient pas la responsabilité du chirurgien qui a, suite à un enchaînement de malentendus, stérilisé une patiente qui avait auparavant refusé une telle opération. En effet, elle estime, sans doute en érigeant les « bons mobiles » en composante de l'infraction, que le praticien n'avait pas eu la volonté, par un acte brutal, de violenter la personne, mais seulement d'agir dans son intérêt. Cette décision peut surprendre au regard du principe d'indifférence des mobiles. Elle traduit la volonté doublement affirmée, par le pouvoir législatif au travers de la loi du 4 juillet 2001, et par le pouvoir judiciaire au regard de la jurisprudence originale qu'il a développé, de faciliter l'accès aux opérations de stérilisation aux personnes qui en font la demande.

b - L'interruption volontaire de grossesse (IVG)

Après avoir envisagé l'IVG sous l'angle de l'être en devenir¹⁴⁵, il convient de l'appréhender à travers l'atteinte qui est portée à la mère, les termes du débats étant tout

¹⁴⁵ Voir p.42

autres. Ici, ce n'est plus du droit à la vie, pour le fœtus, dont il est question, mais davantage du droit de la femme à librement disposer de son corps. Si l'on s'en tient à une conception purement physique et matérielle de la grossesse, l'enfant à naître n'est qu'une partie du corps de la femme. Or, cela a déjà été envisagé, l'ablation d'une partie du corps, ou la mutilation, sont aujourd'hui des pratiques intégrées par le droit pénal comme pouvant être autorisées au regard d'une nécessité médicale ou même de convenances personnelles. L'évolution du droit en matière d'avortement était donc prévisible. Pourtant, elle n'est que relativement récente. En 1556, l'Edit d'Henry II prévoyait la peine de mort contre quiconque interrompait sa grossesse. Le Code pénal de 1794, lui, prévoyait une peine de 20 ans de fers, mais pour l'avorteur uniquement. Le Code de 1810 prévoyait la réclusion criminelle, mais compte tenu des très faibles condamnations qui étaient prononcées, une loi du 27 mars 1923 correctionnalisa l'avortement. L'affirmation du pouvoir de la femme sur son corps est alors amorcée, et s'illustre aujourd'hui sous un triple aspect : une dépénalisation, une nouvelle pénalisation et l'existence de quelques incohérences.

La dépénalisation s'engage dès la loi du 17 janvier 1975 (confirmée en 1979), dite loi Veil. Sans dépénaliser l'avortement, elle pose un fait justificatif, dès lors que l'IVG répond à différentes conditions (sous le délai de 10 semaines, avec le consentement de la femme, celle-ci devant être dans une « situation de détresse »). C'est la réforme du Code pénal, avec la loi de 1992, qui supprime finalement le texte d'incrimination. La volonté a été, paradoxalement, de protéger le corps de la femme, qui, en pratiquant l'avortement de façon clandestine, se mettait en danger. Pourtant, la loi du 27 janvier 1993, supprime l'incrimination d'« auto-avortement »... Trois délits sont alors inscrits dans le Code pénal : l'interruption illégale de grossesse (en l'absence du consentement de la femme), l'IVG irrégulière (non respect du délai, lieu ou personne inappropriée) et la fourniture de moyens permettant de pratiquer une IVG sur soi-même (ce qui ne suit pas la logique de dépénalisation de l'auto-avortement...). L'évolution de la législation relative à l'avortement n'est cependant pas encore achevée. La loi du 4 juillet 2001, outre le fait qu'elle porte le délai pour avoir recours à l'IVG à 12 semaines au lieu de 10, fait passer deux des trois délits inscrits dans le Code pénal à celui de la Santé Publique. Ainsi, seule l'interruption illégale de grossesse demeure dans le Code Pénal (article 223-10 CP), l'interruption de grossesse irrégulière (article L2222-2 CSP) et la fourniture de moyen afin de s'auto-avorter (article 2222-4 CSP) étant transférés dans le Code de la Santé Publique. De plus, cette même loi abroge le texte incriminant la propagation et la publicité en faveur de l'IVG. Le constat est donc celui d'une dépénalisation progressive, tant

par la suppression d'incriminations que par le transfert de dispositions pénales hors du Code pénal.

C'est par une nouvelle pénalisation que ce mouvement atteint son paroxysme. En effet, la loi du 27 janvier 1993, ayant légalisé l'auto-avortement, vient créer le délit d'entrave à l'IVG¹⁴⁶, avec l'article 2223-2 CSP. Celui – ci est renforcé, par un accroissement de la répression et une extension de son champ d'application, par la loi du 4 juillet 2001.

Enfin, la succession et la multitude des textes relatifs à l'IVG, semblent avoir entraîné quelques incertitudes. En effet, comme le soulève M. PORTHAIS¹⁴⁷, la matière ferait l'objet de quelques vides juridiques. Il prend l'exemple de l'interruption thérapeutique (qui relève des actes médicaux, donc, des développements précédents) irrégulière, qui ne ferait plus l'objet d'aucune incrimination. Auparavant, l'incrimination était implicite en ce que, l'avortement étant prohibé sauf conditions spécifiques issues de la loi Veil de 1975, le fait justificatif n'était pas invocable. En effet, aucune sanction n'est spécifiquement prévue en cas d'irrespect des nombreuses obligations qui pèsent sur le praticien. De même, la tentative d'avortement était, auparavant, toujours punissable. Or, force est de constater qu'elle n'est aujourd'hui envisagée que pour l'interruption de grossesse irrégulière (article 2222-2 CSP). La tentative des infractions les plus graves, telles que l'interruption illégale de grossesse (sans consentement de la victime donc) ou la fourniture de moyens n'est pas réprimée...

Malgré la nécessité qu'il y avait d'intervenir pour octroyer à la femme le pouvoir de disposer de son corps, il conviendrait d'éviter que l'évolution législative tant attendue ne passe d'un excès de conservatisme à l'excès inverse. En effet, depuis la loi du 4 juillet 2001, la femme n'est plus obligée d'accepter de se présenter à une consultation sociale préalablement à l'interruption de grossesse, alors que, lors de la réforme du Code pénal, cet entretien était obligatoire. Le sénat s'était, en première lecture, dans le cadre de l'adoption de la loi de 2001, opposé à la suppression de cette obligation estimant que « *cet entretien social était un temps de dialogue indispensable. Il [est] l'occasion pour la femme d'exposer ses difficultés personnelles, conjugales, familiales, d'être informée des aides et soutiens dont elle peut bénéficier, de parler de la contraception, de préparer ainsi l'avenir et d'éviter notamment des IVG ultérieures. Ce n'est pas parce qu'un entretien est obligatoire qu'il est*

¹⁴⁶ Cette tendance a incriminé un comportement qui était à l'opposé d'un autre comportement qui a été légalisé ne s'observe pas qu'ici. En effet, on peut prendre l'exemple de l'homosexualité, réprimée jusqu'en 1982, aujourd'hui protégée par les dispositions relatives à la discrimination ainsi que par la loi sur la liberté de la presse.

¹⁴⁷ PORTHAIS Alain, « un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », RSC 2000, p.39

nécessairement dissuasif ou culpabilisant pour la femme »¹⁴⁸. De même, depuis septembre 2004, l'IVG médicamenteuse est autorisée en France, la procédure pour y avoir accès étant, de plus, relativement simple. Ce procédé conduit nécessairement à la banalisation de l'IVG, qui conserve, lorsqu'elle est pratiquée de façon chirurgicale, une certaine forme de gravité. En dehors de toutes considérations politiques, religieuses ou éthiques, on peut se demander si, juridiquement, le droit pénal permet toujours, en ce domaine, de protéger l'intégrité physique et psychique de la personne, dont le corps est théoriquement indisponible. Cette interrogation trouve d'autant plus de légitimité que parfois les actes de la personne sur son corps sont susceptibles de conduire à sa destruction.

2 – LA DESTRUCTION DE SON CORPS

Le droit à librement disposer de son corps s'entend d'une totale liberté d'action sur son corps quand bien même cela conduirait à sa dégradation voir à sa destruction. C'est le principe d'« autonomie personnelle », qui dicte l'absence de réponse pénale face à certains comportements, tels que les pratiques dégradantes et mutilantes (a) ou le suicide (b).

a - Les violences recherchées

L'Homme est ainsi fait qu'il peut parfois, selon une certaine conception du bonheur, rechercher à se faire violenter. Ces violences peuvent intervenir dans le cadre intime de la sexualité (on parle alors de sadomasochisme) ou à travers des pratiques insolites censées répondre à un besoin de sensations nouvelles (l'exemple de la « suspension » en est l'une des illustrations). Juridiquement, les pratiques sadomasochistes recouvrent la matérialité des infractions de violences volontaires, voir des tortures et traitements dégradants. C'est ainsi que la jurisprudence européenne avait pu estimer, dans un arrêt rendu le 19 février 1997¹⁴⁹, que, bien que ces pratiques relèvent de la vie privée, cela n'est pas de nature à exclure la responsabilité pénale pour coups et blessures volontaires. Cette position a pourtant évolué, notamment en raison d'une jurisprudence rendue relativement au problème du suicide assisté. En effet, par un arrêt du 29 avril 2002 de la CEDH¹⁵⁰, il est affirmé que « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut comprendre également la possibilité de*

¹⁴⁸ Rapport législatif n° 253 (2000-2001) portant sur le projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception

¹⁴⁹ Arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, CEDH, 19 février 1997 : Le prononcé d'une telle solution n'est cependant pas étranger au fait que les violences avaient perdurées au-delà de ce qui avait été consenti par la victime (ce qui évitait les conséquences juridiques liées à l'affirmation de ce que le consentement légitime les atteintes au corps).

¹⁵⁰ Arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*, CEDH, 29 avril 2002.

s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne ». Le principe d'autonomie personnelle, tiré de l'article 8 de la Conv.EDH, est né. Il a été l'élément déterminant dans l'affaire K.A et A.D contre Belgique, icône jurisprudentiel de la position du droit pénal au regard des pratiques sadomasochistes. Rendu le 17 février 2005 par la CEDH, il s'illustre par deux apports majeurs.

D'une part, il affirme que le droit d'entretenir des rapports sexuels, fussent – ils sadomasochistes, et d'une violence extrême, fait partie de la sphère de la vie privée, et est donc un droit de l'homme, protégé par la CEDH. Ainsi, « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* ». La préoccupation de santé publique, qui avait implicitement guidé la solution rendue en 1997 par cette même cour, n'est plus prise en considération. La liberté sexuelle fait donc partie intégrante de la vie privée, ce qui ferait obstacle au pouvoir étatique de s'immiscer dans les dérives qu'elle engendre. Il semble qu'il n'y ait pas que la référence à l'intimité de la vie sexuelle qui protège les auteurs de ces actes. En effet, si l'on se réfère aux nouvelles pratiques, telles que celle de la « suspension » (consistant à suspendre un individu par la peau, à l'aide de crochets perforant celle-ci), elles n'ont aucun caractère sexuel. Pourtant, aucun texte ne vient les condamner, par même le décret du 20 février 2008 relatif aux modifications corporelles. L'absence de poursuite, tant des pratiques sadomasochistes que de la suspension corporelle, s'explique alors par le rôle de la volonté individuelle, à laquelle la CEDH attribue explicitement un caractère permissif.

En effet, d'autre part, l'arrêt K.A et A.D vient préciser que les pratiques sadomasochistes sont condamnables dès lors que la victime n'est pas, ou plus, consentante. A contrario, si la victime consent à faire l'objet d'une atteinte corporelle, les pratiques se situent hors du champ pénal. Ce que l'on pressentait à travers les développements précédents (quant à la chirurgie esthétique, au transsexualisme...), mais que l'on osait affirmer au regard du principe d'indifférence au consentement de la victime en droit pénal, est clairement posé par la CEDH : le consentement peut se voir attribuer un effet permissif en droit pénal. Malgré le fait que les pratiques sexuelles relèvent de la vie privée, elles sont condamnables dès lors que la victime n'y est pas consentante. En droit interne, la solution était déjà acquise, mais la formulation de celle-ci ne laissait pas directement entendre une telle remise en cause du principe d'indifférence au consentement de la victime (voir ainsi arrêt du 2 décembre 1999 rendu par la CA de Nîmes, 16 mars 2000 rendu par la CA de Toulouse; arrêt du 15 mai 2001

rendu par la CA de Douai. Contra : 11 mars 2009, CA Grenoble). On peut être amené à penser que la CEDH, se refusant à voir dans les atrocités dont l'épouse de l'un des accusés fut victime¹⁵¹ une pratique légale, s'est trouvée dans une impasse l'ayant conduit à se prononcer sur le terrain du consentement. Or, elle aurait pu appuyer sa condamnation sur le fondement de l'article 17 de la Conv.EDH, aux termes duquel : « aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. ». En effet, on pouvait considérer qu'il y avait abus du droit fondamental à la vie privée (article 8 CEDH), conduisant à la violation d'un autre droit fondamental : celui de l'interdiction de la torture (article 3). Un tel raisonnement, tout en permettant la condamnation de ces pratiques, aurait permis d'éviter de semer un malaise sur le droit pénal tout entier, en ce qu'il est fondé sur l'indifférence au consentement de la victime. Ainsi, la prise en considération de la volonté individuelle représente un réel danger pour le droit pénal, et en l'occurrence, pour le corps. En effet, outre le fait que le consentement, en l'espèce donné dans un cadre conjugal (cela pouvant induire une pression affective indéniable) puisse être vicié, beaucoup d'interdictions issues du droit pénal perdraient tout fondement. Ainsi, il n'y aurait plus lieu d'interdire l'excision des jeunes filles consentantes, la vente des organes des hommes démunis, ou encore l'euthanasie active de la personne en fin de vie. Se pose alors la question de savoir, au regard de ce dernier exemple, quelle serait la règle de droit applicable si les pratiques sadomasochistes, librement consenties par la victime, qui attend de celles-ci qu'elles lui soient fatales¹⁵², conduisaient à sa mort ? On peut conclure tant à la condamnation pour euthanasie qu'à la relaxe au regard du fait que les pratiques sadomasochistes étaient consenties, la CEDH ayant énoncé, dans l'arrêt Pretty du 29 avril 2002, que « même lorsque le comportement en cause [...] revêt une nature potentiellement mortelle, la jurisprudence des organes de la Convention considère l'imposition par l'Etat de mesures contraignantes ou à caractère pénal comme attentatoire à la vie privée, au sens de l'article 8 § 1 ». Le droit de disposer de son corps conduirait alors au droit, pour autrui, de disposer de la vie de la victime. Or, l'euthanasie est interdite. Une incohérence existe donc belle et bien lorsque l'on compare la jurisprudence liée au suicide assisté et celle relative au sadomasochisme. Il semblerait qu'il faille alors s'en tenir davantage aux solutions rendues relativement aux pratiques violentes,

¹⁵¹ Il est à noter que celle-ci n'a pas déposé plainte, le ministère public ayant seul pris l'initiative de la poursuite

¹⁵² La mort étant, pour beaucoup de sadomasochistes, l'orgasme suprême, une telle affaire pourrait un jour être portée devant les juridictions pénales.

en ce que le droit pénal protège la liberté de disposer de son corps au point d'en admettre la liberté de disposer de sa vie, si l'on s'en réfère à la dépenalisation du suicide.

b - Le suicide

Ce n'est pas sans raison que l'on utilise le terme juridique « tentative » lorsque l'on parle d'un suicide qui n'a pas abouti. En effet, le suicide a autrefois été interdit. Dans le droit romain, il était punissable lorsqu'il était accompli afin d'éviter la peine de mort ou la déportation. Dans les autres hypothèses, il n'entraînait aucune sanction. Pour le droit canonique, tous les suicides, quelles que soit leurs causes, entraînaient la privation de sépulture et de commémorations, car, selon l'expression utilisée par Muyart de Vouglans, « *personne n'est maître de ses membres* ». De même, sous l'Ancien Régime, en plus de ces sanctions, c'était la mémoire du défunt qui était condamnée, et ses biens confisqués (sauf lorsque le suicide relevait de la frénésie). C'est à la révolution française que le suicide est dépenalisé. Cependant, cette évolution n'est pas le fruit de considérations juridiques liées à la libre disposition du corps humain. En effet, c'est en raison de la laïcisation de la société que le suicide, qui n'est alors plus un outrage porté à Dieu, perd son caractère répréhensible. Egalement, l'absence de réponse pénale vient du fait que l'on considère alors le suicide comme étant l'acte d'un individu souffrant d'un trouble mental, donc, qui est irresponsable. Ainsi, la dépenalisation du suicide n'octroyait pas une liberté, c'était une tolérance. Aujourd'hui, le suicide est devenu le signe d'une réelle liberté de disposer de sa vie, et en conséquence donc, de son corps. Le meurtre étant le fait d'attenter à la vie d'« autrui », aucune incrimination ne peut recouvrir l'acte suicidaire. Or, le principe de légalité fait de ce silence une légalisation. Ce n'est cependant pas un droit, l'état n'étant pas tenu d'en permettre l'exercice, bien au contraire¹⁵³. Si cette liberté de disposer de son corps et ainsi de le détruire est aujourd'hui affirmée par le droit français, il n'en demeure pas moins qu'il y reste très hostile. En dehors même du droit pénal, le droit privé n'est pas indifférent au suicide. Par exemple, en droit des assurances, le contrat d'assurance décès est déclaré nul lorsque le contractant s'est suicidé au cours de la première année du contrat. De même, le droit pénal ne se désintéresse du suicide que lorsque la volonté du défunt n'avait été ni provoquée, ni influencée par une publicité. Ainsi, l'article 223-13 CP vient incriminer la provocation au suicide d'autrui, et l'article 223-14 CP incrimine la propagande ou la publicité en faveur de produits préconisés comme moyens de se donner la mort. Contrairement au principe d'indifférence à la volonté individuelle, le consentement est ici clairement recherché, et il doit

¹⁵³ C'est donc à tort qu'un arrêt, rendu le 11 avril 1995 par le TGI de Paris énonce que « *le fait de se suicider ou de tenter de le faire n'est plus pénalement incriminé et, en conséquence, constitue un droit* »

exister dans sa dimension la plus pure. Un parallèle peut être fait entre le suicide et l'anorexie (qui n'est, en soi, qu'un suicide à petit feu), en ce que le législateur pourrait un jour venir incriminer la publicité en faveur de l'anorexie. Une proposition de loi, déposée par Madame Valérie BOYER, visant à lutter contre les incitations à la recherche d'une maigreur extrême ou à l'anorexie avait d'ailleurs été adoptée en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 15 avril 2008. Cependant, lors de l'examen en commission au Sénat, il a été établi que c'était les anorexiques elles-mêmes qui tenaient les sites de pro-anorexie, et les menacer d'une condamnation n'était pas particulièrement opportun. De ce fait, la proposition de loi n'a jamais été mise à l'ordre du jour du sénat, et n'a donc jamais été adoptée.

Le principe de libre disposition de son corps implique donc celui de libre disposition de sa vie. Ce principe peut également revêtir une dimension très concrète, en ce que l'on peut disposer, matériellement, de parties de son corps, en les aliénant.

3– LA LIBRE EXPLOITATION DES ELEMENTS DE SON CORPS

Si, comme cela a été observé précédemment, le corps peut – être une « source de revenus pour ce qu'il permet (par la prostitution, le « corps-spectacle »...), il est également devenu une source de revenus 'per se'.¹⁵⁴ En effet, sa substance même peut être cédée, que ce soit à titre gratuit ou onéreux. On peut constater une relative ambiguïté des textes qui régissent ce nouveau « marché », au civil, mais également au pénal. Ainsi, il convient de se pencher sur l'état du droit au regard de la cession des produits et tissus du corps humain (a), du don de sang (b) et enfin du don d'organes (c).

a – La cession des produits et tissus du corps humain

Lorsque l'on évoque la cession de tissus, de cellules ou de produits de son corps, on fait référence aux déchets opératoires, au placenta, aux produits cellulaires tels que les ovules ou le sperme, ainsi qu'aux phanères. Aux termes de l'article 511-4 alinéa 1 CP, « *le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement [...] est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». L'inexistence d'une telle disposition permet, aux états Unis par exemple, la vente d'ovules appartenant souvent à des étudiantes, sélectionnées sur catalogues, pour un montant minimum de 6500 dollars, ou encore, au Royaume-Uni, la tenue d'une loterie avec pour gain

¹⁵⁴ POUGHON, « L'individu, propriétaire de son corps ? Le jus disponendi de son propre corps : entre scolastique juridique et réalisme économique ? », 04 décembre 2000, Conférence de DEA, Strasbourg.

une ovule d'une valeur de 14 300€ La situation n'est pas celle-ci en France. Cependant, concernant les gamètes par exemple, leur cession est possible lorsqu'elle se fait dans le cadre des prestations assurées par les établissements de santé (article 511-9 CP). Il convient ensuite de formuler quelques distinctions. En effet, une situation particulière s'applique aux tissus, cellules et produits du corps humain prélevés à l'occasion d'une opération chirurgicale qui a eu lieu dans l'intérêt de la personne opérée. En effet, l'article 511-5 CP, sanctionnant le fait de prélever ces éléments lorsque la personne n'y a pas consentie, ne s'applique pas. Ainsi, dans le cadre d'une intervention chirurgicale, l'article L1245-2 CSP instaure une présomption de consentement, en posant que ces éléments (y compris le placenta) peuvent être utilisés « *sauf opposition exprimée* » par le patient. Des dérogations équivalentes s'appliquent également à la cession de phanères. Il s'agit, selon le décret n°2003-462 du 21 mai 2003, des cheveux, des ongles, des poils et des dents. Or, aux termes de l'article L1211-8 CSP, un certain nombre de dispositions protectrices du corps humain ne s'appliquent pas à ces éléments. L'application des articles L1211-1 à L1211-7 CSP est en effet écartée. On constate alors que leur cession n'a pas à répondre à une nécessité médicale ou thérapeutique (article L1211-1 CSP a contrario). Egalement, elle ne nécessite pas le consentement de la personne (selon l'article L1211-2 CSP, le consentement est notamment nécessaire au « prélèvement » d'éléments du corps humain : cela signifierait – il que l'on peut impunément couper les cheveux d'une personne, par exemple ?). En outre, la publicité en faveur du don de ces éléments n'est pas condamnable (article L1211-3 CSP a contrario), et ces dons n'ont pas à être anonymes (article L1211-5 CSP). Enfin, par l'exclusion de l'application de l'article L1211-4 CSP, on constate que ces éléments peuvent être vendus. C'est, paradoxalement, en raison du fait que ces éléments ne valent rien qu'ils peuvent être vendus, souvent relativement cher. Les dispositions pénales exigeant un consentement, et interdisant la vente de ces produits, sont donc écartées. La question du caractère non patrimonial du corps humain doit ici donc être inévitablement posée...

b – Le don du sang

Si la vente des phanères a été tolérée par le législateur en ce que ces produits peuvent n'être considérés que comme des éléments « esthétiques », ce raisonnement ne peut être tenu quant aux produits sanguins. Pourtant, un arrêté ministériel du 9 mars 2010 s'intitule « *Arrêté relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles* ». Le produit sanguin, qui a fait l'objet d'un don, est donc vendu, à un prix de 112,70€ l'unité de sang adulte. Selon les autorités publiques, le prix auquel sont cédées les unités de sang ne recouvre que les frais liés au prélèvement, au transport, et à la conservation de ceux-ci. Pourtant, à la lecture de l'article 1^{er}

de l'arrêté du 9 mars 2010, le doute est permis : « *Le tarif de cession des produits sanguins labiles et des plasmas pour fractionnement comprend, 'en plus du produit lui-même', le récipient et son étiquette, les frais de prélèvement, qualification, stockage et distribution ainsi que le conseil transfusionnel, à l'exclusion des frais de livraison.* ». Le produit lui-même serait donc vendu ? Bien qu'il ne faille y voir, vraisemblablement, qu'une maladresse du législateur, celle-ci est réellement ennuyeuse. On ne sait alors comment interpréter l'arrêté du 18 mars 2009, relatif au « *prix de vente et de remboursement par l'assurance maladie du lait humain* ». En effet, il énonce simplement que « *le prix de vente du lait humain recueilli et traité dans les lactariums est fixé à 80 euros le litre pour le lait frais ou congelé et à 133 euros les 100 grammes pour le lait lyophilisé* ». A la lecture de l'alinéa 1^{er} de l'article 511-4 CP, de telles ventes semblent ne pas être punissables, en ce qu'il ne s'agit pas d'obtenir d'une personne, contre paiement pour ce donneur, son sang, ou son lait, celui – ci ne percevant rien. Or, l'alinéa second de cet article énonce qu'est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende le fait « *de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui* ». Dès lors, si l'on interprète cet article à la lecture littérale de l'arrêté du 9 mars 2010, une contradiction apparaît. En revanche, si l'on s'en tient à ce qui semblerait être une interprétation téléologique de cet arrêté, le droit pénal et cette réglementation de santé publique seraient compatibles.

c – Le don d'organe

Si la cession de sang ou autres éléments du corps humain est le signe d'une prise d'indépendance de la personne face à son corps, le paroxysme du pouvoir de disposer de son corps revient alors au don d'organe. Pour cette raison, celui-ci ne fait pas l'objet des dérogations précédemment étudiées¹⁵⁵. Ainsi, les exigences de consentement, d'intérêt médical ou scientifique, d'absence de rémunération... s'appliquent sans exception, et sont sanctionnées par l'existence de dispositions pénales. Ceci peut venir appuyer l'idée que le corps n'est jamais une valeur protégée en droit pénal. En effet, la perte d'un organe, et plus encore finalement, l'opération chirurgicale lourde qui en découle, représente un danger pour le donneur. C'est donc bien plus la vie qui est protégée que le corps, car lorsque le corps n'encourt aucun risque ou, dans l'hypothèse de l'article L1245-2 CSP relatif à l'intervention chirurgicale, lorsque ce danger est passé, le corps n'est plus que peu protégé.

¹⁵⁵ Cela n'est vrai, en revanche, que lorsque la personne est vivante, le prélèvement d'organe, sur un défunt répond, cela a été développé précédemment, à des règles bien différentes.

Ces solutions apportées par le droit pénal, parfois incohérentes, souvent imprécises, sont révélatrices d'un débat qui existe depuis longtemps en droit civil, relatif au statut juridique du corps humain.

Section II – Un droit disharmonieux en constante évolution

Le droit pénal est souvent une discipline à part entière, mais parfois également, il ne sert que d'« auxiliaire » à d'autres branches du droit. Le corps humain fait l'objet de ces deux dimensions du droit pénal. Alors que le droit pénal auxiliaire illustre l'incertitude qui domine en droit civil, le droit pénal « originel » apporte des éléments non négligeables allant dans le sens de la réification du corps humain (I). Cependant, il souffre d'un caractère éphémère qui affaiblit sa portée, tant le droit en matière de bioéthique évolue rapidement et systématiquement (II).

I – L'APPORT DU DROIT PENAL AUX INCERTITUDES CIVILISTES

Si la question relative au statut juridique du corps humain n'est pas nouvelle en droit civil, il n'en demeure pas moins qu'elle n'a toujours pas de réponse faisant l'unanimité de la doctrine (A). Cette problématique se perçoit à travers le droit pénal, qui contribue néanmoins à éclairer le débat (B).

A – Le corps humain et la summa-divisio civiliste

Le droit romain de Justinien a établi une classification qui est encore reine aujourd'hui : la summa-divisio (=la plus haute division), distinguant les personnes et les choses. Si à l'époque, la qualification de « chose » était envisageable en ce que l'esclavage était très répandu, aujourd'hui, avec les principes d'indisponibilité et d'inviolabilité du corps humain, la question est autrement posée. Ainsi, le corps humain serait une « chose [...] *mal logée dans le seul ordre des biens sans trouver refuge dans celui des personnes* »¹⁵⁶ Le

¹⁵⁶ LOISEAU, « Pour un droit des choses », D.2006 ; chron.spéc. 3020

vocabulaire juridique traduit lui – même cette hésitation du droit. Ainsi, on parle de « *cession* » d'un élément du corps, par le « *donneur* ». Si le terme « *cession* » renvoi inévitablement aux choses, le mot « *donneur* » fait référence à la personne, celui de « *donateur* » ayant lui aussi renvoyé également aux choses. Ce problème est habilement soulevé dans la fiction de « L'affaire de la main volée », de M. BAUD, qui écrit qu'« *en permettant à des 'choses corporelles' de vivre en dehors du corps de l'homme, les biotechnologies ont ébranlé les bases sur lesquelles a été construite la pensée des juristes occidentaux* »¹⁵⁷. Le corps est – il donc « *sujet* » ou « *objet* » de droit ? Les arguments avancés pour soutenir l'une ou l'autre des deux thèses sont nombreux.

Ainsi, le corps pourrait être une personne, en d'autres termes, être confondu avec la personne. En effet, percevoir le corps comme une chose supposerait que l'on puisse en être privé. Or, celui – ci est indisponible, inviolable et revêt un caractère extrapatrimonial, en vertu des articles 16 et suivants du Code civil. Ainsi, de nombreuses protections sont accordées aux corps humains, notamment, outre celles dont il a été fait précédemment état, l'interdiction de déposer un brevet portant sur les éléments du corps humain, « *en tant que tels* ». Paradoxalement, cette assimilation du corps à la personne ne va pas toujours dans l'intérêt de la protection de celui-ci. En effet, dans l'affaire Moore, un homme s'était vu prélever certaines de ces cellules, uniques au monde du fait d'une maladie qu'il avait contracté, donnant naissance à un produit pharmaceutique qui en ensuite été vendu très cher. Lorsque Monsieur Moore en eu connaissance, il réclama une part de la propriété du brevet et ainsi une part de ses bénéfices. Cela lui fut refusé, et, comme le soulève M. BAUD, « *c'est au nom de la théorie française de l'assimilation du corps à la personne que la Cour suprême de Californie a justifié, le 9 juillet 1990, le fait que des médecins aient pu enlever à John Moore, pendant sept ans, des cellules et déposer des brevets sur celles-ci* »¹⁵⁸. Le respect de la personne humaine impose en effet que l'on ne reconnaisse pas de droit de propriété sur son corps. S'il n'y a pas de droit de propriété, le corps peut alors difficilement faire partie des choses (sauf à être une chose commune, ce qui semble être encore moins envisageable). Cependant, le Professeur Xavier LABBEE a développé une hypothèse qui pourrait être concevable. Il s'agirait de considérer le corps comme étant une chose, mais qui, à l'image d'un bien meuble devenant immeuble par destination, deviendrait « *personne* par

¹⁵⁷ BAUD Jean-Pierre, « L'affaire de la main volée », Ed. du Seuil, 1993, Coll. Des Travaux

¹⁵⁸ BAUD, « La nature juridique du sang », Revue Trimestrielle du ressort de la Cour d'Appel de Versailles, 1993, n°XXVIII

destination » lorsqu'il serait le support d'un être humain¹⁵⁹. Cette solution, bien qu'intellectuellement satisfaisante, n'a jamais été consacrée, en ce qu'elle heurte vraisemblablement trop directement l'ancestrale *summa divisio* instaurée.

Le corps serait – il donc une chose ? Le mouvement de « *biologisation du droit* », pour reprendre la formule du doyen NERSON¹⁶⁰ pourrait conduire à cette affirmation. La jurisprudence elle-même a pu laisser deviner cette idée, dans l'arrêt Daoud notamment, rendu le 24 septembre 1985 par le TGI d'Avignon¹⁶¹. Un détenu s'était sectionné le doigt, qui fut confisqué par la suite par l'administration pénitentiaire. Il demanda la restitution de son bien, ce qui lui fut refusé par le juge des référés, celui – ci estimant que les règles relatives aux « objets » pouvant être confisqués étaient applicables. De même, l'utilisation accrue des éléments du corps humain et l'amélioration de la science conduisent inévitablement à ce mouvement de réification. En outre, confondre personne et corps reviendrait à réfuter l'existence des personnes morales, qui, elles, n'ont pas de corps, ce qui ne les empêche pas de pouvoir revendiquer la qualité de « personne ». S'il est vrai que la perception du corps comme n'étant « qu' » une chose semble aller à contrecourant de la doctrine majoritaire, elle apparaît néanmoins aller dans le sens de l'évolution du droit, et notamment du droit pénal.

B – La contribution pénaliste au débat

Droit pénal, droit civil et droit de la santé publique sont inextricablement liées en ce qui concerne le corps humain. Ainsi, dès lors que l'une de ces branches du droit souffre d'une incertitude, celle-ci se répercute sur les droits « auxiliaires » (1), à moins qu'à l'inverse, ces droits originellement auxiliaires ne viennent éclairer l'hésitation qui existe (2).

1 – UN DROIT AUXILIAIRE REVELATEUR DE L'INCERTITUDE JURIDIQUE

Le corps humain, s'il est envisagé par le droit pénal, ne fait l'objet que d'un droit « auxiliaire », sanctionnateur des dispositions prises dans le cadre du droit civil ou du droit de la santé publique. Ainsi, il ne jouit d'aucune autonomie dans ce cadre. L'indécision dont souffre le droit civil se répercute donc nécessairement sur le droit pénal. Ainsi, on observe que le corps humain n'est pas envisagé exclusivement au livre deuxième relatif aux atteintes

¹⁵⁹ LABBEE X, « La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort », thèse, Lille, 1986, Presse Universitaire de Lille, 1990

¹⁶⁰ NERSON, « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », RTDciv, 1970, p.661

¹⁶¹ Arrêt Daoud, 24 septembre 1985, TGI Avignon, Gazette du Palais, 15 février 1986 note DERTIN

aux personnes, ni dans le livre troisième relatif aux atteintes aux biens. Il est « disloqué » dans le Code pénal, car apparaît tant dans le livre cinquième, « des autres crimes et délits » que dans le livre deuxième, « des crimes et délits contre les personnes ». En effet, alors que le livre cinquième porte sur le don d'organes, de gamètes, de tissus, les prélèvements, la protection de l'embryon..., le livre deuxième évoque l'intervention illégale de grossesse, les expérimentations, les tests et empreintes génétiques... Un tel désordre dans la codification ne peut qu'entraîner des incertitudes quant à l'application de ces textes. Un rassemblement de ces dispositions serait donc souhaitable. Cela est d'autant plus vrai que la section II du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre cinquième n'envisage jamais le corps humain dans sa totalité. Or, elle s'intitule « de la protection du corps humain ». Ne sont visés dans cette section que des éléments détachés du corps humain, que l'on a pour habitude de considérer comme des « choses », et non pas comme des personnes. Dès lors, l'expression « de la protection du corps humain » serait assimilée à la protection des « choses », élément du corps humain. Cela revient à définir le corps humain comme étant une multitude de « petites choses ». Inclure dans cette section les dispositions relatives à l'IVG, à l'expérimentation... aurait donc ce mérite de verser dans une protection globale du corps humain. La structure du Code pénal est donc révélatrice de ce débat persistant en droit civil. Mais sur le fond également, les développements précédents, faisant apparaître de nombreuses incohérences (quant au don de sang, quant à la législation sur l'IVG, quant au sadomasochisme...) traduisent cette difficulté du droit civil à se positionner face au corps humain. La santé doit elle relever du domaine public (ce qui tendrait à considérer le corps comme une chose) ou privé (ce qui privilégierait l'hypothèse du corps assimilé à la personne) ? L'existence même d'un droit pénal sanctionnateur n'éclaire guère cette question, car le droit pénal fait lui-même l'objet d'un tel débat, sur la question de savoir s'il relève du droit public ou du droit privé.

Pourtant, malgré son imperfection en ce domaine, le droit pénal vient éclairer quelque peu le droit civil, obscurci par ce débat sempiternel.

2 - LA PERCEPTION PENALISTE D'UNE REIFICATION AMORCEE DU CORPS

Le droit pénal n'est pas qu'un droit sanctionnateur en la matière, il est paradoxalement novateur en ce qu'il reste silencieux. En effet, si le droit pénal n'avait été qu'un droit sanctionnateur, alors bien plus nombreuses seraient les incriminations. Ainsi, le législateur a pris des largesses avec les articles 16 et suivants du Code civil. L'article 16-1 CC, excluant toute dimension patrimoniale pour le corps humain et ses éléments, ainsi qu'il établit son inviolabilité, aurait dû conduire à l'interdiction de la vente de phanères, de la prostitution, de

la pornographie, le sadomasochisme... De même, l'article 16-3 CC portant sur l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique en l'absence de nécessité médicale pour soi ou pour autrui aurait du pousser le législateur à proscrire la chirurgie esthétique, l'IVG, le transsexualisme...Egalement, l'article 16-6 CC interdisant toute rémunération à celui qui se prête à des expérimentations aurait dû s'accompagner de dispositions pénales interdisant les expérimentations médicales rémunérées. L'absence de toutes ces incriminations révèle une nouvelle conception du corps, désacralisé. Ce constat que l'on peut faire au regard du droit pénal entraîne des conséquences sur le débat civil relatif au statut juridique du corps humain. En effet, c'est alors vers l'état de chose que se dirige le corps, dont le régime juridique pourrait être susceptible de répondre aux attributs du droit de propriété. Il est à espérer qu'il ne devienne pas un jour un « *entrepôt de pièces détachées librement négociables*¹⁶² », comme cela tend à l'être aux Etats – Unis. Heureusement, quelques gardes fous résistent encore aujourd'hui, mais leur avenir est incertain.

II – PROSPECTION BIOETHIQUE

Le droit relatif au corps humain est éphémère, en ce qu'il est sans cesse dépendant des avancées scientifiques, soit pour en limiter l'impact, soit, plus souvent, pour envisager ses applications concrètes (1). La loi bioéthique à venir doit donc se pencher sur tous les acquis issus de la loi de 2004, mais semble ne pas vouloir céder à l'appel d'une révolution juridique (2)

1 - LES LOIS BIOETHIQUES : L'EMPRISE DE LA SCIENCE SUR LE DROIT

L'incertitude quant au devenir du corps humain est d'autant plus préoccupante que le droit en la matière est en perpétuelle évolution. Or, il va de soit que ces évolutions programmées traduisent l'emprise qu'à la science sur le droit. Ce dernier doit évoluer pour ne pas freiner les avancées scientifiques, et permettre à celles-ci de se concrétiser auprès des patients. C'est ainsi, comme le soulève le professeur JAMIN, qu' « *avec la mode des lois expérimentales, la loi n'est plus figée dans le marbre, elle s'inscrit tout au plus dans le plâtre* »¹⁶³. Il est vrai que, la science étant une matière évolutive, le droit ne peut – être

¹⁶² GUIDICELLI-DELAGE Geneviève, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », RSC.1996,p13

¹⁶³ JAMIN Christophe, « Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et des produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », RTDCiv, 1994,p. 934

figé. De plus, une législation statique ne peut, dans le contexte mondial actuel, qu'engendrer un tourisme médical qu'il n'est pas bon de laisser perdurer. En effet, certains pays voisins ont une législation différente concernant les mères porteuses, ou encore la procréation médicalement assistée. Il est impossible pour tous les états de trouver un consensus afin d'harmoniser le droit de la bioéthique, en ce que les questions relatives aux corps humain sont beaucoup trop rattachées aux mœurs, à la culture, à la politique d'un état... Ainsi, faute de consensus, il convient d'éviter ce tourisme, qui peut – être moins protecteur de la personne, et qui risque d'engendrer des difficultés juridiques, à terme (quant à la filiation par exemple). Pour ce faire, le réexamen de la législation s'avère nécessaire, afin d'offrir aux citoyens des garanties et de poser un certain nombre de contraintes liées au respect de nos principes fondamentaux. Pour passer outre ces contraintes, un nouveau tourisme procréatif verra le jour, nécessitant à nouveau une intervention du législateur. Le problème est alors l'enclenchement d'un cercle sans fin, car cela risque de créer un « dumping bioéthique » en totale négation avec le respect du corps humain. Les grands principes que l'on considère comme immuables risquent de devenir un jour l'exception. Il est donc regrettable que des réformes aussi importantes que celles touchant au corps humain répondent, non pas à un besoin réel, mais à un délai quinquennal ou décennal arrivé à son terme. Ainsi, c'est dans ce contexte que doit intervenir la loi bioéthique de 2009 (qui sera plutôt celle 2010, voire de 2011), la loi du 6 août 2004 prévoyant une révision au terme d'un délai de 5 ans.

2- ENJEUX DE LA LOI BIOETHIQUE FUTURE

En septembre 2008, Mme Bachelot – Narquin, actuelle ministre de la santé, créait les « états généraux de la bioéthique », destinés à ouvrir un débat public quant à la réforme à venir, avec la consultation de « jurés citoyens » partout en France. Les débats étaient nombreux, au regard des problématiques soulevées lors de l'audition publique du 29 novembre 2007¹⁶⁴. En effet, ce rapport pose les questions qui devront être débattues en prévision de la loi bioéthique. Or, elles sont quelque peu déroutantes. Ainsi, afin de surmonter les pénuries d'ovules nécessaires à la procréation médicalement assistée, la possibilité de rémunérer les « dons » d'ovules est évoquée. De même, la question de l'anonymat du don de gamètes est posée, au nom du droit pour chacun d'avoir accès à ses origines. Il est fait état également de la recherche sur les embryons, avec l'idée éventuelle de mettre fin à son interdiction (qui faisait cependant déjà l'objet de nombreuses dérogations). Enfin, l'idée de

¹⁶⁴ Audition publique du 29 novembre 2007, « Sciences du vivant et société : la loi bioéthique de demain », travaux parlementaires, session 2007/2008.

revenir sur l'interdiction de la gestation pour autrui n'est pas écartée. De nouvelles problématiques émergentes devaient également être étudiées, en rapport notamment aux neurosciences et aux implants cérébraux par la technique des nanotechnologies. Il était alors à craindre, au regard de l'ambition affichée par les travaux parlementaires, un bouleversement total de notre droit.

Le rapport Leonetti¹⁶⁵, remis le 20 janvier 2010 et contenant 95 propositions, ne préconise pas une telle révolution dans notre droit. En effet, il propose davantage une réaffirmation des grands principes qu'un bouleversement de ceux-ci. Ainsi, il est proposé de conserver l'interdiction de la gestation pour autrui et de maintenir l'anonymat du don de gamètes. Quelques modifications sont avancées, mais ne modifient pas en profondeur la législation actuelle. Ainsi, la recherche sur embryon, aujourd'hui interdite sauf autorisation de l'agence de la biomédecine, pour une durée de cinq ans, pourrait s'affranchir de tout délai. De même, à titre exceptionnel (c'est-à-dire si le projet parental engagé a été interrompu par le décès du conjoint), l'insémination post mortem serait envisageable. Egalement, il est proposé d'alléger les conditions de l'AMP (le délai de deux ans de vie commune exigé pour les couples pacsés serait supprimé). Il pourrait être adjoint, dans le diagnostic préimplantatoire, le dépistage de la trisomie 21 (dans le cadre d'un dépistage pour une autre maladie permettant le recours à un diagnostic préimplantatoire). A noter également l'apparition de la notion de « dons croisés », garantissant en quelque sorte une greffe à un malade dont le proche fait un don d'organe de son vivant. Le rapport Leonetti propose enfin de ne pas inclure dans la future loi de clause de révision. Il sera débattu devant le parlement au printemps 2010. On peut se satisfaire du relatif statu quo qui est proposé par ce rapport. S'il ne vient pas renforcer la protection accordée au corps humain, il ne l'affaiblit pas non plus.

¹⁶⁵ Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 20 janvier 2010.

CONCLUSION

Effectuer une distinction entre la personne et son corps peut paraître abstrait et inutile. Pourtant, cette fiction intellectuelle met en exergue ce qui passe inaperçu lorsque l'on assimile le corps à la personne. On observe ainsi que le premier ne bénéficie pas de la protection dont peut se prévaloir la seconde. Il en découle que le corps humain, pour ce qu'il est 'matériellement', n'entre pas, ou très peu, dans le champ pénal. Pour vérifier cela, il suffit d'observer avec quelles incertitudes et contradictions le droit pénal aborde le corps lorsqu'il n'est pas encore, ou lorsqu'il n'est plus le support de la personne.

Cette hésitation du droit pénal est perceptible également lorsque l'on respecte l'assimilation qui est faite entre le corps et la personne. Parfois préservé de la volonté individuelle de l'Homme, le corps peut également y être soumis. Ce sont bien souvent des considérations autres que juridiques qui dictent la réponse pénale. Pourtant, le corps humain n'est pas un Objet Juridique Non Identifié. Il est au centre des préoccupations du droit civil. Cependant, les quelques doutes subsistant en droit civil sur le corps humain se transforment en véritables problématiques pour le droit pénal.

Aussi lacunaire soit-il lorsqu'il s'attache au corps, le droit pénal peut difficilement l'appréhender autrement. En effet, ce qu'il faut, c'est enseigner à l'Homme le respect qu'il doit à son corps. Or, le droit pénal ne peut avoir ce rôle d'éducateur, pour la simple raison que ce n'est pas par la contrainte que l'on acquiert une valeur aussi fondamentale que celle-ci. Aussi, malgré un manque de cohérence sur la forme ; sur le fond, la position du droit pénal ne pouvait être réellement différente de celle qu'il a adoptée. Celle-ci comporte un objectif de sensibilisation (avec l'interdiction de certaines provocations ou publicités), écarte la réponse pénale malgré l'atteinte au corps (afin de respecter le principe d'autonomie personnelle), mais envisage la répression lorsqu'une autre valeur que le corps est menacée (tels que l'ordre public, la dignité, la vie privée, la filiation...). Le droit criminel ne peut faire réellement davantage pour le corps humain, car ce n'est pas à lui d'inculquer des principes aussi essentiels que celui du respect de soi.

"Magit mad ho korf hoc'h ene a chomo pelloc'h e-barzh"

(Proverbe breton, « nourris bien ton corps ton âme y restera plus longtemps »)

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- Code Civil, 2010, Dalloz, HENRY Xavier, VENANDET Guy, JACOB François, WIEDERKEHR Georges, 109^{ème} édition
- Code de Procédure Pénale, RENUCCI Jean-François, 2010, Dalloz, 51^{ème} édition
- Code de la Santé Publique, DE FORGES Jean-Michel, TRUCHET Didier, PENNEAU Jean, VIALA Georges, 2010, Dalloz, 24^{ème} édition
- Code Pénal, MAYAUD Yves, 2010, Dalloz, 106^{ème} édition
- GARE Thierry, GINESTET Catherine, Droit pénal et procédure pénale, Dalloz, 2008, Coll. Hypercours
- MAYAUD Yves, Droit pénal général, Presses Universitaires de France, 2007, Coll. Droit fondamental

Ouvrages spécialisés

- LABBEE Xavier, « La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort », Presse Universitaires de Lille, 1990
- ARNOUX Irma, « Les droits de l'être humain sur son corps », Presses Universitaires de Bordeaux, 2003
- HENNETTE – VAUCHEZ Stéphanie, « Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps », Editions L'Harmattan, 2004
- RAISKY Claude, « Les valeurs du corps dans la société contemporaine », Editions Educagri, 2003

Mémoires

- CAMUZET Emilie, Droit médical, 2005, Université Lille 2 : « La convention de gestation pour autrui : une illégalité française injustifiée », dir. X. LABBEE
- COTZA Céline, Droit pénal, 2004, Université Panthéon-Assas : « Le corps en droit pénal », dir. Y. MAYAUD

Thèses

- LAHALLE Thibaut, Droit privé, 2002, Université Panthéon - Assas : « La qualification juridique du corps humain », dir B. TEYSSIE
- PRIEUR Stéphane, Droit privé, 1998, Université Dijon: « La disposition par l'individu de son corps », dir E. LOQUIN

Travaux

- CABBILLAU Nathalie, Rapport, Santé publique et droit pénal, 2003 : « L'usage de stupéfiants : entre répression excessive et dépenalisation problématique »
- DELAHAYE Agnès, Colloque de Bioéthique, Paray-le-Monial, 11 novembre 2005 : « Le corps humain du point de vue juridique »

Etudes doctrinales et articles juridiques

- AMBROISE-CASTEROT, « La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne », RDSS 2008,p.66
- BAUD, « La nature juridique du sang », Revue Trimestrielle du ressort de la Cour d'Appel de Versailles, 1993, n°XXVIII
- BINET, « Les paradoxes du droit de la biomédecine » JCP 2008, 04
- BRAIBANT, « Pour une grande loi », Pouvoirs 1991,n°56,p.114
- CABBILLAU, « L'usage de stupéfiants, entre répression excessive et dépenalisation problématique », santé publique et droit pénal, 2003
- CANEDO-PARIS, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif d'un concept controversé »,RFDA,2008,p.979
- CASTAIGNEDE, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », D, 1999,p.23
- COELHO, « Hospitalisations d'offices sous contrainte, plaidoyer pour une réforme »,RDSS 2006,p.249
- DUNET – LAROUSSE, « L'euthanasie, signification et qualification au regard du droit pénal », RDSS, 1998 p.265
- FENOUILLET, « respect et protection du corps humain », JCP, fasc10, , n°50

- GALLOUX, « Le corps humain dans le code civil » in « 1804-2004, le code civil, un passé, un présent, un avenir », D.2004, p.381
- GUIDICELLI-DELAGÉ, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », RSC.1996.p13
- JAMIN, « Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et des produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », RTDCiv, 1994, p. 934
- LABRUSSE – RIOU, « La maîtrise du vivant, matière à procès », pouvoirs, n°56, 1991, p.87-107, reprod. dans les Ecrits de bioéthiques, PUF, 2007, p.126-153
- LAUDE, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », D.2007 p.1151
- LOISEAU, « Pour un droit des choses », D.2006 ; chron.spéc. 3020
- MARGUENAUD, « La triste fin des embryons *in vitro* du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme » RTD Civ 2007, p.292
- MARTENS, « Encore la dignité humaine : réflexion d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in Les droits de l'homme au seuil du 3^{ème} millénaire, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.568
- MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », RSC, 1983.597
- MAYAUD, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », RCS 1999.813
- MERLE, « Le corps humain, la justice pénale et les experts », JCP 1955. I. 1219, n° 4 et n° 6
- MURAT, « L'enfant à naître n'est pas autrui au sens du droit pénal », JCP 2002, p.22, n°1
- NERSON, « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », RTDciv, 1970, p.661
- PEDROT, « La dignité de la personne humaine : principe consensuel ou valeur incantatoire ? in Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges C.BOLZE, Economica, 1999, p.XI
- PORTHAIS, « un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », RSC 2000.39
- RASSAT, « L'enfant à naître peut – il être victime d'un homicide involontaire ? L'assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », JCP 2001, p.1432, n°29
- RENAUT, « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire est un perpétuel recommencement », RSC 2006.293
- ROMAN, « A corps défendant », D.2007, p.1284
- ROMAN, « L'avortement devant la Cour européenne », RDSS, 2007, p.683

- SAINT JAMES, « Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique en droit français », D.1997.p61
- SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », RSC 1991.699
- SERIAUX, « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », D.2009,p.1215

Articles de presse

- « Bébé-médicament ou bébé-instrument ? », ARDUIN Pierre-Olivier, dans « Liberté Politique », 1^{er} octobre 2009
- « Castration chimique, une loi avant la fin de l'année », Le Figaro Magazine, 24 octobre 2009
- « Le vide juridique des autopsies judiciaires », SANTI Pascal, Le Monde, 5 août 2009
- « Propriété de soi et prostitution », IACUB Marcela, Le Monde, 17 octobre 2006
- « Vers un moratoire des embryons congelés », DE MALLEVOUE, Le Figaro , 12 mai 2009

Dictionnaires

- Dictionnaire Littré, Editions Garnier, 2007, Coll DICT LITTRE
- Lexique des termes juridique, GUINCHARD Serge, MONTAGNIER Gabriel, Dalloz, 2010, Coll Lexiques

Sites internet

- <http://droitetcriminologie.over-blog.com>
- www.assemblee-nationale.fr
- www.dalloz.fr
- www.etatsgenerauxdelabioethique.fr
- www.justice.gouv.fr
- www.legifrance.fr
- www.lexisnexus.fr
- www.senat.fr

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : LE CORPS DEPERSONNALISE	8
CHAPITRE 1 – L’instrumentalisation d’un corps déconsidéré	8
Section I – Le corps, une valeur oubliée du droit pénal	9
I. Le corps humain ignoré de l’incrimination	9
A – Le corps exclu des valeurs protégées	9
1 - Le corps ignoré en tant que ratio legis de l’incrimination	9
a - Aperçu littéral du « corps humain » dans le Code Pénal	10
b – Illustrations formelles et substantielles de l’indifférence au corps humain	10
2 – La variété des valeurs protégées substituées	13
a - L’atteinte à la dignité de la personne humaine	13
b - L’atteinte à la vie privée	16
B – Les spécificités juridiques liées à l’absence d’une « valeur corporelle »	18
1 - La spécificité du consentement : son caractère permissif	18
2 - L’instabilité du droit relatif au corps : une révision organisée du droit	20
II – Le corps humain récupéré par l’infraction	21
A – Le corps et la constitution de l’infraction	21
1 - Le corps comme élément compris dans la matérialité de l’infraction	22
2 - Le corps comme élément nécessaire au préjudice	23
B – Le corps et la répression de l’infraction	24
1 - Le corps comme outil d’une présomption	24
2 - Le corps comme indicateur de la réponse pénale	24
Section II - L’appropriation du corps par la procédure pénale	25
I – Le corps, nouvel outil d’investigation	25
A – La disparition de l’atteinte au corps pour la recherche de la preuve	26
1 - L’ordalie et le duel : la preuve par le corps	26
2 - La torture : l’aveu du corps	27
B - La renaissance de l’atteinte au corps	28
1 - Le corps humain comme champ d’investigation scientifique	28
2 - La recherche de la preuve par le physique	30
II – Le corps, perpétuel outil de répression	31
A – La disparition de la peine de mort et de la sanction par l’atteinte corporelle	32
1 - La sanction par la mutilation du corps	32
2 - La sanction par la mort	33
B - Les nouveaux modes de répression par le corps	34
CHAPITRE II – Le corps privé de personnalité juridique négligé	36
Section I – L’indifférence au corps en formation	36
I – L’enfant à naître, un inconnu du droit pénal	37
A - L’ « infans conceptus » hors du champ pénal	37

1 – L'absence de reconnaissance en tant que personne _____	37
2 – L'absence de reconnaissance en tant que chose _____	38
B – Un néant juridique inadapté _____	39
1 – L'incohérence du raisonnement juridique _____	39
a – Un droit civil protecteur _____	40
b – Un droit pénal réducteur _____	40
2 – L'incohérence des conséquences pratiques _____	41
C – L'IGV, une fausse problématique _____	43
1 – L'IVG autorisé, un fait justificatif ? _____	43
2 – L'IVG et le statut de personne, une incompatibilité ? _____	44
II – L'être en devenir, entre aubaine et embarras _____	45
A – L'enfant à naître : un outil utile _____	45
1 – Un instrument de recherche _____	46
2 – Un instrument de survie _____	46
B – L'enfant à naître : un élément encombrant _____	48
1 – La destruction des embryons surnuméraires _____	48
2 – Le devenir des embryons anormaux _____	49
Section II – Le délaissement du corps abandonné _____	49
I – L'apparente protection du corps sans vie _____	50
A/ L'inapplicabilité du droit commun au cadavre _____	50
B/ Des dispositions spécifiques au corps du défunt _____	51
II – L'édifiant constat d'un cadavre desavoué _____	52
A – L'existence d'atteintes justifiées _____	53
1 – L'atteinte au cadavre dans l'intérêt de la justice _____	53
2 – L'atteinte au cadavre dans l'intérêt du tiers _____	54
B – La désacralisation illégitime du corps sans vie _____	55
DEUXIEME PARTIE : LE CORPS HABITE _____	57
CHAPITRE I – L'inné de l'indisponibilité corporelle _____	57
Section I – L'existence d'un ordre public corporel _____	58
I – La limitation des droits subjectifs de la personne sur son corps _____	58
A – Le prêt de son corps _____	58
B – La vente de son corps _____	60
C – La mise en danger de son corps _____	61
II – La prohibition des atteintes sur le corps d'autrui _____	62
A – L'appropriation du corps _____	63
1 – La répression de l'esclavage _____	63
2 – L'incrimination de l'exploitation sexuelle _____	64
B – La mutilation du corps _____	66
C – La disparition du corps _____	68
Section II - Une harmonie juridique protectrice _____	70
I – Un droit pénal sanctionnateur _____	70

A – Une cohérence substantielle : la convergence du pénal vers le civil _____	71
B – Une cohérence de portée : la convergence du civil vers le pénal _____	72
II – Un droit pénal révélateur _____	74
CHAPITRE II – LA PERCEE DE LA REIFICATION CHARNELLE _____	75
Section I – Le relai de la patrimonialité _____	76
I – Les actes conservatoires sur le corps d'autrui _____	76
A – L'intervention du droit à l'appui d'un intérêt personnel _____	76
1 – Le corps, objet du médecin _____	77
2 – Le corps, objet du patient _____	78
B – L'intervention du droit à l'appui de l'intérêt général _____	80
1 – L'obligation vaccinale _____	80
2 – La prise en charge du trouble mental _____	82
II – Les actes d'administration et de disposition sur son propre corps _____	85
A – La libre administration de son corps _____	85
1 – La fructification de son corps _____	85
a - La prostitution _____	86
b - L'expérimentation médicale _____	88
c - Le « corps-spectacle » _____	90
2 – La personnalisation de son corps _____	92
a – Le transsexualisme _____	92
b – La chirurgie esthétique _____	93
B – La libre disposition de son corps _____	95
1 – La dénaturation de son corps _____	95
a - La stérilisation _____	95
b - L'interruption volontaire de grossesse (IVG) _____	96
2 – La destruction de son corps _____	99
a - Les violences recherchées _____	99
b - Le suicide _____	102
3 – La libre exploitation des éléments de son corps _____	103
a – La cession des produits et tissus du corps humain _____	103
b – Le don du sang _____	104
c – Le don d'organe _____	105
Section II – Un droit disharmonieux en constante évolution _____	106
I – L'apport du droit pénal aux incertitudes civilistes _____	106
A – Le corps humain et la summa-divisio civiliste _____	106
B – La contribution pénaliste au débat _____	108
1 – Un droit auxiliaire révélateur de l'incertitude juridique _____	108
2 - La perception pénaliste d'une réification amorcée du corps _____	109
II – Prospection bioéthique _____	110
1 - Les lois bioéthiques : l'emprise de la science sur le droit _____	110
2 – Enjeux de la loi bioéthique future _____	111
CONCLUSION _____	113
BIBLIOGRAPHIE _____	114

